EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.729.001 - RS (2018/0054224-0)

RELATORA	**:**	**MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI**
EMBARGANTE	:	BOLOGNESI EMPREENDIMENTOS LTDA
ADVOGADOS	:	LUCAS BRAGA EICHENBERG - RS048756 DAIANA MENDES MALLMANN - RS062982 PEDRO BRAGA EICHENBERG - RS078049
EMBARGADO	:	DIAS & GARCIA - PRESTADORA DE SERVICOS DE MONITORAMENTO LTDA
ADVOGADOS	:	ANTONIO MILLER MADEIRA - RS090923 NATHALIA MARQUES BERLITZ - RS094947

DECISÃO

Trata-se de embargos de declaração opostos à decisão com a qual neguei provimento ao recurso especial interposto pela parte embargante, que, na presente sede processual, sustenta a prejudicialidade de seu recurso especial.

Inicialmente, reproduzo o teor da decisão embargada:

> Trata-se de recurso especial interposto em face de acórdão assim ementado:
>
> APELOS CÍVEIS. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. CONTRATO DE SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA. PRAZO POR TEMPO INDETERMINADO. AVISO PRÉVIO OITO DIAS. ARTIGO 599, PARÁGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO CIVIL. VERBAS RESCISÓRIAS. RESPONSABILIDADE DA PRESTADORA DE SERVIÇOS. LUCROS CESSANTES. DESCABIMENTO. Aviso prévio. Nos contratos firmados por prazo indeterminado sem prazo estabelecido para aviso prévio, utiliza-se o prazo legal de 8 dias, previsto no art. 599, parágrafo único, do Código Civil. Verbas rescisórias. Descabe a pretensão de repasse dos encargos trabalhistas dos funcionários da prestadora de serviços à tomadora de serviços, por ausência de previsão contratual e por configurar encargo próprio da atividade. Litigância por má-fé. Excluída a condenação, na medida em que a parte autora não agiu nas hipóteses do art. 80 do CPC. Lucros cessantes: Inexistindo prazo de duração do contrato, descabe o pedido de indenização por lucros cessantes, uma vez que o risco da resilição do contrato é inerente à

atividade desenvolvida. APELO DA TOMADORA DE SERVIÇOS PROVIDO. APELO DA PRESTADORA DE SERVIÇOS DESPROVIDO.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

A parte recorrente alega violação do artigo 85 do Código de Processo Civil de 2015. Reclama da irrisoriedade dos honorários advocatícios, os quais devem ser fixados com base no valor do proveito econômico obtido com a demanda, e não sobre o valor atualizado da causa.

De acordo com os autos, a sentença única (proferida em 25.4.2016) julgou parcialmente procedentes os pedidos deduzidos na ação de rescisão de contratos particulares de prestação de serviços cumulada com consignação de valores (ajuizada por BOLOGNESI EMPREENDIMENTOS LTDA contra DIAS & GARCIA PRESTADORA DE SERVIÇOS E MONITORAMENTO LTDA, atribuindo à causa o valor de R$ 13.682,15 - treze mil, seiscentos e oitenta e dois reais e quinze centavos), e julgou parcialmente procedentes os pedidos veiculados na ação de rescisão contratual cumulada com perdas e danos (promovida por DIAS & GARCIA PRESTADORA DE SERVIÇOS E MONITORAMENTO LTDA contra BOLOGNESI EMPREENDIMENTOS LTDA, atribuindo à causa o valor de R$ 14.242,78 - quatorze mil, duzentos e quarenta e dois reais e setenta e oito centavos). Assim, a sentença:

a) declarou rescindidos os contratos de prestação de serviços e monitoramento celebrados pelas partes;

b) condenou "a empresa BOLOGNESI EMPREENDIMENTOS LTDA a indenizar a empresa Dias & Garcia Prestadora de Serviços e Monitoramento Ltda os valores pagos a seus funcionários por ocasião da demissão, R$ 2.566,28, em 18/07/2014, fl. 158; R$ 1.582, 72, em 16/07/2014, fl. 169; R$ 1.820, 05, em 18/07/2014, fl. 177; R$ 1.179, 83, em 03/07/2014, fl. 186; R$ 1.741, 55, em 16/072014, fl. 197; R$ 1.742, 86, em 07/07/2014, fl. 207; R$ 433, 81, em 18/06/2014, fl. 216; R$ 684, 65, em 16/06/2014, fl. 219V; R$ 471,96; em 26/06/2014, fl. 223; R$ 2.019,07, em 02/07/2014, fl. 227V"; e

c) condenou "a empresa BOLOGNESI a pagar à empresa Dias & Garcia o valor atualizado correspondente a 30 dias de aviso prévio, a contar de 16/06/2014".

