

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.579.156 - RS (2019/0270601-4)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
AGRAVANTE : **UNIÃO**
AGRAVADO : **TELMA LÚCIA SILVEIRA DE ARAÚJO LOPES**
ADVOGADOS : **FÁBIO STEFANI E OUTRO(S) - RS046571**
LARISSA FIALHO MACIEL LONGO - RS057388

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto pela UNIÃO contra decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que não admitiu recurso especial, fundado na alínea "a" do permissivo constitucional, que desafia acórdão assim ementado (e-STJ fl. 275):

ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO. LICENÇAS-PRÊMIO NÃO FRUÍDAS. CONVERSÃO EM PECÚNIA. ERRO ADMINISTRATIVO NA CONCESSÃO DA APOSENTADORIA. DIREITO À DESAVERBAÇÃO.

1. As licenças-prêmio não fruídas constituem-se direito adquirido, sendo dever da Administração proporcionar sua indenização.
2. Se o reconhecimento de tempo de serviço prestado sob condições especiais torna desnecessário co cômputo em dobro de licença-prêmio não usufruída, para a obtenção de abono de permanência, é possível a desaverbação do referido lapso temporal e respectiva conversão em pecúnia, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração.
- 3 Parcialmente provida a apelação.

Os aclaratórios foram rejeitados (e-STJ fls. 322/331).

No especial obstaculizado, a recorrente apontou violação dos arts. 1.022 do CPC/2015, dos arts. 1º e 8º do Decreto 20910/1932 e do art. 7º da Lei 9527/1997, sustentando, além da negativa de prestação jurisdicional, o transcurso do prazo prescricional para a autora pleitear alteração nos termos de sua aposentadoria, bem como a inviabilidade do pedido de desaverbação de licenças-prêmio convertidas em tempo de serviço dobrado.

Depois de contra-arrazado (e-STJ fls. 382/401), o apelo nobre recebeu juízo negativo de admissibilidade pelo Tribunal de origem, ao entendimento da incidência da Súmula 83 do STJ (e-STJ fls. 420/422).

No presente agravo, a parte recorrente alega, em resumo, a inaplicabilidade do referido óbice.

Contraminuta às e-STJ fls. 448/458.

Passo a decidir.

A irresignação recursal comporta acolhida no tocante às alegações de negativa de prestação jurisdicional.

Com efeito, o art. 1.022 do CPC/2015 prevê que os embargos de

declaração são cabíveis quando houver, na decisão judicial, omissão, contrariedade, obscuridade ou erro material, *in verbis*:

Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;

II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;

III - corrigir erro material.

Para a admissão do recurso especial com base no referido dispositivo, a omissão tem que ser manifesta, ou seja, imprescindível para o enfrentamento da *quaestio*.

No presente caso, assiste razão à parte ora recorrente, tendo em vista que o Tribunal de origem não se manifestou acerca de tema questionado no recurso integrativo, qual seja: a prescrição do fundo de direito.

Assim, estando configurada a violação do art. 1022 do CPC/2015, faz-se necessária a declaração de nulidade do aresto em que apreciados os embargos de declaração, para que o vício seja sanado pelo Tribunal de origem. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. INDUSTRIALIZAÇÃO POR ENCOMENDA. SERVIÇO DE ACABAMENTO DE CALÇADOS. MATÉRIA-PRIMA DE TERCEIRO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ART. 166 DO CTN. LEGITIMIDADE *AD CAUSAM*. MATÉRIA RELEVANTE SUSCITADA EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO CONFIGURADA. NULIDADE DO ACÓRDÃO. RETORNO À ORIGEM.

1. A controvérsia de fundo versa sobre pedido de repetição de indébito de ICMS cobrado sobre atividade de acabamento industrial de calçados por encomenda mediante fornecimento de matéria-prima pelo tomador do serviço.

2. O recorrente alega que o acórdão recorrido violou o art. 1.022, II, do CPC/2015, por ter-se omitido sobre a legitimidade ativa da parte autora com base no art. 166 do CTN.

3. De fato, houve omissão no aresto impugnado sobre a aplicação do art. 166 do CTN à espécie.

4. O referido dispositivo repercute sobre a legitimidade *ad causam* para repetição de indébito de ICMS, razão pela qual constitui matéria relevante que não poderia deixar de ser enfrentada na instância de origem.

5. Decerto a apelação interposta pelo recorrente não devolveu explicitamente esse tema ao Tribunal. Nada obstante, cuida-se de matéria de ordem pública, suscitada nos Embargos de Declaração e passível de conhecimento de ofício pelo órgão julgador, o que afasta falar em preclusão.

6. Demais, a hipótese dos autos versa sobre repetição de ICMS, que é espécie de tributo indireto, porque recolhido sobre as receitas oriundas de cada encomenda, comportando repasse previsto em lei para o adquirente do serviço. Nesse caso, "como imposto indireto, tem aplicações, em princípio, o teor do art. 166 do CTN e o verbete 71 do STF, atualmente 546." (REsp 426.179/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 11/5/2004, DJ 20/9/2004). No mesmo sentido: AgRg no REsp 436.894/PR, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 3/12/2002, DJ 17/2/2003; AgRg no Ag 449.146/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em

17/10/2002, DJ 4/11/2002.

7. O acórdão atacado apenas aferiu a legitimidade ativa da autora com base na comprovação do recolhimento do tributo (fl. 295, e-STJ), deixando de perscrutar ou exigir a demonstração de assunção definitiva do ônus tributário sem acrescê-lo ao preço cobrado do destinatário da mercadoria industrializada. Não há como se confirmar a repetição de indébito sem a prévia superação, na origem, da condição exigida pelo art. 166 do CTN.

8. Justifica-se o retorno dos autos à origem para novo julgamento dos aclaratórios.

9. Recurso Especial provido. (REsp 1.693.918/RS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 16/10/2017).

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 1.022 DO CPC/2015. OCORRÊNCIA. 1. Esta Corte Superior tem atribuído efeitos infringentes aos embargos de declaração, em situações excepcionais, para corrigir premissa equivocada no julgamento, bem como nos casos em que o acolhimento dos embargos tiver como consectário lógico a alteração da decisão. Nesse sentido: AgRg no AREsp 622.677/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe 1/4/2016; EDcl no AgRg no RESP 1.393.423/RS, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 18/5/2016. 2. No caso dos autos, constata-se que as instâncias ordinárias quedaram-se silentes acerca da questão oportunamente suscitada acerca da ilegalidade da instituição da substituição tributária por Decreto, o que torna impositivo o reconhecimento da ocorrência da omissão apontada nas razões do recurso especial.

3. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para anular o acórdão embargado e a decisão desta Corte que o precedeu e dar parcial provimento ao recurso especial, determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem para novo julgamento dos aclaratórios. (EDcl EDcl AgRg REsp 1.408.452/PE, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, Primeiro Turma, DJe 20/06/2017).

Fica prejudicada a análise da irresignação remanescente.

Ante o exposto, com base no art. 253, II, parágrafo único, “c”, do RISTJ, CONHEÇO do agravo e DOU PROVIMENTO ao recurso especial para anular o acórdão prolatado em sede de embargos declaratórios e determinar o retorno dos autos ao Tribunal *a quo*, a fim de que seja analisada a questão omissa mencionada acima.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator