



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.335.231 - RS
(2012/0151566-4)**

RELATOR : MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO
AGRAVANTE : CASSOL PRÉ FABRICADOS LTDA
ADVOGADOS : GELSON BARBIERI E OUTRO(S)
IRIA EMILIA EVANGELISTA BEZERRA BARBIERI
RITA PASINATO
AGRAVADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR : MARIA BEATRIZ DE OLIVEIRA E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL. REGRA TÉCNICA. MULTA DO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC.

1. É certo o descabimento dos embargos de divergência para análise de regras técnicas de admissibilidade do recurso especial, como sói ser a incidência das Súmulas 7 e 211 do STJ, haja vista que o escopo deste recurso é a uniformização de teses jurídicas divergentes em relação à matéria de mérito, de modo que, ante a natureza vinculada de sua fundamentação, é vedado analisar qualquer outra questão que não tenha sido objeto de dissídio entre os acórdãos em cotejo, ainda que se trate de matéria de ordem pública. Precedentes.

2. A multa a que se refere o parágrafo único do art. 538 do CPC foi aplicada pelo acórdão embargado a partir da análise das premissas firmadas no caso concreto, o que inviabiliza a admissibilidade dos embargos de divergência. Precedentes.

3. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da CORTE Especial do Superior Tribunal de Justiça A Corte Especial, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Raul Araújo, Felix Fischer, Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrichi.

Brasília, 16 de setembro de 2015 (data do julgamento)..



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO

Presidente

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.335.231 - RS (2012/0151566-4)

AGRAVANTE : CASSOL PRÉ FABRICADOS LTDA
ADVOGADOS : GELSON BARBIERI E OUTRO(S)
IRIA EMILIA EVANGELISTA BEZERRA BARBIERI
RITA PASINATO
AGRAVADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR : MARIA BEATRIZ DE OLIVEIRA E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão desta relatoria que indeferiu liminarmente os embargos de divergência com base nos seguintes fundamentos: a) a multa a que se refere o parágrafo único do art. 538 do CPC foi aplicada pelo acórdão embargado a partir da análise das premissas firmadas no caso concreto, o que inviabiliza a admissibilidade dos embargos de divergência; e b) a inadequação dos embargos ante a necessidade de prévia discussão sobre o acerto ou desacerto da regra técnica de conhecimento.

Sustenta a agravante a comprovação da similitude fática e da aplicação de soluções divergentes aos casos confrontados no tocante à aplicação da multa prevista no art. 538 do CPC, bem como à não incidência das Súmulas 7 e 211 do STJ.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.335.231 - RS (2012/0151566-4)

RELATOR : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**
AGRAVANTE : CASSOL PRÉ FABRICADOS LTDA
ADVOGADOS : GELSON BARBIERI E OUTRO(S)
IRIA EMILIA EVANGELISTA BEZERRA BARBIERI
RITA PASINATO
AGRAVADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR : MARIA BEATRIZ DE OLIVEIRA E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL. REGRA TÉCNICA. MULTA DO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC.

1. É certo o descabimento dos embargos de divergência para análise de regras técnicas de admissibilidade do recurso especial, como sói ser a incidência das Súmulas 7 e 211 do STJ, haja vista que o escopo deste recurso é a uniformização de teses jurídicas divergentes em relação à matéria de mérito, de modo que, ante a natureza vinculada de sua fundamentação, é vedado analisar qualquer outra questão que não tenha sido objeto de dissídio entre os acórdãos em cotejo, ainda que se trate de matéria de ordem pública. Precedentes.
2. A multa a que se refere o parágrafo único do art. 538 do CPC foi aplicada pelo acórdão embargado a partir da análise das premissas firmadas no caso concreto, o que inviabiliza a admissibilidade dos embargos de divergência. Precedentes.
3. Agravo regimental não provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. A decisão agravada ostenta o seguinte teor:

1. Cuida-se de embargos de divergência opostos por Cassol Pré-fabricados Ltda em face de acórdão proferido pela Segunda Turma desta Corte, da relatoria do Ministro Herman Benjamin, assim ementado:
TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. FATOS GERADORES FUTUROS. POSSIBILIDADE. ICMS. CONSTRUÇÃO CIVIL. MATERIAL PRÉ-MOLDADO. FABRICAÇÃO FORA DO LOCAL DA OBRA. SERVIÇO EXECUTADO POR TERCEIRO. OPERAÇÃO MERCANTIL IDENTIFICADA PELO TRIBUNAL A QUO. SÚMULA 7/STJ.
1. Cuida-se, na origem, de Ação Declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária entre a recorrente (contribuinte) e o Estado do Rio Grande



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do Sul no tocante à incidência de ICMS sobre componentes pré-moldados empregados em obras de construção civil.

2. No que concerne à violação do art. 535 do CPC, o Recurso Especial não aponta, de maneira fundamentada, a existência de quaisquer dos vícios nele previstos. A probabilidade do reconhecimento da falta de prequestionamento não conduz inexoravelmente à conclusão de que o art. 535 do CPC tenha sido violado, tampouco exime a parte recorrente de apresentar fundamentos pelo acolhimento da preliminar suscitada. Aplicação da Súmula 284/STF.

3. A Ação Declaratória em matéria tributária é adequada para dirimir uma crise de certeza entre o Fisco e o sujeito passivo tributário, no que concerne à incidência da norma tributária sobre fatos específicos, fenômeno que faz surgir a relação jurídica na qual aqueles são ocupantes de polos opostos.

4. Na hipótese dos autos, ficou bem delimitado que a pretensão da recorrente pela tutela declaratória não se restringe à interpretação genérica e abstrata da lei tributária, mas se direciona a sanar dúvida acerca de sua incidência sobre fatos praticados rotineiramente em sua atuação empresarial que repercutem em sua esfera jurídica.

5. Ao contrário do que concluiu o Tribunal de Justiça, configurada a repercussão do provimento postulado sobre a situação jurídica do sujeito passivo tributário, não há óbice a que o provimento jurisdicional declaratório alcance fatos futuros, conforme já assentado pelo STJ (REsp 1.0410.79/RJ, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 10.11.2008).

6. A análise do inteiro teor do acórdão recorrido revela que o Tribunal *a quo* não decidiu a controvérsia à luz dos arts. 610, 611, 615 e 618 do CC, razão pela qual o STJ não pode conhecer do Recurso Especial, por falta de prequestionamento. Incidência da Súmula 211/STJ.

7. Da mesma forma, não houve pronunciamento do Tribunal de origem sobre as questões processuais atinentes à regularidade formal no julgamento dos Embargos Infringentes e à observância do Relator quanto à aplicação do art. 557 do CPC.

8. A figura do contrato de subempreitada surge quando o empreiteiro confia a terceiros a execução da obra (art. 622 do CC). Admite-se a subempreitada de parte da obra e a subempreitada global.

9. No presente caso, a controvérsia persiste em relação à incidência de ICMS sobre o fornecimento de material pré-moldado pela recorrente para instalação em obras que não foram por ela executadas, conforme constatado pelo Tribunal *a quo* (fls. 1.115-1.120).

10. Está-se diante de operações mercantis, e não de obrigação de fazer obras de construção civil que lhe foram confiadas pelo empreiteiro. Nesse contexto, incide ICMS.

11. O acolhimento da tese de que se trata de subempreitada global com fornecimento de material pela subempreiteira exige revolvimento de provas, o que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

12. Recurso Especial conhecido em parte, e, nessa parte, parcialmente provido.

Opostos embargos de declaração, estes foram rejeitados, conforme a seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DOS VÍCIOS PREVISTOS NO ART. 535 DO CPC. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. PREQUESTIONAMENTO DE NORMA CONSTITUCIONAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INVIABILIDADE.

1. Trata-se de Embargos de Declaração opostos contra acórdão no qual a Segunda Turma, entre outras questões, decidiu, de forma suficientemente motivada, que há incidência de ICMS sobre as operações controvertidas, pois, na hipótese dos autos, o Tribunal local constatou que elas consistem no fornecimento de material pré-moldado fabricado em local diverso para instalação em obras executadas por terceiros.

2. A **questão de fato suscitada da tribuna** – de que a discussão na presente demanda diz respeito à hipótese em que a **empresa autora executa** obras de construção civil mediante utilização de **pré-moldados que ela própria confecciona** – **contraria a moldura fática dominante na instância ordinária.**

3. Com efeito, o acolhimento de sua pretensão pressupõe a comprovação de que ela efetivamente executou as obras de construção civil, e não simplesmente forneceu pré-moldados fabricados fora do local da obra, fato veementemente negado no acórdão firmado na origem: "(...) **a fabricação e posterior fornecimento de estruturas de concreto pré-moldadas a terceiros para consumo constitui em etapa na cadeia industrial que corresponde ao fato gerador do ICMS (...)** Finalmente, **as notas fiscais de fl. 194/195 (00125 e 001314) não provam se tratar de fabricação de pré-moldados para instalação em obra própria**" (1.115-1.120).

4. Tal conclusão decorre da prevalência, no julgamento dos Embargos Infringentes, do voto vencido na Apelação, no qual as operações sob julgamento foram assim definidas: **"A prova coligida nos autos dá conta de que as peças pré-moldadas são fabricadas fora do local da prestação de serviço (...)" (fl. 1.018).**

5. Com base nessa premissa, o acórdão ora embargado preconiza, sem que se constatem quaisquer dos vícios do art. 535, II, do CPC, que **o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços fica sujeito ao ICMS**, seja no regime do Decreto-Lei 406/1968, seja no vigente da LC 116/2003. Na mesma linha: AgRg no REsp 1.002.693/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 7/4/2008.

6. Não foi, portanto, a natureza do contrato – se de empreitada global ou de subempreitada global – que motivou a conclusão impugnada, mas a circunstância de ter sido apurado que a tributação alcançou o fornecimento de pré-moldados fabricados em local diverso para instalação de obras executadas por terceiros, o que configura obrigação de dar sujeita ao ICMS.

7. A alegação de que o resultado do julgamento teria sido anunciado no sentido do reconhecimento de violação do art. 535 do CPC pelo Tribunal *a quo* não é condizente com os registros consignados nas notas taquigráficas do julgamento. Ademais, a Segunda Turma do STJ, ao consultar o representante processual da parte sobre a persistência do interesse em realizar a sustentação oral, adota como procedimento a disponibilização da ementa do acórdão mediante retroprojeto para que o advogado tome conhecimento do conteúdo do julgado. A dispensa da sustentação oral se deu por ato livre e consciente do advogado, razão pela qual não há falar em cerceamento de defesa.

8. Embora a embargante mencione a existência de omissões, fica evidente o objetivo exclusivo de rediscutir a questão controvertida.

9. Os Embargos Declaratórios não constituem instrumento adequado para a rediscussão da matéria de mérito, tampouco, ante a ausência de omissão,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

obscuridade ou contradição, para o prequestionamento com vista à interposição de Recurso Extraordinário.

10. Embargos de Declaração rejeitados.

Ainda irresignados, a ora embargante opôs novos embargos de declaração, os quais foram também rejeitados, a conferir:

PROCESSUAL CIVIL. SEGUNDOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DOS VÍCIOS PREVISTOS NO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. CARÁTER PROTETATÓRIO. MULTA.

1. Trata-se de segundos Embargos de Declaração opostos contra acórdão que rejeitou os primeiros aclaratórios de julgado no qual a Segunda Turma, de forma suficientemente motivada, decidiu que "o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços fica sujeito ao ICMS, seja no regime do Decreto-Lei 406/1968, seja no vigente da LC 116/2003" (fl. 1.498).

2. A omissão apontada diz respeito exatamente à questão acima referida. Alega a embargante que o acórdão teria deixado de emitir pronunciamento "sobre a incidência ou não do ICMS na hipótese específica em que a autora/recorrente produz pré-moldados de concreto em local diverso da obra para instalação em obras que ela própria executa através de contratos de subempreitada legal" (fl. 1.506).

3. A conduta da parte revela mero inconformismo com a atual jurisprudência do STJ, o que não justifica a interposição de sucessivos aclaratórios.

4. A utilização dos Embargos de Declaração com esse objetivo constitui postura nitidamente protetatória da parte, razão pela qual cabe a sanção processual do art. 538, parágrafo único, do CPC.

5. Os Embargos Declaratórios não constituem instrumento adequado para a rediscussão da matéria de mérito, tampouco, ante a ausência de omissão, obscuridade ou contradição, para o prequestionamento com vista à interposição de Recurso Extraordinário.

6. Embargos de Declaração rejeitados, com aplicação de multa de 1%, nos termos do art. 538, parágrafo único, do CPC.

Em suas razões (fls. 1535/1644), a embargante alega que o aresto em destaque dissentiu tanto do entendimento firmado no REsp 129.317/SP, julgado por esta Corte Especial, tendo como Relator o Ministro Vicente Leal, quanto daquele firmado no REsp 316.490/RJ, julgado pela Quarta Turma, da lavra do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, sendo que ambos tratam da aplicação da multa do art. 538, parágrafo único, do CPC, ante ao intuito protetatório da parte.

Em relação aos embargos infringentes, aponta divergência de entendimento em relação ao exposto no Ag no REsp 1.158.621/RS, julgado pela Terceira Turma, tendo por relator o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, e no AgRg nos Edcl no Ag 927.128/SP, julgado pela Terceira Turma, da lavra do Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS).

Por fim, no tocante à incidência do ICMS nos materiais utilizados na subempreitada, aduz divergência ao REsp 219.588/CE, julgado pela Primeira Turma, de relatoria do Ministro Garcia Vieira, e ao AgRg no Ag 1.361.422/PE, julgado também pela Primeira Turma, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves.

Requer o acolhimento e provimento dos embargos de divergência, para que haja a reforma do acórdão da 2ª Turma do STJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o relatório. DECIDO.

2. Na hipótese em comento – em que o acórdão embargado é da Segunda Turma e os paradigmas da Primeira, Terceira e Quarta Turmas e da Corte Especial –, vê-se que há superposição de competências.

A Corte Especial, em casos similares, tem reiteradamente decidido pela cisão do julgamento dos embargos de divergência para cada um dos órgãos fracionários, com a primazia do colegiado mais amplo, em atenção à competência estabelecida pelo art. 266 do RISTJ:

Art. 266. Das decisões da Turma, em recurso especial, poderão, em quinze dias, ser interpostos embargos de divergência, que serão julgados pela Seção competente, quando as Turmas divergirem entre si ou de decisão da mesma Seção. Se a divergência foi entre Turmas de Seções diversas, ou entre Turma e outra Seção ou com a Corte Especial, competirá a esta o julgamento dos embargos.

A propósito, os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PARADIGMAS DE TURMAS DA MESMA SEÇÃO E DE SEÇÃO DIVERSA. COMPETÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. ACÓRDÃO DE SEÇÃO NÃO MAIS COMPETENTE PARA JULGAMENTO DA MATÉRIA VERSADA NOS EMBARGOS. SÚMULA N. 158/STJ. DISCUSSÃO ACERCA DE REGRA TÉCNICA DE CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO.

1. Suscitada a divergência com paradigmas de turmas da mesma seção e de seção diversa daquela de que provém o aresto embargado, ocorre a cisão do julgamento com primazia da Corte Especial, com posterior remessa à seção competente em relação aos demais paradigmas.

[...]

4. Embargos de divergência não conhecidos." (EResp nº 1261757/SC, CORTE ESPECIAL, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe de 26/06/2013.)