A sentença também condenou "as partes a pagarem as custas processuais, na proporção de 50% para cada uma das partes

(compreendendo as duas ações), e os honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor atualizado da condenação (que englobará as duas ações), na mesma proporção das custas, considerando o trabalho dos profissionais e o tempo utilizado para realizá-lo, com base no art. 85 do CPC".

O Tribunal de origem proveu em parte a apelação de BOLOGNESI EMPREENDIMENTOS LTDA (tomadora de serviços) para julgar procedente o pedido de consignação em pagamento (formulado por essa apelante), com o que limitou a condenação desta ao pagamento correspondente "aos 8 (oito) dias de aviso prévio previstos em lei", além de "excluir a condenação referente às verbas rescisórias dos funcionários da contratada".

Confirmando a sentença, a Corte estadual negou provimento à apelação de DIAS & GARCIA PRESTADORA DE SERVIÇOS E MONITORAMENTO LTDA, a qual postulava a condenação da parte contrária ao pagamento de indenização por lucros cessantes.

Ao fixar as verbas de sucumbência do processo ajuizado por DIAS & GARCIA PRESTADORA DE SERVIÇOS E MONITORAMENTO LTDA, o acórdão recorrido condenou a parte autora a pagar honorários advocatícios arbitrados "em 20% sobre o valor atualizado da causa, já considerados os honorários pela fase recursal, a teor do disposto no art. 85, § 11, do CPC". Quanto ao outro feito, ficou DIAS & GARCIA PRESTADORA DE SERVIÇOS E MONITORAMENTO LTDA igualmente condenada a pagar honorários advocatícios arbitrados "em 20% sobre o valor atualizado da causa, já considerados os honorários pela fase recursal, a teor do disposto no art. 85, § 11, do CPC".

No julgamento dos embargos de declaração, a Corte local repeliu a pretensão de BOLOGNESI EMPREENDIMENTOS LTDA de ver os honorários advocatícios vinculados ao resultado do processo (proveito econômico obtido na demanda). Colho as razões de decidir:

A parte embargante alega que os honorários advocatícios deveriam ser fixados sobre o proveito econômico obtido na demanda.

Contudo, trata-se de ação de rescisão de contrato de prestação de serviços, cumulada com pedido de perdas e danos, em que a empresa postula o ressarcimento de R$ 14.242,78 (valor da causa) referente ao pagamento das verbas rescisórias dos empregados demitidos em razão do rompimento do contrato com ré.

Note-se, que o acórdão proferido reformou a sentença que condenava a tomadora de serviços a ressarcir as verbas rescisórias dos empregados, de forma que não poderia ser utilizado o valor da condenação como base de cálculo para o arbitramento da verba honorária. Outrossim, descabida a pretensão de fixação da verba honorária sucumbencial com base no proveito econômico da demanda, já que não há como mensurá-lo, por se tratar de contrato entabulado por prazo indeterminado.

Veja-se que a embargante não trouxe o valor do proveito econômico, apenas mencionou que seria "quase" um milhão de reais.

Ora, se a nem mesmo a recorrente conseguiu mensurar o proveito econômico da demanda, evidencia-se que a fixação da verba honorária com base no valor da causa está correta, a teor do permissivo do §2º do art. 85 do CPC, rechaçando-se a suposta violação dos dispositivos legais citados nas razões recursais.

Nesse panorama, verifico que o recurso especial não cuidou de impugnar especificamente os fundamentos do acórdão recorrido, sobretudo (i) a compreensão de que, tratando-se de "contrato entabulado por prazo indeterminado", não haveria como mensurar o proveito econômico da demanda, e (ii) a afirmação de que "a embargante não trouxe o valor do proveito econômico".

Tem aplicação, portanto, a Súmula 283 do Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, uma vez que o Tribunal de origem afirmou a impossibilidade de se mensurar o proveito econômico obtido na demanda, o conhecimento do recurso especial, nesse aspecto, fica inviável por depender de reexame de matéria fática, circunstância que atrai a incidência da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido (mudando-se o que deve ser mudado):

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. DISTRIBUIÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA 07/STJ. APLICABILIDADE.

1. Tratam os autos de embargos do devedor opostos pela Massa Falida de Ottmar B. Schultz S/A ? Transportes Rodoviários pleiteando a exclusão, na execução fiscal que lhe move o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), dos seguintes elementos: a) multa moratória b) juros c) honorários advocatícios.

