

Jurisprudência da Segunda Turma

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
N. 516.669 — SP (2003/0062082-7)**

Relator: Ministro João Otávio de Noronha
Agravante: Fazenda do Estado de São Paulo
Procuradores: Hélio José Marsiglia Junior e outros
Agravada: Icape Indústria Campineira de Peças Ltda
Advogada: Sandra Regina Luna Del Corso

EMENTA

Agravo regimental. Processual Civil. Nomeação de bens à penhora. Impugnação pelo credor, por desobediência à gradação legal. Reexame de matéria fática. Súmula n. 07 do STJ. Ineficácia da recusa injustificada. Art. 620 do CPC.

1. A ordem legal estabelecida para a nomeação de bens à penhora não tem caráter rígido, devendo sua aplicação atender às circunstâncias do caso concreto, à potencialidade de satisfazer o crédito e à forma menos onerosa para o devedor.

2. “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” (Súmula n. 07 — STJ).

3. A recusa de bens nomeados à penhora deverá ser feita por pedido justificado do credor, respeitando o princípio contido no art. 620 do CPC.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira e Franciulli Neto votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes ocasionalmente os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Franciulli Neto.

Brasília (DF), 05 de fevereiro de 2004 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Trata-se de agravo regimental interposto pela Fazenda Nacional de São Paulo contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento com base no Enunciado da Súmula n. 07 — STJ.

Em seu arrazoado, insiste a agravante na tese de que a nomeação de bens que não obedeça à ordem estabelecida no art. 11 da Lei n. 6.830/1980 é ineficaz, não estando o credor obrigado a aceitar tal nomeação.

Sustenta, ainda, a inaplicabilidade do verbete da Súmula n. 07, já que a análise de tal graduação não representa exame fático ou probatório.

Por fim, requer a reforma do acórdão recorrido para que seja obedecida a ordem legal prevista no art. 11 da Lei n. 6.830/1980.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): A irresignação recursal não merece prosperar.

A jurisprudência deste Tribunal é pacífica no sentido de que a ordem de preferência estabelecida para nomeação de bens à penhora não se trata de regra inflexível, mas deve se adequar às circunstâncias do caso concreto, bem como à sua potencialidade de satisfazer o crédito e a forma menos onerosa para o devedor.

No caso concreto, o Tribunal **a quo** considerou os bens trazidos à penhora satisfatórios ante a injustificada recusa da credora. Ora, a verificação dos motivos que levaram à formação do juízo recorrido para considerar inválida tal recusa requer análise de matéria fática, o que se mostra incompatível na via eleita, diante do Enunciado n. 07 da Súmula desta Corte.

Nesse sentido, confirmam-se:

“Processo Civil — Penhora — Ordem de nomeação — Execução fiscal (art. 655 do CPC).

1. Em princípio, deve o julgador seguir a ordem da penhora estabelecida no art. 655 do CPC.

2. A regra, entretanto, é flexível e quebrável, se demonstrada pelo executado a necessidade de mudança.

3. Ausência de prova quanto à necessidade de quebra da ordem legal.

4. Recurso especial improvido” (REsp n. 449.998/RS, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 19.12.2003).

“Processual Civil. Execução. Nomeação de bens à penhora. Impugnação pelo credor, por desobediência à gradação legal. Arts. 620, 655 e 656, I, CPC. Recurso desacolhido.

I - A ordem legal estabelecida para a nomeação de bens à penhora não tem caráter rígido, devendo sua aplicação atender às circunstâncias do caso concreto, à potencialidade de satisfazer o crédito e à forma menos onerosa para o devedor.

II - Nos termos da competência constitucionalmente reservada à instância especial, não compete a esta Corte o exame da situação fática, que demanda a realização de provas, sendo de aplicar-se o Enunciado n. 07 da súmula — STJ” (REsp n. 145.610/SP, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 21.06.1999).

“Locação. Processual Civil. Execução de aluguéis. Nomeação de bens à penhora. Ordem legal. Caráter relativo. Art. 620 do CPC.

A ordem legal estabelecida para a nomeação de bens à penhora não tem caráter absoluto, devendo sua aplicação atender às circunstâncias do caso concreto, à potencialidade de satisfazer o crédito e ao “princípio da menor onerosidade da execução”, inscrito no art. 620 do CPC. Precedentes.

In casu, a egrégia Corte **a quo** entendeu, acertadamente, que a constrição deveria recair sobre os bens imóveis indicados, porquanto a penhora sobre o dinheiro existente na conta bancária da executada comprometeria o próprio capital de giro da empresa, em detrimento dos fins por ela colimados.

Recurso não conhecido” (REsp n. 445.684/SP, Relator Ministro Felix Fischer, DJ de 24.02.2003).

Ademais, ainda que superado o óbice da Súmula n. 07, o recurso não lograria êxito, pois, conforme entendimento do STJ, o art. 15 da Lei n. 6.830/1980, que permite a Fazenda requerer a substituição do bem penhorado, não pode ser aplicado em desacordo com o princípio elencado no art. 620 do CPC. Por esse motivo, deve existir de parte do credor uma razoável justificativa para não aceitar a indicação feita pelo devedor. A título de ilustração, destaco os seguintes julgados desta Corte:

“Penhora — Remoção de bens — Lei n. 6.830/1980, artigo 11, parágrafo 3º.

É pacífico o entendimento de não ser absoluto o comando do parágrafo 3º do artigo 11 da Lei n. 6.830/1980, podendo o Juiz avaliar a procedência da pretensão da Fazenda exequente de renovação de bens penhorados. A exequente não justificou, satisfatoriamente, o seu pedido de remoção.

Recurso improvido” (REsp n. 183.634/SP, Relator Ministro Garcia Vieira, DJ de 1º.03.1999).

“Processual Civil. Execução fiscal. Penhora. Bem imóvel onde se encontra funcionando estabelecimento comercial da empresa executada. Medida excepcional descabida, se não demonstrada a inconveniência na indicação dos bens indicados pelo devedor. Na execução fiscal, se não restou demonstrada a inconveniência na indicação dos bens oferecidos à penhora pelo devedor, não se justifica a substituição, feita de forma mais gravosa, recaindo a constrição sobre imóvel onde funciona o estabelecimento comercial da executada. Recurso provido. Decisão unânime” (REsp n. 149.740/SP, Relator Ministro Demócrito Reinaldo, DJ de 24.08.1998).

Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo regimental.

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
N. 518.062 — PR (2003/0062347-7)**

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Agravantes: Luiz Caetano Vicentini e outros

Advogados: Rosângela Binhara Esturilio e outros

Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Mariana Gomes de Castilhos e outros

EMENTA

Tributário. Agravo regimental. Agravo de instrumento. Contribuição previdenciária. 13º salário. Cálculo em separado. Decreto n. 612/1992. Ilegalidade. Precedentes.

1. O Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento de que havendo previsão diversa na Lei n. 8.212/1991 para o cálculo da contribuição previdenciária sobre o 13º salário mostra-se ilegal o cálculo mediante aplicação, em separado, das alíquotas previstas na tabela a que se refere o art. 37, § 7º, do Decreto n. 612/1992.

2. Agravo regimental provido para conhecer do agravo de instrumento e dar provimento ao recurso especial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por una-

nimidade, dar provimento ao agravo regimental para conhecer do agravo de instrumento e dar provimento ao recurso nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon e Franciulli Netto votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília (DF), 19 de fevereiro de 2004 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJ de 22.03.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Trata-se de agravo regimental interposto por Luiz Caetano Vicentini e outros contra decisão que negou provimento ao agravo de instrumento com base no entendimento desta Corte de que o 13º salário é parte integrante do salário do empregado, sendo, pois, sujeito à incidência da contribuição previdenciária.

Em seu arrazoado, os agravantes sustentam que não se discute nos presentes autos se o 13º salário integra ou não o salário para efeito de incidência da contribuição previdenciária, mas sim que a contribuição previdenciária incidente sobre o 13º salário deve ser calculada e recolhida nos termos do art. 28, inciso I, §§ 5º e 7º, da Lei n. 8.212/1991 e não “na forma preconizada pelos decretos que a regulamentaram (Decreto n. 612/1992, Decreto n. 2.173/1997 e, atualmente, pelo Decreto n. 3.048, de 06.05.1999 — art. 214, § 6º e § 7º — DOU de 12.05.1999), uma vez que decreto regulamentar não é o meio legal para majoração de qualquer tributo, em face do princípio da reserva legal”.

Colacionando julgados desta Corte, alegam, ainda, que “os decretos que regulamentaram a Lei n. 8.212/1991 definiram, de forma ilegal, que a contribuição sobre o 13º salário deve ser calculada em separado das demais verbas recebidas no mês, o que faz com que haja dupla incidência da contribuição no mês de dezembro de cada ano”.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): A irrisignação merece prosperar.

Observo que o acórdão recorrido efetivamente infringiu o art. 28, § 7º, da Lei n. 8.212/1991.

Ora, havendo previsão diversa na Lei n. 8.212/1991 para o cálculo da contribuição previdenciária sobre o 13º salário, mostra-se ilegal o cálculo mediante aplicação, em separado, das alíquotas previstas na tabela a que se refere o art. 37, § 7º, do Decreto n. 612/1992.

Nesse sentido, orienta-se a jurisprudência dessa Corte, exemplificada pelos precedentes a seguir colacionados:

“Recurso especial — Alínea **a** — Tributário — Contribuição previdenciária sobre o 13º salário — Art. 28, § 7º, da Lei n. 8.212/1991 — Forma de cálculo determinada pelo Dec. n. 612/1992 — Ilegalidade — Alegada violação aos arts. 282, IV, e 283 do CPC — Ausência de prequestionamento — Repetição de indébito — Juros moratórios — Aplicação da Taxa Selic — Após o trânsito em julgado — Art. 167, § 1º, do CTN e Súmula n. 188 — STJ.

Se a Lei n. 8.212/1991 contém previsão diversa para cálculo da contribuição social incidente sobre o 13º salário, não poderia o Decreto n. 612/1992, sob pena de ultrapassar as divisas do poder regulamentar, determinar a incidência em separado da contribuição previdenciária sobre a gratificação natalina, mediante a aplicação das alíquotas previstas na tabela a que se refere o artigo 22 do mencionado decreto.

(...)

Recurso especial provido, em parte, para determinar a incidência dos juros de mora a partir do trânsito em julgado” (Segunda Turma, REsp n. 357.345/PR, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ de 12.05.2003).

“Previdenciário. Contribuição social sobre o 13º salário. Lei n. 8.212/1991. Aplicabilidade. Decreto n. 612/1992 (art. 37, § 7º). Cálculo em separado. Ilegalidade.

I - A teor do disposto no § 7º do art. 28 da Lei n. 8.212 de 1991, é descabida e ilegal a contribuição previdenciária incidente sobre a gratificação natalina calculada mediante aplicação, em separado, da tabela relativa às alíquotas e salários de contribuição, conforme previsto no § 7º do art. 37 do Decreto n. 612/1992.

III - Recurso desprovido” (Primeira Turma, REsp n. 436.680/ES, Relator Ministro Garcia Vieira, DJ de 18.11.2002).

Ante o exposto, *dou provimento ao agravo regimental* para, reconsiderando a decisão anterior, *conhecer do agravo de instrumento e dar provimento ao recurso especial*.

É como voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
N. 520.431 — PR (2003/0074719-1)**

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Agravante: KF Tecnologia Ltda

Advogados: Henrique Gaede e outros

Agravada: Fazenda Nacional

Procuradores: Dolizete Fátima Michelin e outros

EMENTA

Tributário. Agravo regimental. Agravo de instrumento. Inclusão do ICMS. Base de cálculo. PIS e Cofins. Art. 3º, § 2º, inciso III, da Lei n. 9.718/1998. Revogação. Precedentes.

1. O STJ, analisando a matéria inclusive sob a ótica do art. 3º, § 2º, inciso III, da Lei n. 9.718/1998, fixou o entendimento de que a parcela relativa ao ICMS insere-se na base de cálculo do PIS e da Cofins. Inteligência das Súmulas ns. 68 e 94 do STJ.

2. A jurisprudência desta Corte pacificou o entendimento de que a regra de exclusão prevista no art. 3º, § 2º, inciso III, da Lei n. 9.718/1998 não chegou a produzir efeitos no mundo jurídico, tendo em vista sua revogação pela Medida Provisória n. 1.991-18/2000.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon e Franciulli Netto votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília (DF), 04 de maio de 2004 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Trata-se de agravo regimental interposto por KF Tecnologia Ltda contra decisão que negou provimento ao agravo de instrumento com base nos fundamentos a seguir aduzidos: *i)* o Tribunal de origem examinou e decidiu, fundamentadamente, todas as questões suscitadas; *ii)* incidência das Súmulas ns. 68 e 94 do STJ, tendo em vista que “tratando-se a Cofins de tributo da mesma espécie do Finsocial, conseqüentemente a parcela relativa ao ICMS inclui-se na sua base de cálculo”.

Em suas razões, a agravante alega que a matéria debatida nos autos não tem absolutamente nenhum vínculo com o disposto nas Súmulas ns. 68 e 94 — STJ e que o recurso especial trata do art. 3º, § 2º, inciso III, da Lei n. 9.718/1998, “o qual veio a reconhecer, expressamente, o direito à exclusão, na base de cálculo do PIS e da Cofins, dos ‘valores que computados com receita tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica’, exatamente o caso dos valores de ICMS que são transferidos para os cofres públicos do Estado”.

Sustentando a aplicação do aludido dispositivo, “durante o período de sua vigência, posto que esta questão definitivamente não foi julgada por ocasião das referidas súmulas”, pugna pela análise da matéria, porquanto, “os valores relativos ao ICMS, mesmo considerados como receita, são repassados aos cofres estatais”.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): A irresignação não merece prosperar.

O STJ, analisando a matéria inclusive sob a ótica do art. 3º, § 2º, inciso III, da Lei n. 9.718/1998, fixou o entendimento de que a parcela relativa ao ICMS insere-se na base de cálculo do PIS e da Cofins. Inteligência das Súmulas ns. 68 e 94 do STJ.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

“Processual Civil. Embargos de declaração. Ocorrência de erro material. Sua correção. Cofins e PIS. Base de cálculo. Inclusão do ICMS. Súmulas ns. 68 e 94 — STJ.

1. Ocorrência de erro material quanto aos termos do pedido expostos no recurso especial. Inexistência de matéria constitucional a ser apreciada. Correção efetivada, com o exame do apelo extremo.

2. É pacífico o entendimento nesta Corte Superior no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo da Cofins e do PIS. Inteligência das Súmulas ns. 68 e 94 — STJ.

3. Embargos acolhidos, com o desprovimento do recurso especial da empresa” (Primeira Turma, EDcl no AgRg no REsp n. 503.224/RS, Relator Ministro José Delgado, DJ de 02.02.2004).

“Tributário — ICMS— Inclusão — Base de cálculo — PIS e Cofins — Súmulas ns. 68 e 94 do STJ.

— Sem questionamento, o recurso especial não merece seguimento.

— Já é pacífico que a parcela relativa ao ICMS insere-se na base de cálculo do PIS e da Cofins (Súmulas ns. 68 e 94 do STJ).

— Regimento improvido” (Primeira Turma, AgRg no REsp n. 463.629/RS, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 06.10.2003).

Ademais, registro que a jurisprudência desta Corte pacificou o entendimento de que a regra de exclusão prevista no art. 3º, § 2º, inciso III, da Lei n. 9.718/1998 não chegou a produzir efeitos no mundo jurídico, tendo em vista sua revogação pela Medida Provisória n. 1.991-18/2000. Cito, a propósito, os seguintes julgados:

“Tributário — PIS— Lei n. 9.718/1998 — Regra de interpretação.

1. O art. 3º, § 2º, III, da Lei n. 9.718/1998, estabeleceu regra de exclusão condicionada a regulamento do Poder Executivo.

2. Condição não implementada, sendo revogada a regra de exclusão pela MP n. 1.991-18/2000.

3. Legalidade da norma contida e condicionada a regulamento.

4. Recurso especial improvido” (Segunda Turma, REsp n. 502.263/RS, relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13.10.2003).

“Tributário. Recurso especial. PIS e Cofins. Base de cálculo. Artigo 3º, § 2º, inciso III, da Lei n. 9.718/1998. Norma dependente de regulamentação. Revogação pela Medida Provisória n. 1.991-18/2000.

I - O comando legal inserto no art. 3º, § 2º, III, da Lei n. 9.718/1998 estabelecia a exclusão da base de cálculo do PIS e da Cofins, das receitas transferidas a outras pessoas jurídicas, a depender de normas regulamentares do Poder Executivo.

II - Com a edição da Medida Provisória n. 1.991-18/2000, o dispositivo em comento foi retirado do mundo jurídico, antes mesmo de produzir os efeitos pretendidos. Portanto, embora vigente, não teve eficácia, já que não editado o decreto regulamentador.

III - Recurso especial improvido” (Primeira Turma, REsp n. 512.232/RS, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ de 20.10.2003).

Ante o exposto, *nego provimento ao agravo regimental*.

É como voto.

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL
NO RECURSO ESPECIAL N. 330.130 — DF (2001/0077385-2)**

Relator: Ministro Castro Meira

Embargante: Americel S/A

Advogados: Anna Paola Zonari de Lorenzo e outros

Embargado: Distrito Federal

Procuradores: Tarcísio Vieira de Carvalho Neto e outros

EMENTA

Processual Civil. Tributário. Embargos de declaração. ICMS. Telefonia móvel celular. Habilitação.

1. Inocorrentes as hipóteses previstas no artigo 535 do Código de Processo Civil.

2. Incabível a incidência do ICMS, nos termos do inciso III do artigo 2º da Lei Complementar n. 87/1996, posto que a habilitação não se configura como atividade considerada como serviço de telecomunicação.

2. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, ‘prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista da Sr^a. Ministra Eliana Calmon e do voto do Sr. Ministro Castro Meira, examinando o mérito, ambos no mesmo sentido do voto do Sr. Ministro João Otávio de Noronha, no que foram acompanhados pelo Sr. Ministro Franciulli Netto, a Turma, por unanimidade, recebeu os embargos de declaração para dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr.

Ministro-Relator.” Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Franciulli Netto e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins.

Brasília (DF), 05 de agosto de 2004 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

DJ de 16.11.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Trata-se de embargos de declaração, com pedido de efeitos modificativos, interpostos com base no artigo 535, I e II, do Código de Processo Civil, em face de acórdão assim ementado:

“Tributário — ICMS — Incidência sobre o serviço de habilitação de telefonia móvel celular — Art. 2º, inciso VII, da LC n. 87/1996 e art. 60, § 1º, da Lei n. 9.472/1997 — Acórdão **a quo** alicerçado no Convênio ICMS n. 69 — Fundamento inatacado — Incidência da Súmula n. 283 — STF, na espécie.

Tendo o v. aresto **a quo** aplicado os ditames do Convênio ICMS n. 69, o qual prevê, expressamente, a incidência de tal imposto sobre o serviço de habilitação, deveria a recorrente ter atacado, de maneira específica, este argumento.

A obstaculizar o apelo extremo de que se cuida a Súmula n. 283 — STF.

Uma possível interpretação desta colenda Corte, no que tange ao art. 60, § 1º, da Lei Geral de Telecomunicações c.c. o art. 12, inciso VII, da Lei Complementar n. 87/1996, na esteira da tese defendida pela recorrente, não teria o condão de alterar o julgado de origem que se firmou no convênio mencionado.

Agravo regimental improvido” (fl. 470).

A embargante ressalta que a matéria discutida nos autos refere-se à necessidade ou não de recolher ICMS sobre valores cobrados a título de habilitação dos usuários de telefonia móvel, tanto no período anterior como no posterior à edição do Convênio ICMS n. 69/1998. Aduz que seu direito se funda na circunstância de que tal habilitação, embora incluída na lista de atividades passíveis de tributação pelo referido convênio, “não se caracteriza como serviço de telecomunicação, expressamente definido no art. 3º, II, do Regulamento dos Serviços de Telecomunicações, daí sua exclusão do campo de incidência do ICMS, conforme disposto no art. 12, VII, da Lei Complementar n. 87/1996 e no art. 60, § 1º, da Lei n. 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações)”. Assevera que a decisão denegatória de segui-

mento ao recurso especial não examinou essa questão, razão pela qual interpôs agravo regimental, alfim desprovido. Segundo o sustentado, “o acórdão que negou provimento ao agravo, sem destinar uma só palavra sequer para infirmar os fundamentos alegados, restringiu-se a reproduzir, na íntegra, a fundamentação da decisão agravada”. Rebate o argumento de que não teria combatido no recurso especial — o que ensejou a aplicação da Súmula n. 283 — STF — o fato de o Tribunal de origem haver-se servido do Convênio ICMS n. 69/1998 e salienta que este foi o objeto do mandado de segurança, impetrado contra a pretensão fiscal de cobrar o tributo no ato da habilitação. Aponta obscuridade, argumentando ser necessário que se elucide o alcance da nova incidência do tributo instituída pelo citado convênio. Por outro lado, alega que defende, desde a inicial, o descompasso do convênio mencionado com as normas legais indicadas e destaca que o fez também no recurso especial, transcrevendo, para tanto, trechos das razões apresentadas. Notícia que, no regimental, voltou a ponderar “que o convênio é a própria causa de pedir e que não seria possível reputá-lo como um fundamento autônomo, suficiente *per se* para a manutenção do julgado”. Afirma decorrer a alegação de afronta aos dispositivos legais da aplicação imediata do convênio, tópico este não analisado no acórdão embargado, que incorrera, assim, em omissão. Requer o acolhimento dos embargos, com efeitos modificativos.

À fl. 482, o Ministro Paulo Medina, então Relator, determinou, ante o pedido de efeitos modificativos ao julgado, a abertura de vista ao Distrito Federal, que não ofereceu impugnação.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): Reexaminando os autos, verifico que a questão tida como omissa pela ora embargante foi devidamente enfrentada, como se segue:

“O recurso é tempestivo, contudo não estão presentes todos os pressupostos específicos à admissibilidade deste apelo extremo, cujo **punctum saliens** é a incidência do ICMS sobre o serviço de habilitação de telefonia móvel celular. Senão vejamos:

A tese central da recorrente é a de que a habilitação não se revela em serviço de telecomunicação típico, **ex vi** das disposições contidas no art. 60, § 1º, da Lei Geral de Telecomunicações c.c. o art. 12, inciso VII, da Lei Complementar n. 87/1996, motivo por que não incidente o ICMS sobre as tarifas àquela relacionadas.

Entretentes, o v. aresto **a quo** aplicou os ditames do Convênio ICMS n. 69, o qual prevê, expressamente, a incidência de tal imposto sobre o serviço de habilitação. Este argumento não foi objeto de ataque específico, nas razões recursais, motivo por que a obstaculizar o apelo extremo de que se cuida a Súmula n. 283 — STF.

Note-se que uma possível interpretação desta colenda Corte, no que tange ao art. 60, § 1º, da Lei Geral de Telecomunicações c.c. o art. 12, inciso VII, da Lei Complementar n. 87/1996, na esteira da tese defendida pela recorrente, não teria o condão de alterar o julgado de origem que se firmou no Convênio mencionado” (fl. 457).

Portanto, a questão relativa ao recolhimento do ICMS sobre valores cobrados a título de habilitação dos usuários de telefonia móvel celular foi explicitamente analisada na decisão agravada, que concluiu pela impossibilidade de se alterar o julgado de origem, em razão de ter sido firmado no Convênio ICMS n. 69/1998. Tal decisão restou mantida em âmbito de agravo regimental.

É entendimento pacífico desta Corte de que os embargos de declaração são cabíveis tão-somente para sanar obscuridade ou contradição, ou ainda para suprir omissão verificada no julgamento acerca de tema sobre o qual o Tribunal deveria ter se manifestado.

Os efeitos infringentes ou modificativos só são admitidos nos casos em que se verificar que ao menos um dos requisitos autorizadores dos declaratórios não foi suprido.

Assim, não há como prosperar a pretensão da embargante, pois não se vislumbra a ocorrência das hipóteses previstas no artigo 535 do GPC.

No presente caso, o voto condutor do acórdão embargado não restou omisso ou contraditório, pois decidiu a questão de direito valendo-se de elementos que julgou aplicáveis e suficientes para a solução da lide.

Não há cerceamento de defesa ou omissão quanto ao exame de pontos levantados pelas partes, porquanto ao Juiz cabe apreciar a lide de acordo com o seu livre convencimento, não estando obrigado a analisar todos os pontos suscitados.

Ademais, este Tribunal preconiza a inviabilidade de serem acolhidos embargos de declaração cujo objetivo seja a rediscussão da tese defendida pela embargante, com vistas a atribuir efeito modificativo.

À vista do exposto, *rejeito os embargos de declaração.*

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Cuida-se de recurso especial em sede de mandado de segurança em que se discute a exigibilidade do ICMS sobre os valores cobrados dos usuários do serviço de telefonia móvel a título de “habilitação”, por não se incluir tal procedimento no rol dos chamados “serviços de telecomunicação”.

O Tribunal **a quo**, ao apreciar recurso de apelação interposto pelas partes da sentença que acolheu o pedido da impetrante apenas para afastar a cobrança da exação no período anterior à edição do Convênio ICMS n. 69/1998, que expressamente regulamentou a questão, negou-lhe provimento com base no juízo de que a habilitação, como item que é do plano de serviço, destinada a ativar a estação móvel do assinante, constitui, indiscutivelmente, fato gerador do ICMS.

Ao julgar o recurso especial interposto da citada decisão, o Ministro Paulo Medina concluiu por não conhecer do recurso ao argumento de que a interpretação das normas tidas como violadas — art. 60, § 1º, da Lei Geral de Telecomunicações c.c. o art. 12, inciso VII, da Lei Complementar n. 87/1996 — não teria o condão de alterar o julgado de origem, cujo juízo firmou-se nos normativos constantes do Convênio n. 69/1998, posição referendada pela Corte em sede de agravo regimental. Além disso, fez incidir sobre a espécie o óbice assentado no Enunciado da Súmula n. 283/STF ao argumento de que a aplicação dos ditames do Convênio pela Corte de origem “não foi objeto de ataque específico, nas razões recursais”.

Opostos embargos declaratórios com pedido de efeitos modificativos do julgado, houve por bem o Ministro Castro Meira rejeitá-los, na esteira dos fundamentos aduzidos no acórdão embargado.

Com a devida vênia do Relator, entendo que os declaratórios hão de ser acolhidos para o fim de, atribuindo-lhes o almejado efeito modificativo, conhecer do recurso especial, porquanto nitidamente equivocada, a meu ver, a premissa que inspirou o acórdão embargado, de que “uma possível interpretação desta colenda Corte, no que range ao art. 60, § 1º, da Lei Geral de Telecomunicações c.c. o art. 12, inciso VII, da Lei Complementar n. 87/1996, na esteira da tese defendida pela recorrente, não teria o condão de alterar o julgado de origem que se firmou no Convênio mencionado”, o que torna inaplicável à espécie o óbice sintetizado na Súmula n. 283 do STF.

Percebe-se, sem maiores dificuldades, do exame das razões do recurso especial, que o inconformismo da recorrente volta-se, efetivamente, contra a aplicação do Convênio ICMS n. 69/1998, que tornou exigível o ICMS nos procedimentos de habilitação. O argumento é de que, ao contrário do que entendeu o acórdão recorrido,

tal exigência estaria a contrariar dispositivos da Lei Complementar n. 87/1996 (art. 12, inciso VII) e da Lei n. 9.472/1997 (art. 60, § 1^a) e seu respectivo diploma regulamentador.

Carece, portanto, de maior solidez a assertiva que orientou a aplicação da Súmula n. 283-STF pelo acórdão embargado, qual seja, a de que a aplicação dos ditames do Convênio “não foi objeto de ataque específico, nas razões recursais”, ou mesmo de que teria o Tribunal **a quo**, ao proferir tal decisão, erigido fundamento autônomo suficiente por si só à manutenção do julgado.

Ademais, é curial que, se o objeto do apelo é a exigência de ICMS na habilitação de linha móvel, medida esta instituída por meio do Convênio ICMS n. 69/1998, sempre que o recorrente investir contra a legitimidade da exação estará questionando o próprio Convênio, instrumento legal que a materializou. A questão é tão-somente de perspectiva, de saber visualizar o foco da controvérsia sem se prender a rigorismos formais, de menor relevância jurídica.

O equívoco, **data venia**, da premissa que amparou o **decisum** embargado pode, assim, ser aferido com a simples confrontação dos seguintes trechos das razões do recurso especial, **litteratim**:

“Contudo, a colenda Segunda Turma do TJDFT houve por bem manter o entendimento da r. sentença, parcialmente favorável ao contribuinte, no sentido e que o ICMS apenas é devido a partir da edição do Convênio ICMS n. 69/1998, não podendo, portanto, atingir as ‘habilitações’ ocorridas antes de 29.06.1998.

De outro lado, a egrégia Turma do TJDFT, em sentido desfavorável ao contribuinte, entendeu que ‘a habilitação, como item que é do plano de serviço, destinada a ativar a estação móvel do assinante, constitui, indiscutivelmente, fato gerador do ICMS’.

Ocorre que, assim decidindo, o v. acórdão ofendeu o art. 12, VII, da Lei Complementar n. 87/1996 e o art. 60, § 1^a, da Lei n. 9. 472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações — LGT) em face do que dispõe o art. 3^a, II, do seu Regulamento” (fls. 417/418).

“Não basta à norma tributária definir o que se entende por serviço de telecomunicações. É fundamental que a materialidade do serviço seja efetivamente de telecomunicações, sob pena de ofensa à Lei Complementar n. 87/1996 (art. 12, VII) e aos arts. 109 e 110 do CTN.

Assim, não pode haver incidência de ICMS sobre algo que não caracteriza, efetivamente, serviço de telecomunicação.

No caso concreto, a ‘habilitação’ não está abrangida pelo conceito de ‘serviço de telecomunicação’. Habilitar a linha telefônica não é prestar um serviço de comunicação. Trata-se de atividade prévia à prestação deste que, inclusive, está condicionado a outros fatores ...” (fls. 420/421).

“Portanto, resta evidente que a habilitação não integra nenhuma das atividades que compreendem o conjunto a que se refere o **caput** do art. 60 da Lei n. 9.472/1997, nem tampouco o conceito de telecomunicação, contido no parágrafo primeiro do mesmo artigo, razão pela (qual) não pode ser alcançada pelo ICMS.

Ademais, mesmo que, por suposição, a ‘habilitação’ fosse classificável como prestação de serviço, recairia sobre esta a previsão do item 74 da Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei n. 406/1968 (...), *de modo que a exigência veiculada pelo Convênio ICMS n. 69/1998 invadiria a seara reservada ao imposto municipal sobre serviços de qualquer natureza, implicando inaceitável bis in idem*” (fl. 423 — grifei).

Repise-se que o acórdão recorrido deu validade à norma convencional questionada por entender que estaria ela em sintonia com os dispositivos legais retromencionados, entendimento este expressa e reiteradamente contestado pela empresa contribuinte no bojo do recurso especial.

Com base nessas constatações, conheço do recurso, passando desde já ao exame da questão de fundo, que consiste em se averiguar a legitimidade da cobrança da exação sobre o procedimento de “habilitação”, nos moldes em que instituída pelo Convênio ICMS n. 69/1998, firmado no âmbito do Confaz.

Para tanto, faz-se necessário indagar em que medida o procedimento de “habilitação” há de ser visto ou entendido como “serviço de telecomunicação”.

Dispõe o art. 2º da Lei Complementar n. 87/1996 (Lei Kandir):

“Art. 2º O imposto incide sobre:

(...)

III - prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;”

Por seu turno, o art. 60 da Lei n. 9.472/1997 (Lei Geral das Telecomunicações) assim prescreve:

“Art. 60. Serviço de Telecomunicação é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1^a - Telecomunicação é transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

§ 2^a - **omissis.**”

Da análise conjugada dos citados preceptivos legais afere-se que o procedimento de “habilitação” do usuário aos serviços de telefonia móvel somente representaria fato passível de ensejar a tributação do ICMS nos termos previstos no art. 2^a, inciso III, da LC n. 87/1996 — e, desse modo, capaz de legitimar a regra estampada no Convênio do Confaz —, se inserido no conceito de “serviço de telecomunicação” ditado pelo art. 60, § 1^a, da LGT.

Não vejo, sinceramente, como acolher a tese de que um procedimento tipicamente protocolar como é o de “habilitação” do usuário, cuja finalidade prende-se ao aspecto preparatório e estrutural da prestação do serviço, possa ser considerado atividade-fim, sem a qual restariam inviabilizados os serviços de telecomunicações.

A propósito do tema, o Ministro Humberto Gomes de Barros, ao relatar o Recurso Especial n. 402.047/MG (DJ de 09.12.2003), bem esclarece que “há ‘serviço de comunicação’ quando um terceiro, mediante prestação negocial-onerosa, mantém interlocutores (emissor/receptor) em contato ‘por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza’. Os meios necessários à consecução deste fim não estão ao alcance da incidência do ICMS-comunicação”. Mais adiante, complementa: “A hipótese de incidência do ICMS-comunicação (LC 87/1996; art. 2^a, III) não permite a exigência do tributo com relação a atividades meramente preparatórias ao ‘serviço de comunicação’ propriamente dito, como são aquelas constantes na Cláusula Primeira do Convênio ICMS n. 69/1998. Tais serviços configuram, apenas, meios de viabilidade ou de acesso aos serviços de comunicação. Assim, estão fora da incidência tributária do ICMS.”

Também é digna de registro a premissa que norteou o voto da Ministra Eliana Calmon no Recurso Especial n. 456.650/PR (em que se questionava a incidência do ICMS sobre serviços de provedores de internet), do seguinte teor: “serviços de comunicação, para fins de ICMS, são serviços de transmissão de mensagens entre pessoas, por determinado veículo, a título oneroso”.

Note-se, por fim, que partiu do próprio ente estatal encarregado da fiscalização e regulamentação do setor de telecomunicações — a Agência Nacional de Telecomunicações — a iniciativa de, ciente dos naturais equívocos do Fisco quanto à

interpretação da norma do art. 60 da Lei n. 9.472/1997, balizar o conceito ali inserido, o que se deu por meio da edição da Resolução Anatel n. 73, de 25.11.1998, que, ao aprovar o Regulamento dos Serviços de Telecomunicações, excluiu expressamente a “habilitação” do rol de procedimentos passíveis de configurar “serviço de telecomunicação”. Confira-se o disposto no art. 3º do indigitado diploma regulamentador:

“Art. 3º - Não constituem serviços de telecomunicações:

I - **omissis**;

II - a atividade de habilitação ou cadastro de usuário e de equipamento para acesso a serviços de telecomunicações;

III - **omissis**.”

Ante o exposto, acolho os embargos de declaração para, conferindo-lhes o almejado efeito modificativo, *conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento* de modo a excluir do campo de incidência do ICMS o procedimento de “habilitação” nos serviços de telefonia móvel.

É como voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Eliana Calmon: O presente recurso especial foi julgado nesta turma, via agravo regimental, sob a relatoria do Ministro Paulo Medina, o qual confirmou decisão monocrática que negou seguimento ao especial.

Irresignada, opõe a recorrente embargos de declaração com efeitos modificativos, pedindo ao atual Relator, Ministro Castro Meira, que reveja a decisão, a qual contém um grande equívoco, visto que o especial que aviou ataca expressamente o fundamento maior do acórdão do TJ/DF, ou seja, o Convênio ICMS n. 69/1968.

O Ministro Castro Meira rejeitou os declaratórios, entendendo que a tese jurídica deduzida no especial, consubstanciada na incidência do ICMS sobre os valores de habilitação de aparelhos de telefonia móvel celular, só foi impugnada pela ora embargante à luz da Lei Geral de Telecomunicações, enquanto o acórdão firmou-se no entendimento constante do Convênio ICMS n. 69/1968.

O Ministro João Otávio de Noronha, em bem lançado voto-vista, conclui diferentemente, entendendo que a decisão monocrática não examinou bem as razões do recurso especial, nas quais está explicitada a discussão que o recorrente travou, desde o início da demanda, tendo como base o Convênio ICMS n. 69/1968, concluindo por acolher os embargos.

Mas não é só, pois o Ministro João Otávio de Noronha, avançando, deu aos declaratórios efeitos modificativos para conhecer e dar provimento ao recurso especial, de modo a excluir do campo de incidência tributária o ICMS sobre o procedimento de habilitação nos serviços de telefonia móvel.

Pedi vista para melhor exame e estou convencida de que o recurso especial bem enfrentou os fundamentos jurídicos contidos no acórdão impugnado, merecendo ser revista a decisão que lhe negou seguimento.

Entretanto, como o Relator não se pronunciou sobre o mérito do recurso, por ter rejeitado os embargos, por hora é este voto-vista para acompanhar parcialmente o voto-vista do Ministro João Otávio de Noronha, de forma a admitir o recurso especial.

Aguardo o julgamento dessa questão preliminar para, após, manifestar-me sobre o mérito.

Em conclusão, divergindo do Relator, voto acolhendo os embargos de declaração para conhecer do recurso especial.

É o voto.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira: Sr. Presidente, ainda estou examinando esta matéria com relação à Seção. Entretanto, provisoriamente, reconheço que os precedentes da Turma favorecem a embargante.

Nesses termos, acompanho o voto do Sr. Ministro João Otávio de Noronha, dando provimento ao recurso especial.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): Reexaminando os autos, afastado a não-ocorrência das hipóteses previstas no artigo 535 do Código de Processo Civil, entendendo que a questão merece ser discutida, motivo pelo qual recebo os embargos de declaração e passo ao exame do recurso especial.

Cuida-se de recurso especial, em que se discute a necessidade ou não de ser recolhido o ICMS sobre valores cobrados a título de habilitação dos usuários de telefonia móvel celular.

De início, faz-se mister analisar se o serviço prestado pela recorrente é de telecomunicação, nos termos do § 1º do artigo 60 da Lei n. 9.472/1997 que dispõe:

“Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1ª Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.”

Fixada a natureza jurídica da habilitação dos usuários de telefonia móvel celular, verifica-se ser incabível a incidência do ICMS, nos termos do inciso III do artigo 2ª da Lei Complementar n. 87/1996, posto que a habilitação não se configura como atividade considerada como serviço de telecomunicação, ou seja, não é “transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza”.

Mesmo que assim não fosse a Agência Nacional de Telecomunicações — Anatel, na Resolução n. 73/1998, excluiu expressamente do rol de atividades consideradas como sendo serviços de telecomunicações, a de habilitação.

Ante o exposto, *acolho os embargos de declaração, com efeitos modificativos, para dar provimento ao recurso especial.*

É como voto.

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL
N. 527.633 — MG (2003/0071768-2)**

Relator: Ministro Franciulli Netto

Embargante: Fazenda Nacional

Procuradores: Márcia Henriques Ribeiro de Oliveira e outros

Embargado: Oftalmologistas Associados S/C Ltda

Advogados: Maurício Rezende Azzi e outros

EMENTA

Embargos de declaração em agravo regimental em recurso especial. Interposição simultânea, em peças distintas, de embargos de declaração. Idêntico objeto. Princípio da unirrecorribilidade. Preclusão consumativa do segundo recurso. Sociedades civis de prestação de serviços profissionais. Cofins. Isenção concedida pela Lei Complementar n. 70/1991. Matéria infraconstitucional pacificada no Superior Tribunal de Justiça.

Omissão, obscuridade ou contradição. Não-ocorrência. Caráter infrigente. Impossibilidade.

Ressalte-se que subsiste em nosso sistema processual civil o princípio da singularidade, também denominado da unicidade do recurso, ou unirrecorribilidade. Esse princípio consagra a premissa de que para cada decisão a ser atacada há um recurso próprio e adequado previsto no ordenamento jurídico.

Em face da similitude dos fundamentos recursais, o direito de recorrer da parte embargante se exauriu com a interposição do primeiro recurso (embargos declaratórios — fls. 197/202), que será devidamente analisado. Dessarte, o advento do segundo (embargos de declaração — fls. 203/208) demonstra a ocorrência da denominada preclusão consumativa.

Ao Tribunal toca decidir a matéria impugnada e devolvida. A função teleológica da decisão judicial é a de compor, precipuamente, litígios. Não é peça acadêmica ou doutrinária, tampouco se destina a responder a argumentos, à guisa de quesitos, como se laudo pericial fora. Contenta-se o sistema com a solução da controvérsia, observada a **res in iudicium de ducta**, o que se deu no caso ora em exame.

Nítido é o caráter modificativo que a embargante, inconformada, busca com a oposição destes embargos declaratórios, uma vez que pretende ver reexaminada e decidida a controvérsia de acordo com sua tese.

Os embargos de declaração possuem aplicação específica, prevista em lei. Inexistente a omissão, a obscuridade ou a contradição, não se pode alterar o julgado.

“Não cabe a este STJ examinar no âmbito do recurso especial, sequer a título de prequestionamento, eventual violação de dispositivo constitucional, tarefa reservada ao Pretório excelso (CF, art. 102, III e 105, III)” (EDcl no REsp n. 247.230/RJ, Relator Ministro Peçanha Martins, DJ de 18.11.2002).

Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por una-

nimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Castro Meira e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins.

Brasília (DF), 05 de agosto de 2004 (data do julgamento).

Ministro Franciulli Netto, Relator

DJ de 25.10.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Trata-se de embargos de declaração, opostos pela Fazenda Nacional, contra acórdão proferido por esta egrégia Segunda Turma, que apreciou tema relativo à isenção do recolhimento da Cofins concedida pela Lei Complementar n. 70/91 (fls. 197/202).

Alega a embargante, **ab initio**, que a matéria foi tratada pelo Tribunal **a quo** tão-somente sob a ótica constitucional, logo, em via de recurso especial, não haveria possibilidade de pronunciamento deste Sodalício, porquanto se tratar de matéria de exclusiva competência do Pretório Excelso.

Em acréscimo, nas razões de seu embargo de declaração, a recorrente aduz que “o acórdão embargado não se manifestou sobre pontos essenciais ao deslinde da causa, arts. 102, III; 105, III; 150, § 6º, art. 146; 195, § 4º, 97, todos da Constituição Federal de 1988” (fl. 197).

Requer, ainda, “o acolhimento dos presentes embargos declaratórios, para que sejam sanadas as omissões acima transcritas, com o fito de prequestionar a matéria constitucional e permitir o acesso ao Supremo Tribunal Federal” (fl. 202).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): Não há na decisão atacada qualquer omissão, contradição ou obscuridade, pois apreciada toda a matéria recursal desenvolvida.

Prima facie, ressalte-se que subsiste, em nosso sistema processual civil, o princípio da singularidade, também denominado da unicidade do recurso, ou unirrecorribilidade. Esse princípio consagra a premissa de que para cada decisão a ser atacada há um recurso próprio e adequado previsto no ordenamento jurídico.

Em face da similitude dos fundamentos recursais, o direito de recorrer da parte embargante se exauriu com a interposição do primeiro recurso (embargos declaratórios — fls. 197/202), que será devidamente analisado. Dessarte, o advento do segundo (embargos de declaração — fls. 203/208) demonstra a ocorrência da denominada preclusão consumativa.

Sobreleva notar que, ao Tribunal toca decidir a matéria impugnada e devolvida. A função teleológica da decisão judicial é a de compor, precipuamente, litígios. Não é peça acadêmica ou doutrinária, tampouco se destina a responder a argumentos, à guisa de quesitos, como se laudo pericial fora. Contenta-se o sistema com a solução da controvérsia, observada a **res in iudicium de ducta**, o que se deu no caso ora em exame.

Nítido é o caráter modificativo que a embargante, inconformada, busca com a oposição destes embargos declaratórios, uma vez que pretende ver reexaminada e decidida a controvérsia de acordo com sua tese.

Ocioso rememorar que os embargos de declaração possuem aplicação específica, prevista em lei. Inexistente a omissão, a obscuridade ou a contradição, não se pode alterar o julgado.

As omissões suscetíveis de serem afastadas por meio de embargos declaratórios são as contidas entre os próprios termos ou entre a fundamentação e a conclusão do acórdão embargado. Não se imiscuem com a valoração da matéria debatida e apreciada.

Ademais, consoante salientou esta Segunda Turma, quando do julgamento do EDcl no REsp n. 247.230/RJ, da relatoria do ilustre Ministro Peçanha Martins, “não cabe a este STJ examinar no âmbito do recurso especial, sequer a título de prequestionamento, eventual violação de dispositivo constitucional, tarefa reservada ao Pretório excelso (CF, art. 102, III, e 105, III)” (DJ de 18.11.2002).

Vale ressaltar, outrossim, que, “mesmo nos embargos de declaração com fim de prequestionamento, devem-se observar os lindes traçados no art. 535 do CPC (obscuridade, dúvida, contradição, omissão e, por construção pretoriana integrativa, a hipótese de erro material). Esse recurso não é meio hábil ao reexame da causa” (EDcl no REsp n. 13.843/SP, Relator Ministro Demócrito Reinaldo, DJ de 24.08.1992).

Diante do exposto, rejeito os presentes embargos.

É como voto.

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL
N. 528.135 — RS (2003/0070938-9)**

Relator: Ministro Castro Meira

Embargante: Serviço Brasileiro de apoio às Micro e Pequenas Empresas do Rio Grande do Sul — Sebrae/RS

Advogado: Leonardo Lamachia

Embargada: Cooperativa Agrícola Soledade Ltda

Advogado: Claudir Cimarosti

Interessado: Serviço Social do Comércio — Sesc/RS

Advogados: Roberto Ferreira Rosas e outros

Interessado: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Jaqueline Maggioni Piazza e outros

EMENTA

Embargos de declaração. Tributário. Exigibilidade da contribuição ao Sebrae da pessoa jurídica independentemente da natureza de micro ou pequena empresa.

1. Ao instituir a referida contribuição como um “adicional” às contribuições ao Senai, Senac, Sesi e Sesc, o legislador indubitavelmente definiu como sujeitos ativo e passivo, fato gerador e base de cálculo, os mesmos daquelas contribuições e como alíquota, as descritas no § 3º do art. 8º da Lei n. 8.029/1990.

2. Assim, a contribuição ao Sebrae é devida por todos aqueles que recolhem as contribuições ao Sesc, Sesi, Senac e Senai, independentemente de seu porte (micro, pequena, média ou grande empresa).

3. Embargos de declaração acolhidos com efeito modificativo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, acolher os embargos de declaração com efeitos modificativos, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Franciulli Netto e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins.

Brasília (DF), 07 de outubro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

DJ de 13.12.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Cuida-se de embargos de declaração opostos contra decisão assim ementada:

“Tributário. Contribuição social. Sesc e Senac. Empresas prestadoras de serviço.

1. É legítimo o recolhimento da contribuição para o Sesc e Senac por empresas prestadoras de serviços.

2. A interpretação dos artigos 4º do Decreto-Lei n. 8.621/1946 e 3º do Decreto-Lei n. 9.853/1946, sob o enfoque do novo conceito de empresa e a da ordem constitucional em vigor, leva à conclusão de que as prestadoras de serviços estão incluídas dentre os estabelecimentos comerciais sujeitos ao recolhimento da contribuição.

3. Recursos especiais providos (fl. 1.030).

A embargante sustenta que a decisão embargada “não se manifestou expressamente sobre o recurso especial da embargante e sobre a contribuição do Sebrae”. Assim, requer “sejam os presentes embargos declaratórios conhecidos e providos, para que seja integrada a omissão apontada à douta decisão embargada”.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): De fato, restou omisso o acórdão embargado quanto à legalidade da cobrança da contribuição para o Sebrae.

A contribuição ao Sebrae foi instituída como adicional sobre as contribuições ao Sesc/Senac e Sesi/Senai, nos termos do art. 8º, § 3º, da Lei n. 8.029/1990, alterada pela Lei n. 10.669/2003, com vistas à execução das políticas de apoio às micro e pequenas empresas, previstas nos artigos 170, IX, e 179 da Constituição Federal.

Lei n. 8.029, de 12 de abril de 1990.

“Art. 8º É o Poder Executivo autorizado a desvincular, da Administração Pública Federal, o Centro Brasileiro de Apoio à Pequena e Média Empresa (Cebrae), mediante sua transformação em serviço social autônomo.

§ 1º Os programas de apoio às empresas de pequeno porte que forem custeados com recursos da União passam a ser coordenados e supervisionados pela Secretaria Nacional de Economia, Fazenda e Planejamento.

§ 2º Os programas a que se refere o parágrafo anterior serão executados, nos termos da legislação em vigor, pelo Sistema Cebrae/Ceags, através da celebração de convênios e contratos, até que se conclua o processo de autonomia do Cebrae.

§ 3º Para atender à execução das políticas de promoção de exportações e de apoio às micro e às pequenas empresas, é instituído adicional às alíquotas das contribuições sociais relativas às entidades de que trata o art. 1º do Decreto-Lei n. 2.318, de 30 de dezembro de 1986, de: (redação dada pela Lei n. 10.668, de 14.05.2003)

a) um décimo por cento no exercício de 1991; (alínea incluída pela Lei n. 8.154, de 28.12.1990)

b) dois décimos por cento em 1992; e (alínea incluída pela Lei n. 8.154, de 28.12.1990)

c) três décimos por cento a partir de 1993 (alínea incluída pela Lei n. 8.154, de 28.12.1990).”