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ACÓRDÃO EMBARGADO DA 2ª TURMA. PARADIGMAS DA 1ª E 5ª TURMAS E DA CORTE ESPECIAL. CISÃO DO JULGAMENTO (CORTE ESPECIAL, PRIMEIRO, E, DEPOIS, 1ª SEÇÃO) A FIM DE ATENDER O DISPOSTO NO ART. 266 DO RISTJ. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. ALEGADO DISSENSO PRETORIANO ACERCA DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. CASUÍSTICA. PARTICULARIDADES DE CADA CASO. SITUAÇÕES FÁTICAS COMPARADAS DISTINTAS. INEXISTÊNCIA DE TESES DIVERGENTES. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADO. EMBARGOS LIMINARMENTE INDEFERIDOS. DECISÃO MANTIDA PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. Divergência argüida entre as Turmas que compõem a Primeira Seção, bem como entre Turmas que integram Seções diversas. Necessidade de cisão do julgamento dos embargos de divergência para cada um dos órgãos fracionários, com a primazia do colegiado mais amplo, em atenção à competência estabelecida pelo art. 266 do RISTJ. Precedente.

[...]

4. Agravo regimental desprovido." (AgRg nos ERESp nº 640.803/RS,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CORTE ESPECIAL, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJ de 12/02/2007.)

PRELIMINAR. CONHECIMENTO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. CORTE ESPECIAL. NECESSIDADE. PRONUNCIAMENTO. COMPETÊNCIA. REVISÃO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. FORO. DOMICÍLIO. AUTOR. DISTRITO FEDERAL.

1. Se os paradigmas trazidos à colação foram proferidos por Turmas pertencentes a Seções diversas e Turmas pertencentes à mesma Seção, não pacificada a matéria naquele âmbito, verificando-se, assim, a competência de dois órgãos do Tribunal para a apreciação da divergência, a Terceira Seção e a Corte Especial, faz-se mister que esta se pronuncie em primeiro lugar.

[...]

3. Embargos de divergência conhecidos e recebidos." (EResp nº 223.796/DF, CORTE ESPECIAL, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, Rel. p/ Acórdão Ministro FENANDO GONÇALVES, DJ de 15/12/2003; sem grifos no original.)

Passo, assim, à análise da divergência suscitada, tão somente, em face dos paradigmas da Terceira e Quarta Turmas e da Corte Especial, reservando os da Primeira Turma para posterior apreciação pela Primeira Seção.

3. No que tange à multa do art 538 do CPC, a irresignação não merece prosperar. Isso porque o cabimento dos embargos de divergência está atrelado à efetiva demonstração de que os acórdãos trazidos a confronto partiram de similar contexto fático para atribuir conclusões jurídicas dissonantes.

Na espécie, a multa a que se refere o parágrafo único do art. 538 do CPC foi aplicada pelo acórdão embargado, a partir da análise das premissas firmadas no caso concreto, o que inviabiliza a admissibilidade dos embargos de divergência.

Em casos análogos, a Corte Especial assim decidiu:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROCESSO CIVIL. ALEGADA OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO RECONHECIDA PELO ACÓRDÃO EMBARGADO. APLICAÇÃO DE MULTA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 538 DO CPC. PARADIGMAS QUE, AO REVÉS, ENTENDERAM HAVER OMISSÃO E AFASTARAM O CARÁTER PROTETÓRIO DOS EMBARGOS. CASUÍSTICA. PARTICULARIDADES DE CADA CASO. SITUAÇÕES FÁTICAS COMPARADAS DISTINTAS. INEXISTÊNCIA DE TESES DIVERGENTES. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADO. EMBARGOS LIMINARMENTE INDEFERIDOS. DECISÃO MANTIDA EM SEUS PRÓPRIOS TERMOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A via dos embargos de divergência não se presta a simples reexame de controvérsia acerca de existência ou não de omissões ou de caráter protetório de embargos declaratórios, porque tais tarefas são realizadas com a análise particularizada de cada caso concreto, considerando suas peculiaridades. Não há divergência jurisprudencial a ser composta, mas meras conclusões diversas a partir de bases fático-jurídicas também diferentes. Precedentes da Corte Especial.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EAREsp 353.968/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 1º/8/2014, DJe 13/8/2014).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MULTA PROTELATÓRIA DO ART. 538 DO CPC. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ACÓRDÃOS COLACIONADOS COMO DIVERGENTES.

1. Duas são as divergências apontadas pelo ora agravante. A primeira diz respeito à fixação da verba honorária, e a segunda está relacionada à aplicação da multa protelatória nos aclaratórios.

