EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.152.429 - RS (2009/0156718-9)

EMBARGANTE	:	INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
EMBARGANTE	:	ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORES	:	CYNTIA COLETO ASSUMPÇÃO - RS023737
		LUCIANA GARCIA VEGINI - RS065199
EMBARGADO	:	CRISTIANE HADLICH GRAEBIN
EMBARGADO	:	LEONARDO MEDINA PRESTES
EMBARGADO	:	LUIZ CARLOS DOS SANTOS BARBOSA
EMBARGADO	:	PAULA MUHLBACH
EMBARGADO	:	RICARDO HELEN DA SILVA
ADVOGADO	:	ANDRÉ MACIEL VARGAS DOS SANTOS - RS056558

DECISÃO

Trata-se de embargos de divergência interpostos pela INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, com fundamento no art. 1.043 do CPC e no inciso I, do art. 266 do RISTJ, apresentando como acórdão recorrido o abaixo ementado:

> RECURSO FUNDADO NO NOVO CPC/2015. TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. CONTRIBUIÇÃO DE CUSTEIO À SAÚDE PREVISTA LEI ESTADUAL GAÚCHA 12.066/2004. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO À REPETIÇÃO DO INDÉBITO.
>
> 1. É assente no Superior Tribunal de Justiça o posicionamento de que o único pressuposto para a restituição do indébito é a cobrança indevida da exação. Assim, a restituição deve-se dar a partir da cobrança indevida, observada a prescrição. Precedentes: **Rcl 12.530/R**S, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, julgado em 28/8/2013, DJe 18/9/2013; **AgRg no REsp 1336912/RS**, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 16/10/2012, DJe 25/10/2012; **AgRg no REsp 1291268/RS**, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18/9/2012, DJe 24/9/2012.
>
> 2. Agravo interno a que se nega provimento.

O presente feito tem como origem ação ajuizada pelos ora recorridos objetivando a suspensão da incidência da contribuição de 3,1% sobre a remuneração dos autores destinada ao FAS/RS, além da restituição dos valores já pagos. Foi atribuído à causa o valor de R$ 898,00, em 25/10/2007.

No presente recurso, a embargante afirma que o acórdão recorrido está em dissonância com a jurisprudência apresentada no julgamento do REsp 1.348.679/MG, julgado pela Primeira Seção sob o rito dos recursos especiais

repetitivos, conforme a ementa abaixo transcrita:

> ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC/1973 (ATUAL 1.036 DO CPC/2015) E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. CONTRIBUIÇÃO PARA CUSTEIO DE SERVIÇO DE SAÚDE AOS SERVIDORES PÚBLICOS. INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. COMPULSORIEDADE AFASTADA PELO STF NA ADI 3.106/MG. **ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. REPETIÇÃO DE INDÉBITO POR INCONSTITUCIONALIDADE DO TRIBUTO AFASTADA**. INTERPRETAÇÃO DO JULGAMENTO DA ADI. FORMAÇÃO DE RELAÇÃO JURÍDICA CONTRATUAL ENTRE SERVIDOR E IPSEMG. POSSIBILIDADE. CONSTATAÇÃO DOS REQUISITOS. NECESSIDADE DE EXAME DE LEGISLAÇÃO ESTADUAL. VEDAÇÃO. SÚMULA 280/STF. MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DO SERVIDOR. AVERIGUAÇÃO. ATRIBUIÇÃO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REVISÃO EM EXAME DE RECURSO ESPECIAL VEDADO PELA SÚMULA 7/STJ.
>
> IDENTIFICAÇÃO DA CONTROVÉRSIA E POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ
>
> 1. Trata-se de Recurso Especial de servidor público do Estado de Minas Gerais com intuito de obter a devolução dos valores pagos a título de contrapres ação pelos serviços de saúde (custeio da assistência médica, hospitalar, odontológica e farmacêutica) instituída pela Lei Complementar Estadual 64/2002, sob o fundamento de que a denominada contribuição teria sido declarada inconstitucional pelo STF na ADI 3.106/MG.
>
> 2. O STJ determinou, em diversos precedentes sobre casos idênticos, entre os quais há julgamentos de minha relatoria, a repetição de indébito baseada na declaração de inconstitucionalidade do tributo. Aponto alguns julgados sobre a matéria: AgRg no AREsp 209.380/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 15.5.2013; AgRg nos EDcl no REsp 1.280.082/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 5.2.2013; AgRg no REsp 1.302.649/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 17.9.2012; REsp 1.167.786/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 28.6.2010.
>
> 3. Como representativo da citada jurisprudência, transcreve-se parte do já referido AgRg no AREsp 209.380/MG (Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 15.5.2013): "diante do reconhecimento da inconstitucionalidade da cobrança compulsória de contribuição para custeio de serviços de saúde, instituída pela Lei Complementar Estadual nº 64/2002, há de se reconhecer o direito de repetição das parcelas indevidamente recolhidas, independentemente da disponibilidade e do uso dos serviços por parte dos servidores".
>
> EXAME DA CONTROVÉRSIA
>
> 4. O que se depreende desse entendimento é um raciocínio silogístico básico: a) Premissa maior: os tributos declarados inconstitucionais devem ser devolvidos; b) Premissa menor: a "contribuição" para a saúde cobrada pela Estado de Minas Gerais de seus servidores foi declarada inconstitucional; c) Conclusão: a mencionada contribuição deve ser devolvida aos que arcaram com

ela.