Decreto-Lei n. 2.318, de 30 de dezembro de 1986.

“Art. 1º Mantida a cobrança, fiscalização, arrecadação e repasse às entidades beneficiárias das contribuições para o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai), para o Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (Senac), para o Serviço Social da Indústria (Sesi) e para o Serviço Social do Comércio (Sesc), ficam revogados: (...)”

Ao instituir a referida contribuição como um “adicional” às contribuições ao Senai, Senac, Sesi e Sesc, o legislador indubitavelmente definiu como sujeitos ativo e passivo, fato gerador e base de cálculo, os mesmos daquelas contribuições e como alíquota, as descritas no § 3º do art. 8º da Lei n. 8.029/1990.

Assim, a contribuição ao Sebrae é devida por todos aqueles que recolhem as contribuições ao Sesc, Sesi, Senac e Senai, independentemente de seu porte (micro, pequena, média ou grande empresa).

Ademais, tal encargo deve ser suportado por toda a categoria empresarial, seja da indústria, do comércio ou de serviços, haja vista o interesse de todo o empresário no fomento das micro e pequenas empresas, com fundamento no princípio da solidariedade social.

Nesse sentido, o seguinte precedente:

“Tributário. Contribuições ao Sesc e ao Senac. Prestadoras de serviços. Alteração no posicionamento da Primeira Seção do STJ. Resp n. 431.347/SC, unânime. Exigibilidade da contribuição ao Sebrae pelas prestadoras de serviços.

1. As empresas prestadoras de serviços estão incluídas dentre aquelas que devem recolher, a título obrigatório, contribuição para o Sesc e para o Senac, porquanto enquadradas no plano sindical da Confederação Nacional do Comércio, consoante a classificação do artigo 577 da CLT e seu anexo, recepcionados pela Constituição Federal (art. 240) e confirmada pelo seu guardião, o STF, a assimilação no organismo da Carta Maior.

2. As contribuições referidas visam concretizar a promessa constitucional insculpida no princípio pétreo da ‘valorização do trabalho humano’ encartado no artigo 170 da Carta Magna (‘A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, (...)’)

3. As prestadoras de serviços que auferem lucros são, inequivocamente estabelecimentos comerciais, quer por força do seu ato constitutivo, oportunidade em que elegeram o regime jurídico próprio a que pretendiam se submeter, quer em função da novel categorização desses estabelecimentos, à luz do conceito moderno de empresa.

4. O Sesc e o Senac têm como escopo contribuir para o bem-estar social do empregado e a melhoria do padrão de vida do mesmo e de sua família, bem como implementar o aprimoramento moral e cívico da sociedade, beneficiando todos os seus associados, independentemente da categoria a que pertençam;

5. À luz da regra do art. 5^o da LICC — norma supralegal que informa o direito tributário, a aplicação da lei, e nesse contexto a verificação se houve sua violação passa por esse aspecto teleológico-sistêmico — impondo-se considerar que o acesso aos serviços sociais, tal como preconizado pela Constituição, é um ‘direito universal do trabalhador’, cujo dever correspectivo é do empregador no custeio dos referidos benefícios.

6. Consectariamente, a natureza constitucional e de cunho social e protetivo do empregado, das exações **sub judice**, implica que o empregador contribuinte somente se exonere do tributo, quando integrado noutro serviço social, visando evitar relegar ao desabrigo os trabalhadores do seu segmento, em desigualdade com os demais, gerando situação antiisonômica e injusta.

7. A pretensão de exoneração dos empregadores quanto à contribuição compulsória em exame, recepcionada constitucionalmente, em benefício dos

empregados, encerra arbítrio patronal, mercê de gerar privilégio abominável aos que através da via judicial pretendem dispor daquilo que pertence aos empregados, deixando à calva a ilegitimidade da pretensão deduzida.

8. É cediço que o adicional destinado ao Sebrae (Lei n. 8.029/1990, na redação dada pela Lei n. 8.154/1990), constitui simples majoração das alíquotas previstas no DL n. 2.318/1986 (Senai, Senac, Sesi e Sesc).

9. Em se tratando de contribuição de intervenção no domínio econômico, que dispensa seja o contribuinte virtualmente beneficiado, deve ser paga pelas empresas prestadoras de serviços à vista do princípio da solidariedade social (CF/1988, art. 195, **caput**).

10. Recursos especiais do Sebrae e do INSS providos” (REsp n. 587.415, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 03.05.2004).

Assim, merece prosperar a irresignação da embargante, pois a pretensão ventilada no recurso especial do Sebrae não foi apreciada pelo acórdão embargado.

Ante o exposto, *acolho os embargos de declaração para sanar a omissão do acórdão embargado e dar provimento ao recurso especial do Sebrae.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 460.244 — TO (2002/0101901-8)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins
 Recorrente: Caixa Econômica Federal — CEF
 Advogados: Rodrigo Sales dos Santos e outros
 Recorrida: Delvana Maria Santos Soares
 Advogados: Lindinalvo Lima Luz e outros

EMENTA

FGTS. Saque dos depósitos. Impossibilidade. Contrato de trabalho nulo. Art. 37, II, da Constituição Federal. MP n. 2.164-41/1001, Arts. 19-a e 20, II. Inaplicabilidade. Precedentes.

1. Assente o entendimento desta Corte de que os acréscimos introduzidos na Lei n. 8.036/1990 pela MP n. 2.164-41 (arts. 19-a e 20, II) não se aplicam às ações anteriores à sua vigência.

2. O art. 37, II, da CF exige a aprovação em concurso público para ingresso em cargo ou emprego público, sob pena de nulidade.

3. A anulação do pacto laboral, por desrespeito a tal determinação constitucional, só produz efeitos **ex nunc**, conferindo ao ex-empregado apenas o direito às verbas salariais pelos serviços prestados.

4. O desfazimento do vínculo empregatício por anulação não se equipara à rescisão contratual por “força maior” ou “culpa recíproca” reconhecida na Justiça do Trabalho (art. 18, § 2º, da Lei n. 8.036/1990).

5. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Eliana Calmon, Franciulli Netto, João Otávio de Noronha e Castro Meira. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília (DF), 16 de novembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Relator

DJ de 07.03.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Trata-se de recurso especial, seguido de extraordinário, fundado nos permissivos **a** e **c**, interposto pela Caixa Econômica Federal, contra acórdão do TRF da 1ª Região, proferido em sede de embargos declaratórios, cuja ementa assim resumiu o julgado:

“Administrativo. Levantamento do saldo do FGTS existente em conta vinculada. Legitimidade passiva **ad causam** da Caixa Econômica Federal por força do art. 7º da Lei n. 8.036/1990. Despedida imotivada de celetista. Autorização expressa pelo art. 20, I, da Lei n. 8.036/1990. Apelação improvida. (Fl. 93)

Alega a recorrente negativa de vigência ao art. 20 da Lei n. 8.036/1990 e contrariedade ao art. 158 do Código Civil, bem como divergência com as decisões indicadas como paradigmas, insurgindo-se contra a decisão regional, que reconheceu o direito do ex-empregado de levantar o saldo da conta vinculada do FGTS, alegando ausência de previsão legal.

Sem contra-razões, ambos os recursos foram admitidos na origem e remetido o especial a esta Corte onde, cabendo-me relatá-lo, dispensei o pronunciamento do Ministério Público Federal, nos termos regimentais.

É o relatório.

VOTO-MÉRITO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator): A despeito dos acréscimos introduzidos na Lei n. 8.036/1990 pela MP n. 2.164-41, de 24.08.2001 (arts. 19-A e 20, II), permitindo o levantamento do FGTS mesmo em caso de anulação do contrato de trabalho por descumprimento do art. 37, II, da CF, consoante entendimento deste STJ essas alterações não se aplicam às ações ajuizadas antes da vigência da Medida Provisória, como é o caso presente em que a ação foi aforada em 10.12.1998.

Com referência à possibilidade de levantamento dos depósitos do FGTS pelo desfazimento do contrato de trabalho nulo, com a devida vênia dos que pensam em sentido contrário, tenho ponto de vista firmado, manifestado em casos semelhantes que reproduzo:

“É consabido que a conseqüência natural da anulação do contrato é a restituição das partes ao estado anterior, circunstância inócua no Direito do Trabalho devido à impossibilidade da devolução do trabalho prestado pelo empregado e das contraprestações pagas pelo empregador. Daí a anulação produzir efeitos para frente (**ex nunc**), sendo indevidas quaisquer verbas posteriores por força do contrato nulo, que não gera direitos.

Cumpra ainda lembrar que o sistema do Fundo de Garantia, instituído pela Lei n. 5.107/1966, teve por finalidade precípua extinguir a estabilidade no emprego e substituir a indenização de antigüidade pelo produto de uma contribuição mensal recolhida pelo empregador, em conta vinculada ao nome do empregado, cujo montante seria liberado em favor deste, no caso de despedida imotivada, com os acréscimos de lei (correção monetária, juros progressivos e multa).

Quando da sua implantação, o novo sistema sofreu severas críticas de juristas do porte de **Cesarino Júnior** (que jocosamente apelidou a Lei do FGTS e seu Regulamento de Fungats e Refungats) e **Martins Catharino**. A título de curiosidade, numa justa homenagem a quem sempre lutou pela preservação das garantias constitucionais, transcrevo trechos das considerações preliminares feitas por **Eduardo Gabriel Saad** em seus comentários à referida lei:

A 05 de agosto de 1966, o Sr. Presidente da República converteu em projeto de lei a proposição de seus Ministros do Trabalho e do Planeja-

mento e submeteu-o à consideração do Congresso Nacional através da Mensagem n. 11. (...).

(...)

‘Releva notar que na Comissão Mista foram travados brilhantes debates em torno da constitucionalidade do Projeto, *destacando-se a exposição feita pelo Senador Josafá Marinho*, eminente constitucionalista da Universidade da Bahia. A Comissão, *entretanto, por maioria de votos, rejeitou a tese esposada por aquele parlamentar* e aprovou o parecer do Relator e o seu substitutivo, encaminhando-os ao plenário do Congresso. Ali não se concluiu o exame do Projeto nem do seu substitutivo procedente da Comissão Mista. Escoado o prazo estabelecido no § 3º do art. 5º do Ato Institucional n. 2, o Sr. Presidente da República, fazendo uso dos poderes extraordinários que lhe dá aquele mesmo ato, converteu na Lei n. 5.107 o projeto que remetera ao Congresso Nacional. Vinte e quatro horas após a promulgação desse diploma legal, e ainda estribado em preceitos do referido ato institucional, o Sr. Presidente da República baixou o Decreto-Lei n. 20, mandando incorporar, no texto da Lei n. 5.107, as emendas aprovadas pela Comissão Mista.’ (In, ‘Lei do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço’, LTr. Editora Ltda, pp. 10/11 — grifei)

Pois bem. O acórdão recorrido concedeu a segurança, autorizando o saque dos depósitos do FGTS pelo impetrante, considerando ser a hipótese de ‘força maior’.

Essa liberação do saldo da conta vinculada em face da anulação do contrato de trabalho, de certo modo, encontra respaldo em precedentes das Primeira e Segunda Turmas desta Corte admitindo a movimentação da referida conta com base no art. 20, I, da Lei n. 8.036/1990, por outro motivo, qual seja, a configuração da ‘culpa recíproca’, de que são exemplos os acórdãos proferidos nos REsps ns. 284.250/GO, 385.883/RO e 388.148/GO publicados, respectivamente, nos DJ’s de 12.11.2001, 08.04.2002 e 30.09.2002.

Data maxima venia, esses entendimentos parecem-me equivocados. Em primeiro lugar, inexistente previsão legal para movimentação da conta vinculada por anulação do contrato de trabalho. A mencionada Lei n. 8.036/1990 dispõe:

‘Art. 20 - A conta vinculada do trabalhador no FGTS poderá ser movimentada nas seguintes situações:

‘I - despedida sem justa causa, inclusive indireta, de culpa recíproca e força maior.’

Ademais, o desfazimento do contrato de trabalho por ausência de condição essencial à sua validade tornando-o nulo, qual seja, a realização de concurso público (CF, art. 37, II), maculando a avença desde sua formação, não se confunde com a rescisão do pacto laboral por ‘culpa recíproca’ e ‘força maior’, causas essas supervenientes ocorridas no curso da relação empregatícia. A primeira delas, vinculada à concorrência de faltas cometidas pelo empregado e empregador, capituladas nos arts. 482 e 483 da CLT; a segunda, no dizer do art. 501 do mesmo diploma, é ‘... *tudo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização da qual este não concorreu, direta ou indiretamente*’.