2. A sentença acolheu parcialmente os pedidos, afastando a multa, limitando os juros até a data da decretação da quebra e mantendo os honorários advocatícios. Diante da sucumbência recíproca, fixou em 10% os honorários advocatícios, distribuindo-os em 60% para o INSS e 40% para a Massa Falida.

3. Em segundo grau entendeu-se que, embora a multa moratória tenha sido cobrada na execução fiscal, já não estava sendo exigida na ocasião da oposição dos embargos, razão pela qual o embargado não poderia ser considerado como sucumbente nesse ponto. Contudo, a distribuição dos honorários foi mantida nos limites em que se encontrava.

4. Interposto recurso especial pelo INSS, alegando violação do art. 21 do CPC, sob o fundamento de que a distribuição da verba honorária fora efetuada sem qualquer cálculo, não obstante a realização do mesmo seja imprescindível para uma divisão recíproca e proporcional.

5. Nas contra-razões defendeu-se a aplicação das Súmulas 282 do STF e 07 e 211 do STJ, ressaltando que a legislação não faz exigência de que haja uma demonstração matemática dessa distribuição.

6. A repartição dos ônus sucumbenciais decorre da avaliação subjetiva do julgador diante das circunstâncias de cada causa, sendo importante esclarecer que nessa divisão não está o magistrado obrigado a exteriorizar os cálculos pelos quais atribuiu percentual maior ou menor a qualquer dos litigantes, desde que deixe bem explícito no que ambas as partes foram derrotadas.

7. No caso em tela, a verificação do que o recorrente considera proporcionalidade adequada para a disposição dos honorários advocatícios implicará necessariamente em reexame de matéria fática, uma vez que o fato de a recorrida ter-se consagrado vitoriosa apenas em um dos três pedidos não demonstra necessariamente que tenha sido mais ou menos perdedora que seu adversário, porquanto, em expressão monetária, o que ganhou pode ser bem superior ao que perdeu.

8. Aplicabilidade da Súmula 07/STJ (precedentes).

9. Recurso não conhecido.

(REsp 625.298/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/06/2004, DJ 05/08/2004, p. 197)

TRIBUTÁRIO. PIS/PASEP-IMPORTAÇÃO E COFINS-IMPORTAÇÃO. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS

CONSTITUCIONAIS. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DOS ARTS. 108, § 1º, E 110 DO CTN E 76 E 77 DO DECRETO Nº 4.543/02. SUMULA Nº 211 DO STJ. ART. 55 DA LEI Nº 8.212/91. AUSÊNCIA DE ENFRENTAMENTO, NA ORIGEM, DA TESE DE APLICABILIDADE SOMENTE ÀS CONTRIBUIÇÕES PREVISTAS NOS ARTS. 22 E 23 DA REFERIDA LEI. SÚMULA Nº 282 DO STF. QUESTÃO ENFRENTADA NA ORIGEM COM ENFOQUE EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. LEI Nº 10.865/04. PIS/PASEP-IMPORTAÇÃO E COFINS-IMPORTAÇÃO. INCIDÊNCIA SOBRE IMPORTAÇÃO DE GIRAFAS POR MEIO DE CONTRATO DE PERMUTA. OBJETO CARACTERIZADO COMO BEM. APLICAÇÃO AO CONTRATO DE PERMUTA DAS DISPOSIÇÕES DA COMPRA E VENDA. ART. 533 DO CÓDIGO CIVIL. VALOR ADUANEIRO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DISTRIBUIÇÃO PROPORCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7 DO STJ.

1. Discute-se nos autos a incidência de PIS/PASEP-Importação e de COFINS-Importação sobre a operação que internalizou, via contrato de permuta, girafas destinadas à exposição em zoológico.

2. Não conhecimento do recurso especial em relação a ofensa a dispositivos da Constituição Federal, visto que tal análise compete ao Supremo Tribunal Federal no âmbito do recurso extraordinário.

3. Não conhecimento do recurso especial quanto aos arts. 108, § 1º, e 110 do CTN e 76 e 77 do Decreto nº 4.543/02, haja vista a ausência de prequestionamento, eis que não houve emissão de juízo de valor sobre os referidos dispositivos pelo Tribunal a quo. Incidência da Súmula nº 211 do STJ.