5. Com a devida vênia do que vinha se decidindo no Superior Tribunal de Justiça, há erro na premissa menor do silogismo antes mencionado, embora a premissa maior deva permanecer incólume.

6. É que o STF, no julgamento da ADI 3.106/MG (Relator Ministro Eros Grau, DJ 24.9.2010), somente afastou a **compulsoriedade** da denominada "contribuição" para a saúde, o que torna possível a materialização de relação jurídico-administrativa de fornecimento de serviços de saúde aos servidores, mesmo após a decisão final da ADI, mediante comprovação da adesão ao serviço oferecido.

7. O STF estabeleceu na referida ADI que "os Estados-membros não podem contemplar de modo obrigatório em relação aos seus servidores, sob pena de mácula à Constituição do Brasil, como benefícios, serviços de assistência médica, hospitalar, odontológica, social, e farmacêutica", mas fixou a possibilidade de que "**o benefício será custeado mediante o pagamento de contribuição facultativa aos que se dispuserem a dele fruir**", de forma que ficou decidida a "inconstitucionalidade do vocábulo 'compulsoriamente' contido no § 4º e no § 5º do artigo 85 da LC 64/02, referente à contribuição para o custeio da assistência médica, hospitalar, odontológica e farmacêutica" (grifos não constantes no original).

8. Para melhor entendimento da matéria, transcrevem-se os dispositivos legais relacionados (grifei os trechos que o STF expeliu do texto normativo): "Art 85. O IPSEMG prestará assistência médica, hospitalar, odontológica, social, farmacêutica e complementar aos segurados referidos no art. 30 e servidores não titulares de cargo efetivo **definidos no art. 79,** extensiva aos seus dependentes. (...) § 4º A contribuição será descontada **compulsoriamente** e recolhida diretamente ao IPSEMG até o último dia previsto para o pagamento da folha dos servidores públicos do Estado."

9. A denominada contribuição, portanto, continua a existir juridicamente, e tão somente a expressão "compulsoriamente" foi abstraída do texto legal, o que leva à conclusão de que é possível a formação da relação jurídica contratual de prestação de serviços de saúde (custeio da assistência médica, hospitalar, odontológica e farmacêutica) entre o Estado e o servidor público.

10. Tal constatação não desconsidera o que preceitua a Súmula 280/STF, pois estão sendo citados os elementos que constam no próprio julgamento da mencionada ADI para infirmar a tese, até então predominante no STJ, de que houve declaração de inconstitucionalidade do tributo.

11. Como reforço de peso à presente argumentação, destacam-se trechos da interpretação conforme a Constituição fixada no voto condutor da ADI 3.106/MG (Relator Min. Eros Grau) relativos à possibilidade de cobrança da "contribuição" mediante a averiguação da voluntariedade da adesão ao serviço (citação integral no voto do presente acórdão): "considerando os aspectos sociais da matéria e a conhecida longa tradição do IPSEMG no atendimento aos servidores públicos mineiros, em especial aos das categorias de base, sem dúvida os principais usuários dos serviços oferecidos por essa autarquia, **nada impede, segundo me parece, sejam por ela prestados, não de modo impositivo, mas facultativamente, os serviços de assistência médica, hospitalar, odontológica, social, e farmacêutica indicados no artigo 85 da lei impugnada**"; "**o benefício, nessa hipótese,**

será custeado mediante o pagamento de contribuição facultativa, aos que se dispuserem a dele fruir"; "o artigo 85 da Lei impugnada institui modalidade complementar do sistema único de saúde, um autêntico 'plano de saúde complementar', cujo alcance social, insisto neste ponto, é relevante"; "**não pode fazê-lo de modo obrigatório em relação aos seus servidores, mas entendo que o interesse público --- e o interesse público primário é o interesse social --- recomenda faça-o permitindo que o servidor voluntariamente se habilite aos benefícios dessa ação complementar"; "nesta hipótese, a contribuição será voluntária.**"; "a mim parece, no quadro da nossa realidade, que **a** prestação de ação complementar, no campo da saúde, pela autarquia, **mediante a voluntária adesão do servidor público, é perfeitamente coerente com o disposto nos artigos 3º e 196 da Constituição do Brasil"**.

12. Essa interpretação exarada pelo Pretório Excelso, aliada à definição de tributo prevista no art. 3º do CTN ("tributo é toda prestação pecuniária **compulsória**, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada"), demonstra que apenas foi abstraída a natureza tributária da denominada "contribuição", de forma a permitir a cobrança da contraprestação pelo serviço de saúde daquele que voluntariamente a ele aderir.

13. Vale registrar que o STF modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em Embargos de Declaração nos seguintes termos (grifei): "**(ii) conferir efeitos prospectivos (eficácia ex nunc) à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de mérito da presente ação direta, fixando como marco temporal de início da sua vigência a data de conclusão daquele julgamento (14 de abril de 2010) e reconhecendo a impossibilidade de repetição das contribuições recolhidas junto aos servidores públicos do Estado de Minas Gerais até a referida data."** (ADI 3106 ED, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 13/8/2015).

RESOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA SUBMETIDA AO REGIME DO ART. 543-C DO CPC/1973 (ATUAL 1036 E SEGUINTES DO CPC/2015)

14. **Constatado que o STF não declarou a inconstitucionalidade de tributo (ADI 3.106/MG), e sim fixou a natureza da relação jurídica como não tributária (não compulsória), afasta-se a imposição irrestrita da repetição de indébito amparada pelos arts. 165 a 168 do CTN.**

15. **Observadas as características da boa-fé, da voluntariedade e o aspecto sinalagmático dos contratos, a manifestação de vontade do servidor em aderir ao serviço ofertado pelo Estado ou o usufruto da respectiva prestação de saúde geram, em regra, automático direito à contraprestação pecuniária, assim como à repetição de indébito das cobranças nos períodos em que não haja manifestação de vontade do servidor.**

16. **Considerando a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade exarada pelo STF, até 14.4.2010 a cobrança pelos serviços de saúde é legítima pelo IPSEMG com base na lei estadual, devendo o entendimento aqui exarado incidir a partir do citado marco temporal, quando a manifestação de vontade ou o usufruto dos serviços**

pelo servidor será requisito para a cobrança.

17. De modo geral, a constatação da formação da relação jurídico-contratual entre o servidor e o Estado de Minas Gerais é tarefa das instâncias ordinárias, já que necessário interpretar a legislação estadual (Súmula 280/STF) e analisar o contexto fático-probatório dos autos (Súmula 7/STJ).

CASO CONCRETO

18. Na hipótese, o recorrente restringe sua pretensão recursal na defesa da tese de inconstitucionalidade do tributo para fundamentar a repetição de indébito, independentemente da utilização dos serviços de saúde, o que, de acordo com as razões acima, está prejudicado frente à decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade.

19. Aliado a isso, o Tribunal *a quo* constatou, pela prova dos autos e pela inicial, que o ora recorrente manifestou a intenção de usufruir dos serviços de saúde, o que, pelas conclusões acima, autoriza a cobrança da contraprestação respectiva.

20. Recurso Especial não provido. Acórdão submetido ao regime dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e da Resolução STJ 8/2008.

Requer o provimento dos embargos para fazer prevalecer o entendimento sufragado no acórdão paradigma e consequente reforma da decisão proferida pela egrégia Primeira Turma no acórdão recorrido.

Sustenta, em síntese, que no julgado cuja ementa se encontra acima transcrita foi reconhecida a inviabilidade da restituição da contribuição estadual entelada, tendo em vista que a natureza da relação jurídica, desenvolvida entre o Instituto de Previdência e o servidor se apresenta como não tributária, gerando direito à repetição de indébito apenas nas cobranças em que não haja manifestação de vontade do servidor em aderir ao serviço ofertado pelo Estado ou o usufruto da respectiva prestação de saúde, a partir do julgamento da ADI 3106/MG, ou seja, 14.04.2010, que afastou a compulsoriedade da contribuição e definiu a possibilidade da relação jurídico-administrativa de fornecimento de serviços de saúde aos servidores, mediante a comprovação da adesão ao serviço oferecido.

Parecer do MPF pelo provimento do recurso.

É o relatório. Decido.

Assiste razão ao recorrente.

Conforme acima explicitado, no julgamento do REsp 1.348.679/MG, submetido ao rito dos recursos especiais repetitivos, fundada no precedente do STF (ADIN n. 3.106/MG), restou consignado que a repetição de indébito somente será possível a partir de 14.4.2010, desde que o servidor não tenha usufruído dos serviços colocados à disposição ou que não tenha aderido formalmente aos serviços de saúde do ente federativo.

No presente feito, o Tribunal *a quo* ao julgar a apelação dos servidores decidiu pela devolução da contribuição para o servidor que formalizou a manifestação de vontade de não participar do fundo, deixando entretanto de restituir os valores que foram cobrados como contraprestação pelos serviços

oferecidos.

O referido entendimento vai ao encontro do julgamento proferido no acórdão paradigma, ou seja, que é devido a cobrança do valor relativo à prestação dos serviços de saúde pelo Estado, usufruídos pelo servidor. Sendo possível a repetição dos valores nas hipóteses em que o servidor formalizou a manifestação de auferir a prestação dos serviços, desde que a partir do julgamento da ADIN 3106/MG, conforme a modução efetivada pelo STF.

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, XVIII, "c", do RISTJ, DOU PROVIMENTO aos embargos de divergência, para restabelecer o acórdão estadual que negou provimento à apelação CRISTIANE HGADLICH GRAEBI e OUTROS.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 06 de junho de 2019.

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO
Relator