Acresce que o § 2º do art. 18 da Lei n. 8.036/1990, preceitua:

‘Quando ocorrer despedida por culpa recíproca ou por força maior, *reconhecida pela Justiça do Trabalho*, o percentual de que trata o § 1º será de 20% (vinte por cento).’ (Grifei)

Observadas suas peculiaridades, esse dispositivo da lei especial tem correspondência com o art. 484/CLT que, na hipótese de culpa recíproca, reduz a indenização de antigüidade nos termos seguintes:

‘Havendo culpa recíproca no ato que determinou a rescisão do contrato de trabalho, o Tribunal do Trabalho reduzirá a indenização à que seria devida em caso de culpa exclusiva do empregador, por metade.’

Inequívoco, porém, é que, na forma da lei, a movimentação da conta vinculada, nas hipóteses de ‘culpa recíproca’ ou ‘força maior’, só poderá ser realizada quando estas causas de rescisão do contrato forem reconhecidas na Justiça do Trabalho, não bastando um simples requerimento do interessado para tal fim”.

Por esses mesmos motivos, conheço do recurso e lhe dou provimento.

RECURSO ESPECIAL N. 465.169 — SP (2002/0119147-1)

Relator: Ministro Franciulli Netto

Recorrentes: Agência de Vapores Grieg S/A e outros

Advogado: Durval Boulhosa

Recorrido: Companhia Docas do Estado de São Paulo — Codesp

Advogado: Ricardo Marcondes de Moraes Sarmento

EMENTA

Recurso especial. Alíneas **a** e **c**. Tributário. Adicional de tarifa portuária. Incidência restrita. Súmula n. 50/STJ. Itens “j” e “m” do artigo 5º do Decreto n. 24.508/1934 excluídos da exigência fiscal. Precedentes.

Na assentada de 08 de setembro de 1992, a colenda Primeira Seção deste Sodalício aprovou a Súmula n. 50, publicada no Diário da Justiça do dia 17 do mesmo mês e ano, no sentido de que “o adicional de tarifa portuária incide apenas nas operações realizadas com mercadorias importadas ou exportadas, objeto do comércio de navegação de longo curso”.

No caso dos autos, o v. acórdão recorrido decidiu ser “inviável pretender-se o não-pagamento do ATP sobre alguns itens da tabela sob o fundamento de não haver movimentação efetiva da mercadoria naquela operação individualmente considerada. Em todas as fases abrangidas pela tabela portuária há utilização de serviços e mão-de-obra fornecida pela administração do porto, independentemente da movimentação da mercadoria” (fl. 447).

O Superior Tribunal de Justiça, à luz do referido enunciado sumular, conferiu interpretação restritiva ao Decreto n. 24.508/1934, que enumerou os serviços portuários, a fim de excluir da incidência do referido adicional algumas operações portuárias descritas na Tabela de Serviços Portuários elencados no referido preceito normativo. Dessa forma, os itens A, B, J, K, L e M do artigo 5º do Decreto n. 24.508/1934 estão a salvo da incidência da referida exação.

No particular, pretendem os impetrantes a inexigibilidade da exação sobre as operações relativas aos itens J (Suprimento do aparelhamento portuário) e M (serviços acessórios) da referida tabela, pretensão que, à evidência, merece acolhida.

Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Castro Meira e Eliana Calmon

votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins.

Brasília (DF), 05 de agosto de 2004 (data do julgamento).

Ministro Franciulli Netto, Relator

DJ de 25.10.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Versam os autos sobre recurso especial, interposto por Agência de Vapores Grieg S/A e outros, com fundamento no artigo 105, inciso III, letras **a** e **c**, da Constituição da República, contra v. acórdão proferido pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que, após o julgamento do recurso extraordinário e dos embargos de declaração opostos pelo contribuinte, espelha a seguinte ementa:

“Direito Tributário — Adicional de tarifa portuária — Tabela — Legalidade.

1. A Súmula n. 50 do colendo Superior Tribunal de Justiça albergou a incidência do Adicional de Tarifa Portuária sobre os atos praticados à consecução da operação de importação ou exportação de mercadoria.

2. A expressão ‘operações realizadas’ abrange todos os serviços necessários para a conclusão da importação ou exportação. Inviável pretender-se o não-pagamento do ATP sobre alguns itens da tabela sob o fundamento de não haver movimentação efetiva da mercadoria naquela ‘operação’ individualmente considerada. Em todas as fases abrangidas pela tabela portuária há utilização de serviços e mão-de-obra fornecida pela administração do porto, independentemente da movimentação da mercadoria.

3. A isenção do ATP é concedida apenas às mercadorias objeto do comércio interno, as quais utilizem o transporte fluvial, lacustre ou de cabotagem (§ 2º do art. 1º da Lei n. 7.700/1988)” (fl. 449).

Aduz a recorrente afronta ao artigo 1º, § 1º, da Lei n. 7.700/1988, ao argumento de que, de acordo com o referido dispositivo, somente alguns tipos de operações sofrem a incidência do Adicional de Tarifa Portuária — ATP.

Para configurar a divergência jurisprudencial, chama à colação arestos de outros tribunais e do STJ.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): Dispõe o artigo 1º, § 1º, da Lei n. 7.700/1988 que:

“Art. 1º É criado o Adicional de Tarifa Portuária — ATP incidente sobre as tabelas das Tarifas Portuárias.

§ 1º O adicional a que se refere este artigo é fixado em 50% (cinquenta por cento), e incidirá sobre as operações realizadas com mercadorias importadas ou exportadas, objeto do comércio na navegação de longo curso.

§ 2º São isentas do pagamento do Adicional de Tarifa Portuária as mercadorias movimentadas no comércio interno, objeto de transporte fluvial, lacustre e de cabotagem.”

O artigo 5º do Decreto n. 24.508/1934, por sua vez, já definia:

“Art. 5º São os seguintes, as vantagens e serviços de que o comércio e a navegação podem usufruir, nos portos organizados, prestados pelas administrações desses portos:

- A – Utilização do porto;
- B – Atracação;
- C – Capatazias;
- D – Armazenagem interna;
- F – Armazenagem em ‘armazéns gerais’;
- G – Armazenagens especiais;
- H – Transportes;
- I – Estiva das embarcações;
- J – Suprimento do aparelhamento portuário;
- K – Reboques;
- L – Suprimento d’água às embarcações;
- M – Serviços acessórios.”

Na assentada de 08 de setembro de 1992, a colenda Primeira Seção deste Sodalício aprovou o Enunciado Sumular n. 50, publicado no Diário da Justiça do dia 17 do mesmo mês e ano, no sentido de que “o adicional de tarifa portuária incide apenas nas operações realizadas com mercadorias importadas ou exportadas, objeto do comércio de navegação de longo curso”.

No caso dos autos, o v. acórdão recorrido decidiu ser “inviável pretender-se o não-pagamento do ATP sobre alguns itens da tabela sob o fundamento de não haver movimentação efetiva da mercadoria naquela operação individualmente considerada. Em todas as fases abrangidas pela tabela portuária há utilização de serviços e mão-de-obra fornecida pela administração do porto, independentemente da movimentação da mercadoria” (fl. 447).

Esse entendimento, no entanto, não encontra amparo na jurisprudência desta Corte, que conferiu interpretação restritiva ao Decreto n. 24.508/1934, que enumera os serviços portuários, a fim de excluir da incidência do referido adicional algumas operações portuárias descritas na Tabela de Serviços Portuários elencados no referido ato normativo.

Consoante pontificou o insígne Ministro Ari Pargendler, “integram a base de cálculo do Adicional de Tarifas Portuárias — ATP os preços dos serviços que, prestados nos portos, impliquem a manipulação direta de mercadorias importadas e exportadas” (REsp n. 83.727/PE, Relator Ministro Ari Pargendler, DJ de 17.06.1996).

Nesse sentido, vejam-se, também, os seguintes arestos:

“Processual Civil e Tributário. Agravo regimental. Adicional de tarifa portuária (ATP). Lei n. 7.700/1988. Decreto n. 24.508/1934. *Container* vazio. Não-incidência. Súmula n. 50/STJ. Precedentes.

1. Agravo regimental contra decisão que negou provimento ao agravo de instrumento interposto pela parte agravante.

2. O acórdão **a quo** concedeu a segurança para impedir a autoridade coatora de exigir o Adicional de Tarifa Portuária — ATP

3. Estabelece a Súmula n. 50, desta Corte Superior: ‘o Adicional de Tarifa Portuária incide apenas nas operações realizadas com mercadorias importadas ou exportadas, objeto do comércio de navegação de longo curso’.

4. *Container* não é mercadoria, cuja movimentação não faz incidir o ATP (REsp n. 250.010/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 25.06.2001).

5. Agravo regimental não provido” (AgRg no Ag n. 472.214/RJ, Relator Ministro José Delgado, DJ de 10.03.2003);

“Tributário — Adicional de tarifa portuária — Incidência. Art. 1º, parágrafo 1º, da Lei n. 7.700/1988 — Súmula n. 50 — STJ.

O Adicional de Tarifa Portuária — ATP — incide somente sobre as operações realizadas com mercadorias exportadas ou importadas, objeto de navegação de longo curso. Excluem-se, pois, os serviços prestados no porto, aos

navios ou embarcações, não relacionadas com tais mercadorias, sobre os quais incidem as tarifas portuárias normais.

Recurso provido” (REsp n. 35.052/BA, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ de 06.09.1993);

“Tarifa portuária — Súmula n. 50.

O ATP é devido nas hipóteses das letras C, D, E, F, G e I do artigo 5º do Decreto n. 24.508/1934.

A questão já esta cristalizada em nossa Súmula n. 50, **verbis**: ‘o Adicional de Tarifa Portuária incide apenas nas operações realizadas com mercadorias importadas ou exportadas, objeto do comércio de navegação de longo curso’.

Provido parcialmente” (REsp n. 10.822/PA, Relator Ministro Garcia Vieira, DJ de 14.12.1992).

Na mesma esteira, o REsp n. 100.014/AL, Relator Ministro Adhemar Maciel, Relator p/ o acórdão Ministro Ari Pargendler, DJ de 22.03.1999.

Assim, é cediço que as operações relativas às letras C, D, E, F, G e I do artigo 5º do Decreto n. 24.508/1934 sofrem a incidência da referida exação, e as letras A, B, J, K, L e M do mesmo dispositivo estão a salvo de sua exigência.

No particular, pretendem os impetrantes o não-pagamento da exação sobre as operações relativas aos itens J (suprimento do aparelhamento portuário) e M (serviços acessórios) da referida tabela, pretensão que, a teor do que acima se expôs, merece acolhida.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 470.577 — SP (2002/0119885-9)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: Metalgráfica Itaquá Ltda

Advogado: José Rena

Recorrida: Fazenda do Estado de São Paulo

Procuradores: Cláudia Maria Donato Gomes Moreira de Almeida e outros

EMENTA

Tributário — ICMS — material de embalagem confeccionada com produtos metálicos e acabamento gráfico.

1. As embalagens fabricadas pela empresa são de material metálico, com acabamento gráfico, preponderando a utilização do produto metálico sobre o material gráfico, o que a faz contribuinte do ICMS.

2. É irrelevante para o exame da incidência do imposto, se ICMS ou ISS, o fato de serem as embalagens feitas sob encomenda.

3. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sr^a. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros Franciulli Netto, João Otávio de Noronha, Castro Meira e Francisco Peçanha Martins votaram com a Sr^a. Ministra-Relatora.

Brasília (DF), 04 de maio de 2004 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Relatora

DJ de 28.06.2004

RELATÓRIO

A Sr^a. Ministra Eliana Calmon: Metalgráfica Itaquá Ltda embargou a execução fiscal que lhe moveu o Estado de São Paulo para cobrança de ICMS.

A sentença de primeiro grau julgou procedentes os embargos, afirmando, com base em prova pericial, que, não sendo a embargante empresa dedicada à manufatura de produtos metalúrgicos e exercendo o comércio de serviços gráficos, não está sujeita ao pagamento do ICMS, recolhendo apenas o ISS.

O Tribunal deu provimento ao apelo da Fazenda Estadual, alegando que a empresa confeccionava embalagens metálicas, com aplicação de acabamento gráfico, incidindo, na espécie, o teor do art. 1^o, I, do Decreto-Lei n. 406/1968.