4. O Tribunal de origem, a despeito de ter tratado do art. 55 da Lei nº 8.212/91, não analisou a tese da recorrente, relativamente à sua inaplicabilidade no caso ao argumento de que ele faz referência aos arts. 22 e 23 da referida lei, e, por isso, somente seria aplicável às contribuições previdenciárias (art. 22), à Contribuição Sobre o Lucro Líquido - CSLL e às Contribuições ao PIS/COFINS-nacionais instituídas pela Lei nº 9.718/98 (art. 23), que têm como base de cálculo o "faturamento" ou lucro da empresa, não sendo esse o caso do PIS/PASEP-Importação e da COFINS-Importação, que não tem o

faturamento como base de cálculo, mas sim o valor aduaneiro. Referida tese sequer foi ventilada pela recorrente nas razões dos embargos de declaração opostos na origem. Assim, não é possível conhecer da tese da recorrente no ponto por ausência de prequestionamento. Incidência do óbice da Súmula nº 282 do STF. Ainda que assim não fosse, o tema foi tratado com enfoque eminentemente constitucional pelo acórdão recorrido, o qual concluiu que o art. 55 da Lei nº 8.212/91, em sua redação original, deve ser observado para fins de fruição da imunidade prevista no art. 195, § 7º, da Constituição Federal.

5. Da análise da Lei nº 10.865/04, verifica-se que a discussão relativa aos conceitos de "produto" e "mercadoria" são irrelevantes no plano infraconstitucional, tendo em vista que o fato gerador do PIS/PASEP-Importação e da COFINS-Importação, nos termos do art. 3º, I, da referida lei, faz referência a "bens" e não a "produtos" ou "mercadorias". Os artigos seguintes da Lei nº 10.865/04 deixam clara a intenção do legislador em tributar os bens importados, não havendo restrição aos que estariam enquadrados nos conceitos de "produto" ou "mercadoria". Até mesmo no plano constitucional é despicienda a análise dos conceitos de "produto" e "mercadoria" na hipótese, tendo em vista que o art. 195, IV, quando trata do financiamento da seguridade social, determina que ela também ocorrerá mediante recursos provenientes de contribuições do importador de bens, não havendo referência, nesse dispositivo constitucional, aos termos "produto" ou "mercadoria".

6. As girafas objeto do contrato de permuta se enquadram no conceito de bem definido na legislação civil (art. 82 do Código Civil) para fins de incidência do PIS/PASEP-Importação e da COFINS- Importação, pelo que sua internalização no território nacional está sujeita às referidas contribuições.

7. Ainda que no contrato de permuta o pagamento não se realize com moeda, mas sim com a entrega do bem que se pretende trocar, tal fato não retira a possibilidade de se atribuir valor financeiro, ou preço, à operação realizada, sobretudo porque o art. 533 do Código Civil de 2002 determina a aplicação à permuta das disposições referentes à compra e venda. Dessa forma, o valor da operação, somados às demais parcelas que integram o valor aduaneiro, servirá de base de cálculo para a incidência das contribuições em questão, nos termos do inciso I do art. 7º da Lei nº 10.865/04.

> 8. Impossibilidade de conhecimento do recurso especial quanto à alegada ofensa aos arts. 20 e 21 do CPC. É que o Tribunal de origem determinou a compensação dos honorários advocatícios, haja vista a ocorrência de sucumbência recíproca na hipótese, e dele não se extrai que o ganho da recorrente foi de 66% (Imposto de Importação e do ICMS-Importação) e o ganho da Fazenda Nacional foi de 44% (subsistindo o PIS/PASEP-Importação e a COFINS-Importação). Tal análise somente seria possível por meio do revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, providência inviável em sede de recurso especial em razão do óbice da Súmula nº 7 do STJ.
> 9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.
> (REsp 1254117/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 27/08/2015)
>
> Em face do exposto, nego provimento ao recurso.

Verifico que, nos autos tombados sob o nº 1.793.164/RS, dei provimento ao recurso especial interposto por DIAS & GARCIA PRESTADORA DE SERVIÇOS E MONITORAMENTO LTDA, para anular o acórdão recorrido, e considerei prejudicado o recurso interposto pela parte embargante.

Observo também que, no presente feito, o recurso especial é oriundo do acórdão impugnado (e anulado) nos autos dos Recursos Especiais tombados sob o nº 1.793.164/RS.

Constato ainda que no presente recurso especial e naquele julgado prejudicado a pretensão da parte embargante é idêntica: majoração dos honorários advocatícios fixados no acórdão anulado.

Assim, uma vez que o acórdão recorrido (o qual julgou conjuntamente as duas demandas ajuizadas pelas partes entre si) teve retirada sua eficácia, também deve ser reconhecida a prejudicialidade do presente recurso especial.

Portanto, merece acolhida o recurso integrativo.

Em face do exposto, acolho os embargos para reconsiderar a decisão embargada e julgar prejudicado o recurso especial.

Intimem-se.

Brasília (DF), 10 de junho de 2019.

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI
Relatora