A empresa, após embargar de declaração, para efeito de prequestionamento, interpôs recurso especial, com apoio nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional.

A recorrente, desde o início da demanda, vem afirmando inexistir entre ela e o Fisco estadual relação jurídica que a torne contribuinte do ICMS, porque suas

atividades estão sujeitas ao exclusivo recolhimento do ISS. Entretanto, o Tribunal de Justiça omitiu-se quanto ao exame do art. 8º, § 1º, do Decreto-Lei n. 406/1968, com a redação do Decreto-Lei n. 834/1969, omissão que não foi suprida quando da interposição dos embargos de declaração. Daí a indicação de violação do art. 535, inciso II, do CPC.

Para comprovar a divergência, dando sustentação ao especial, também interposto com apoio na alínea c, trouxe a empresa para confronto julgado da Primeira Turma, relatado pelo Ministro Milton Luiz Pereira, bem como idêntico julgado relatado pelo Ministro Garcia Vieira, os quais tecem considerações sobre o conteúdo da composição gráfica genérica, destinada ao público em geral, e a composição gráfica personalizada, sob encomenda, sujeitando-se a última ao ISS apenas.

A Fazenda contra-arrazoou, sendo inadmitido o recurso extraordinário e admitido o recurso especial.

É o relatório.

VOTO

A Srª. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Preliminarmente, não conheço do recurso pela alínea c, por entender que a hipótese dos autos não tem similitude fática com os paradigmas indicados, visto que aqui não há dúvida quanto à generalidade ou especialidade do produto. Trata-se de produção gráfica, com composição de material próprio de metalúrgica.

De referência ao art. 535, II, do CPC, entendo que houve prequestionamento do art. 8º do Decreto-Lei n. 406.

A sentença de primeiro grau foi calcada no dispositivo indicado, estando registrado no julgado o seguinte:

Conforme se verifica na lista de serviços referida, que deu nova redação ao Decreto-Lei n. 406 de 31.12.1968, no seu Artigo 8º, inclui os serviços de embalagem, sendo certo que o Decreto-Lei n. 406 prevê que os serviços incluídos na lista ficam sujeitos apenas ao imposto sobre serviços, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias. (Fls. 83/84)

É bem verdade que a Fazenda, ao apelar, não se reportou ao art. 8º do Decreto-Lei n. 406/1968, mas não poderia ser ele olvidado, diante da fundamentação jurídica da sentença.

O acórdão afirmou que a empresa confeccionava embalagens metálicas, transformando a matéria-prima nos objetos com acabamento gráfico, para atender às encomendas que lhe são feitas.

Examinando a prova, disse a corte de apelação que a composição gráfica não preponderava no produto, sendo um mero estágio do processo de transformação, incidindo o disposto no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei n. 406. E só concluiu dessa forma depois que consultou a lista de serviço, ou seja, implicitamente revolveu a fundamentação da sentença, para dizer que o item 77 da lista de serviços não poderia prevalecer, porque o objeto da empresa é o comércio de folhas de flandres e de embalagens metálicas com acabamento gráfico.

Verifica-se, portanto, que não houve a omissão indicada pela recorrente, o que leva ao improvimento do recurso especial para confirmar-se o acórdão.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 525.246 — SC (2003/0056773-8)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: Dicave Automóveis Ltda

Advogados: Márcio Ari Vendruscolo e outros

Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: João Ernesto Aragonés Vianna e outros

EMENTA

Tributário — *Funrural* — Contribuição para o *Incra* — LC n. 11/1971 — *Prorural* — Lei n. 7.787/1989 — Extinção do valor incidente — Lei n. 8.212/1991.

1. A contribuição devida nos termos do DL n. 1.146, de 31 de dezembro de 1970 e majorada pelo art. 15, inciso II, da LC n. 11/1971, incidente sobre a folha de salários, foi extinta pelo art. 3º, § 1º, da Lei n. 7.787/1989.

2. A segunda contribuição, prevista no inciso I, do mesmo art. 15, da LC n. 11/1971, incidente sobre a venda dos produtos rurais permanece em vigor até o advento da Lei n. 8.213/1991.

3. Ilegalidade na cobrança de contribuição extinta — art. 15, § 1º, inciso II, da LC n. 11/1971.

4. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto da Sr^a. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros Franciulli Netto, João Otávio de Noronha, Castro Meira e Francisco Peçanha Martins votaram com a Sr^a. Ministra-Relatora.

Brasília (DF), 04 de maio de 2004 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Relatora

DJ de 28.06.2004

RELATÓRIO

A Sr^a. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso especial, interposto com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4^a Região que decidiu ação em torno do *Funrural*.

Alega a recorrente que, ao reconhecer a inexigibilidade da contribuição ao *Incra* a partir de 24.07.1991, data da publicação da Lei n. 8.212/1991, o TRF da 4^a Região divergiu de acórdão desta Corte, que a reconhece desde o advento da Lei n. 7.787/1989.

Aponta, ainda, violação aos arts. 72 do Decreto n. 612/1992, 32, da Lei n. 8.212/1991 e 161 do CTN, bem como dissídio jurisprudencial em relação à aplicação dos juros compensatórios; ao expurgo inflacionário do IGPM de julho e agosto/1994 (Plano Real); aos expurgos do IPC e quanto à possibilidade de compensação com as demais contribuições previdenciárias.

Sem contra-razões, subiram os autos.

Relatei.

VOTO

A Sr^a. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Entendo que não restou prequestionada a tese em torno dos juros compensatórios, de modo que, nesse ponto, não pode ser admitido o recurso por óbice da Súmula n. 282 — STF

Também não conheço do recurso em relação às teses de compensação com outras contribuições previdenciárias e de aplicação dos expurgos do IPC, porque a recorrente não atendeu à disposição do art. 255, §§ 1^o e 2^o, do CPC, ao deixar de

indicar acórdãos paradigmas e, por conseguinte, ao não demonstrar a hipótese fática semelhante e o direito aplicado.

Demonstrado o dissídio em relação às teses de inexigibilidade da contribuição para o *Incra* a partir da Lei n. 7.787/1989 e de aplicação do expurgo do Plano Real, passo ao exame do especial.

No que pertine ao mérito, temos que, na origem, a empresa recorrente impugnou a cobrança da contribuição para o *Incra*, no percentual de 0,2% (zero vírgula dois por cento) incidente sobre a folha de salários, porque extinta esta contribuição pela Lei n. 7.787/1989.

O acórdão recorrido entendeu indevida a cobrança a partir de julho/1991, ao advento da Lei n. 8.212, de 24.07.1991.

Entendo necessária uma retrospectiva da legislação pertinente, a partir da LC n. 11, de 25.05.1971, que instituiu o *Prorural*, dispondo no art. 15:

Art. 15. Os recursos para o custeio do Programa de Assistência ao Trabalhador Rural provirão das seguintes fontes:

I - da contribuição de 2% (dois por cento) devida pelo produtor, sobre o valor comercial dos produtos rurais e recolhida:

a) pelo adquirente, consignatário ou cooperativa que ficam sub-rogados para esse fim, em todas as obrigações do produtor;

b) pelo produtor, quando ele próprio industrializar seus produtos ou vendê-los, no varejo, diretamente ao consumidor;

II - da contribuição de que trata o artigo 3º do DL n. 1.146, de 31 de dezembro de 1970, a qual fica elevada para 2,6% (dois vírgula seis por cento) cabendo 2,4% (dois vírgula quatro por cento) ao *Funrural*.

Assim, era o custeio do Programa de Assistência ao Trabalhador Rural advindo de contribuições incidentes sobre o valor dos produtos rurais — *Prorural* (inciso I) e por contribuições incidentes sobre a folha de salário (inciso II).

A Constituição de 1988 recebeu a contribuição previdenciária como sendo de natureza tributária, vindo a Lei n. 7.787, de 30.06.1989 a unificar o percentual para 20% (vinte por cento), estabelecendo que a unificação acabaria com o *Prorural* como figura isolada a partir de 1ª de setembro.

Destarte, o artigo 3º da Lei n. 7.787/1989 estabeleceu dois índices:

a) um geral, de 20% (vinte por cento) sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, no decorrer do mês, para os segurados empregados, avulsos, autônomos e administradores e;

b) 2% (dois por cento) sobre as remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e avulsos, para o financiamento da complementação das prestações por acidente do trabalho.

E o § 1º do mesmo artigo 3º estabeleceu:

“A alíquota de que trata o inciso I abrange as contribuições para o salário-família, para o salário-maternidade, para o abono anual e para o *Prorural*, que ficam suprimidas a partir de 1º de setembro, assim como a contribuição básica para a Previdência Social.”

Dessa forma ficou suprimido não o inciso I do artigo 15 da LC n. 11/1971, e sim a contribuição prevista no inciso II do mesmo artigo em referência, porque a supressão foi da contribuição sobre a folha de salários. Esse entendimento é unânime nesta Corte, visto que em todos os precedentes deu-se a interpretação aqui sugerida.

A extinção da contribuição sobre o valor comercial dos produtos rurais sobreviveu à Lei n. 7.787/1989, até que veio a ser extinta, expressamente, pela Lei n. 8.213/1991, visto que o art. 138 deixou expresso:

“Ficam extintos os regimes de Previdência Social pela LC n. 11, de 25 de maio de 1971, e pela Lei n. 6.260, de 06 de novembro de 1975, sendo mantidos, com valor não inferior ao do salário mínimo, os benefícios concedidos até a vigência desta Lei.”

Neste sentido decidiu a Primeira Turma:

Tributário. Funrural.

1. A contribuição para o Funrural, incidente sobre as operações econômicas de aquisição de produtos rurais pelas empresas, é devida até o advento da Lei n. 8.213/1991, de novembro do mesmo ano.

2. Provimento do recurso para declarar a responsabilidade tributária da recorrida até essa data-limite.

3. O art. 138 da Lei n. 8.213/1991, na expressão cogente de sua mensagem, unificou o regime de custeio da previdência social.

4. O art. 3º, I, da Lei n. 7.787/1989, conforme claramente explicita, não suprimiu a contribuição do Funrural sobre as transações de aquisição de produtos rurais. Tal só ocorreu com o art. 138 da Lei n. 8.213/1991.

5. Recurso provido para reconhecer devido o Funrural sobre produtos rurais adquiridos pela empresa, esta como responsável tributária, até novembro de 1991 (art. 138 da Lei n. 8.213/1991).

(REsp n. 248.757/RS, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, unânime, DJ de 1º.08.2000)

Temos então, resumidamente:

a) a extinção da contribuição incidente sobre a folha de salário, do inciso II do art. 15 da LC n. 11/1971, pela Lei n. 7.787/1989, em setembro/1989;

b) a extinção da contribuição incidente sobre o valor dos produtos rurais pelo art. 138 da Lei n. 8.213/1991, a partir de julho/1991.

O pedido de cobrança da contribuição de que trata o inciso II do art. 15 da LC n. 11/1971, identificado como adicional pelo DL n. 1.146, de 31.12.1970, majorado de 0,4% (zero vírgula quatro por cento) para 2,6% (dois vírgula seis por cento) não tem sentido.

Com efeito, essa contribuição foi extinta em setembro/1989. Daí a pertinência da ação, para impugnar a cobrança de uma contribuição extinta desde setembro/1989.

Relativamente à correção monetária do Plano Real (julho e agosto/1994), colho da Primeira Turma desta Corte os seguintes precedentes, no sentido de não serem devidos os expurgos daí decorrentes:

Tributário e Processual Civil. Agravo regimental. Correção monetária. URV: julho e agosto de 1994.

1. Agravo regimental interposto contra decisão que conheceu do agravo para dar parcial provimento ao recurso especial, para determinar a não-aplicação dos expurgos inflacionários do Plano Real, referente à URV dos meses de julho e agosto de 1994, e conceder os juros de mora aplicados no percentual de 1% (um por cento) ao mês, com incidência a partir do trânsito em julgado da decisão e os juros instituídos pela Lei n. 9.250/1995 a partir de 1^a.01.1996.

2. A jurisprudência desta Corte Superior pacificou o entendimento de que a aplicação da URV dos meses de julho e agosto de 1994 na correção monetária do débito não é devida: AgRg no REsp n. 268.881/PR, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 03.09.2001; REsp n. 295.049/RS, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 11.06.2001; REsp n. 191.996/PR, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 21.02.2000; REsp n. 195.985/PR, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 10.05.1999.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag n. 432.637/PR, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, unânime, DJ de 20.05.2002, p. 114)

Tributário — PIS — Fato gerador — Base de cálculo — Correção monetária — Não-incidência — Precedentes jurisprudenciais — Plano Real — Índice aplicável — Ufir — Compensação tributária — Juros moratórios — Incidência.

I - Consoante entendimento firmado pela egrégia Primeira Seção do STJ, é garantido o recolhimento do PIS, nos termos da Lei Complementar n. 07/1970, sem correção monetária da base de cálculo.

II - Nos meses de julho e agosto de 1994, é de ser aplicada a Ufir para atualização monetária dos valores a serem compensados.

III - Conforme disposto nos artigos 161, parágrafo 1º, combinado com o 167 do CTN, são devidos juros de mora a partir do trânsito em julgado da sentença no percentual de 1% (um por cento) ao mês.

IV - Recursos parcialmente providos.

(REsp n. 359.156/RS, Rel. Min. Garcia Vieira, Primeira Turma, unânime, DJ de 25.03.2002, p. 197).

Tributário — Contribuição previdenciária — Administradores, autônomos e avulsos — Compensação — Tributo sujeito a lançamento por homologação — Incidência de juros de mora e aplicação da Taxa Selic — Lei n. 9.250/1995 — Correção monetária — Julho e agosto de 1994 — IGP-M — Índice inaplicável.

— Compensação é forma de repetição do indébito e enseja incidência de atualização e juros de mora.

— Os juros de mora incidem na compensação efetuada pelo sistema de autolancamento, isto é, a produzida pelo próprio contribuinte via registro em seus livros contábeis e fiscais. Precedentes desta Corte.

— Conforme disposto nos artigos 161, parágrafo 1º, combinado com o 167 do CTN, são devidos juros de mora a partir do trânsito em julgado da sentença no percentual de 1% (um por cento) ao mês, e posteriormente com base no parágrafo 4º do artigo 39 da Lei n. 9.250/1995.

— Estabelece o parágrafo 4º do artigo 39 da Lei n. 9.250/1995 que: “a partir de 1º de janeiro de 1996, a compensação ou restituição será acrescida de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia — Selic para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do pagamento indevido ou a maior até o mês anterior ao da compensação ou restituição e de 1% relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada.

— A Taxa Selic representa a taxa de juros reais e a taxa de inflação no período considerado e não pode ser aplicada, cumulativamente, com outros índices de reajustamento.

— O Superior Tribunal de Justiça vem decidindo em vários precedentes que, a partir de janeiro de 1992, os créditos tributários devem ser reajustados pela Ufir, aplicável até 31.12.1995, quando então foi substituída pela Taxa Selic, razão pela qual não há que se cogitar na aplicação do IGP-M para atualização dos créditos, objeto de compensação, relativos aos meses de julho e agosto de 1994.

— Recurso parcialmente provido.

(REsp n. 416.174/GO, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, unânime, DJ de 27.05.2002, p. 143).

Em 19.11.2002, a Segunda Turma concluiu o julgamento do REsp n. 291.093/RS, decidindo no mesmo sentido:

Processo Civil e Tributário — Contribuição previdenciária — Compensação — Correção monetária — Expurgo do Plano Real — Julho e agosto/1994 — Aplicação do IGP-M.

1. Aplicação da Súmula n. 282 — STF quanto às teses não prequestionadas.
2. Prejudicado o exame do recurso no que se refere à violação ao art. 535, II, do CPC, porque prequestionada a tese em torno do art. 1^a da Lei n. 6.899/1981.
3. A Lei n. 8.880/1994 (art. 38), ao alterar a sistemática de apuração da Ufir, que era feita pela variação do IPCA-E, determinando que a mesma fosse calculada com base nos preços nominados ou convertidos em URV, expurgou parte da inflação existente, a exemplo do que ocorreu com os planos econômicos precedentes.
4. Aplicação do IGP-M, divulgado pela FGV, reflete a inflação do mercado, sem considerar o impacto no consumo.
5. O índice fixado em lei, além de ter atrelado a economia como um todo, é o que deve ser considerado para que se faça a justiça legal.
6. Recurso especial conhecido e improvido.

Com essas considerações, dou parcial provimento ao recurso especial, nos termos acima explicitados, apenas para declarar indevidos os recolhimentos a título da contribuição para o Inkra efetuados após a Lei n. 7.787/1989, mantendo-se, no mais, o ônus quanto à sucumbência.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 551.905 — SP (2003/0070553-9)

Relator: Ministro Franciulli Netto

Recorrente: Município de São Bernardo do Campo

Procuradores: Thales Baleeiro Teixeira e outros

Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA

Recurso especial. Ação civil pública. Ministério Público do Estado de São Paulo. Embargos de declaração opostos para sanar omissão. Decisão do Tribunal **a quo** em descompasso com a pretensão formulada. Reconhecida vulneração do artigo 535, II, do CPC. Recurso especial conhecido e provido para determinar o retorno dos autos à Corte de origem.

A espécie dos autos cuida de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra o Município de São Bernardo do Campo em defesa de menor determinado, com o fito de garantir sua matrícula em creche do Estado ou particular até os seis anos de idade.

In casu, conquanto tenha-se pronunciado acerca de artigos da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente referentes à hipótese, a Corte de origem quedou-se omissa no exame dos dispositivos legais da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 9.394/1996) apontados pelo recorrente como violados, artigos cujo exame é fundamental para o deslinde da controvérsia.

Verificada a desarmonia entre a pretensão deduzida pela parte embargante e a solução dada aos embargos declaratórios, configurada está a vulneração do artigo 535, II, do Estatuto Processual Civil, de modo a merecer que os autos retornem ao colendo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, para que haja um pronunciamento acerca dos dispositivos da Lei de Diretrizes e Bases da Educação aplicáveis à espécie.

Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por una-

nimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Castro Meira e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins.

Brasília (DF), 05 de agosto de 2004 (data do julgamento).

Ministro Franciulli Netto, Relator

DJ de 25.10.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Cuida-se de recurso especial, interposto pelo Município de São Bernardo do Campo, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, contra v. acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Emerge dos autos que o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou ação civil pública, com pedido liminar, contra o Município de São Bernardo do Campo, para cumprimento de obrigação de fazer e proteção de interesse individual da criança Juan Pablo de Souza Normando, de quatro anos de idade, com a condenação da municipalidade ao oferecimento de educação infantil adequada à criança mencionada até os seis anos de idade, além de multa diária no caso de descumprimento da obrigação de fazer.

O r. Juízo de primeiro grau concedeu a liminar (fl. 72) e julgou procedente o pedido (fls. 190/203), razão pela qual o Município de São Bernardo do Campo interpôs recurso de apelação, subindo os autos, também por força de remessa oficial, ao egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento aos recursos.

O v. acórdão restou ementado nos seguintes termos:

“ECA. Apelação contra sentença que confirmou liminar em ação civil pública garantindo a menor o direito a vaga em creche Municipal. Concessão de liminar e procedência do pedido que, observados os requisitos legais, não configura indevida ingerência do Judiciário em poder discricionário do Executivo, mas caracterizaria o zelo próprio deste Poder no exercício de sua missão constitucional de fazer cumprir e respeitar as normas em vigor. Inteligência dos artigos 208, inciso IV, e 211, § 2º, da CF e 54, IV, 208, **caput** e inciso III, 213, parágrafo único, do ECA. A ofensa ao direito fundamental merece correção imediata e cabe ao Poder Judiciário, se assim for necessário, corrigi-lo” (fl. 282).

Irresignado, o Município de São Bernardo do Campo opôs embargos declaratórios, rejeitados pela Corte Estadual.

Alega o recorrente violação do artigo 535, II, do Código de Processo Civil, pois a Corte de origem quedou-se omissa no exame dos artigos 208, I, §§ 1º e 2º, 211, §§ 1º ao 4º, e 227 da Constituição Federal, 5º, §§ 2º e 4º, 11, I ao V, e parágrafo único, 21, I e II, 32, 71, f, 87, § 3º, I, da Lei n. 9.394/1996, 1º, § 1º, 2º, 7º e 8º, II, da Lei n. 9.424/1996, 1º, 3º, 4º e 54, IV, do ECA.

Por outro lado, sustenta que, nos termos dos artigos 5º, §§ 2º e 4º, 11, V, e 87 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, não há “obrigatoriedade na concessão de educação infantil, em creche ou pré-escola, pelo Poder Público” (fl. 317) e que “somente o ensino fundamental foi alçado à condição de direito público subjetivo” (fl. 318).

Opina o douto Ministério Público Federal pelo não-provimento do recurso (fls. 367/374).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto(Relator): Na espécie, a Corte de origem, ao julgar a apelação, salientou, em síntese, com base em dispositivos da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, que “a ofensa ao direito fundamental à educação merece correção imediata e cabe ao Poder Judiciário, se assim for necessário, garanti-lo” (fl. 285). Asseverou, outrossim, que “não basta a mera alegação de descumprimento em função de limitações orçamentárias, pois em momento algum demonstrou o administrador municipal ter esgotado as verbas orçamentárias específicas destinadas a este direito fundamental” (fl. 285).

Diante desse desate, o Município de São Bernardo do Campo opôs embargos de declaração, para apontar omissão no exame dos artigos 208, I, §§ 1º e 2º, 211, §§ 1º ao 4º, e 227 da Constituição Federal, 11, I ao V, e parágrafo único, 21, 32, 71 e 87, § 3º, I, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 9.394/1996), 1º, § 1º, 2º, 7º e 8º, II, da Lei n. 9.424/1996, 1º, 3º, 4º e 54, IV, do ECA.

A Corte Estadual rejeitou os embargos de declaração ao fundamento de que é “pacífico o entendimento de que o julgador não se posta obrigado a responder todas minúcias, postas no processo ou no recurso, quando a decisão esteja instruída com argumentos e fundamentos suficientes para o deslinde da causa” (fl. 308).

Dessa forma, conquanto tenha-se pronunciado acerca de artigos da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente referentes ao caso dos autos,

a Corte de origem quedou-se omissa no exame dos dispositivos legais da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 9.394/1996) apontados pelo recorrente como violados, artigos cujo exame é fundamental para o deslinde da controvérsia.

A título de ilustração, cumpre transcrever alguns dos artigos da Lei de Diretrizes e Bases da Educação não examinados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“Art. 11. Os Municípios incumbir-se-ão de:

(...)

V - oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino.”

“Art. 87. É instituída a Década da Educação, a iniciar-se um ano a partir da publicação desta lei.

(...)

§ 3^a Cada Município e, supletivamente, o Estado e a União, deverá:

I - matricular todos os educandos a partir dos sete anos de idade e, facultativamente, a partir dos seis anos, no ensino fundamental.”

À evidência, verificada está a desarmonia entre a pretensão do recorrente e a solução dada pela Corte **a quo**, de maneira a configurar a vulneração do artigo 535, II, do Estatuto Processual Civil, razão por que os autos devem retornar ao egrégio Tribunal de origem, para que haja um pronunciamento acerca dos dispositivos da Lei de Diretrizes e Bases da Educação aplicáveis à espécie.

Nesse eito, o seguinte precedente desta egrégia Corte:

“Processo Civil — Recurso especial — Acórdão que não examina dispositivos suscitados no curso da lide, com o objetivo de prequestionar para interposição dos recursos derradeiros — Violação ao art. 535, II, do CPC.

1. As questões ventiladas na apelação devem ser examinadas pelo Tribunal dentro do ângulo constitucional ou infraconstitucional, como posto para apreciação.

2. É fundamental, para a parte, a obtenção de pronunciamento da Corte de Apelação a respeito dos dispositivos legais indicados como violados, a fim de que reste caracterizado o prequestionamento.

3. A importância deste pronunciamento judicial assume contorno de direito devido à omissão do órgão julgador, o qual não está obrigado a julgar apenas, mas a emitir juízo de valor para afastar os artigos de lei indicados pela parte e que embasam as teses jurídicas discutidas.

4. Decisão que não aprecia os dispositivos legais infraconstitucionais ou constitucionais invocados desafia embargos de declaração que, dependendo do julgamento, acarretam violação ao art. 535 do CPC, caso permaneça a omissão apontada.

5. Recursos especiais providos, determinando-se a remessa dos autos ao Tribunal de origem para rejuízo dos embargos declaratórios” (REsp n. 182.739/SP Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 12.11.2001).

Pelo que precede, o recurso especial merece ser conhecido e provido.

É como voto.