2. Não cabem embargos de divergência para discutir a verba honorária fixada, notadamente porque se trata de questão decidida com base nas peculiaridades de cada caso. Precedentes: AgRg nos EREsp 1.270.937/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Corte Especial, julgado em 28.6.2012, DJe 16.8.2012; AgRg nos EREsp 1.162.717/RS, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, julgado em 12.5.2011, DJe 27.6.2011.

3. Em relação à multa protelatória, não foi configurada a divergência, porquanto não há similitude fática entre os acórdão confrontados.

Agravo regimental improvido.

(AgRg nos EAREsp 151.885/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/06/2013, DJe 12/06/2013)

"MULTA PROTELATÓRIA DO ART. 538 DO CPC. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. INEXISTÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA.

I - Não se apanham em divergência interpretativa ensejadora de embargos, a respeito do parágrafo único do art. 538 do CPC, acórdãos que, à vista das circunstâncias de cada caso, dissentem na percepção do intuito protelatório dos embargos de declaração. Precedente: EREsp 718.278/SC, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, CORTE ESPECIAL, DJe de 5/11/2009.

II - Se os acórdãos chegam a conclusões diferentes, porém a partir de premissas fáticas diversas, não há como afirmar a existência de dissídio jurisprudencial. Precedente: EREsp 831.919/PE, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 03/11/2008.

III - Agravo regimental improvido."

(AgRg nos EREsp 661.028/PR, Rel. Ministro Francisco Falcão, Corte Especial, julgado em 7.5.2012, DJe 5.6.2012.)

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ACÓRDÃO EMBARGADO E ARESTO PARADIGMA QUE CUIDAM DE CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DIVERSAS, ACERCA DO DISPOSTO NO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. DIVERGÊNCIA NÃO-CARACTERIZADA.

1. Conforme orientação da Corte Especial/STJ, não há similitude entre acórdão que, com base nas peculiaridades do caso concreto, manteve a multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC, e aresto que, em virtude de contexto fático distinto, aplicou a regra prevista na Súmula 98/STJ e determinou a exclusão da multa. Nesse sentido: AgRg nos EREsp 646.522/SP, Corte Especial, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 24.9.2007; AgRg nos EREsp 649.711/BA, Corte Especial, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 19.5.2008.

2. Agravo regimental desprovido."

(AgRg nos EREsp 1097801/ES, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, julgado em 22.4.2009, DJe 3.6.2009.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, a insurgência da parte embargante traduz mero inconformismo com o resultado da lide, o que não pode ensejar o conhecimento do presente recurso, a teor da farta jurisprudência desta Corte sobre o tema, que rechaça o conhecimento de embargos de divergência, quando não restar atendido o comando ditado no art. 266 do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça.

4. Já em relação à aplicação das Súmulas 7 e 211, ambas do STJ, os presentes embargos de divergência não prosperam, pois o acórdão embargado não adentrou no exame do mérito da controvérsia.

Com efeito, o mencionado aresto limitou-se a consignar que:

4. Violação dos arts. 128, 460, 530 e 557 do CPC

Da mesma forma, não houve pronunciamento do Tribunal *a quo* sobre as questões processuais atinentes à regularidade formal no julgamento dos Embargos Infringentes e à observância do Relator quanto à aplicação do art. 557 do CPC.

O Recurso Especial, também nesse ponto, esbarra no óbice da Súmula 211/STJ.

5. Incidência de ICMS sobre o fornecimento de material pré-moldado destinado às obras de construção civil

A figura do contrato de subempreitada surge quando o empreiteiro confia a terceiros a execução da obra (art. 622 do CC). Admite-se a subempreitada de parte da obra e a subempreitada global.

No presente caso, a controvérsia persiste em relação à incidência de ICMS sobre o fornecimento de material pré-moldado pela recorrente para instalação em obras que não foram por ela executadas, conforme constatado pelo Tribunal *a quo*. Confira-se:

Com efeito, a fabricação e posterior fornecimento de estruturas de concreto pré-moldadas a terceiros para consumo constitui em etapa na cadeia industrial que corresponde ao fato gerador do ICMS, não podendo ser considerado serviço ao efeito de incidência do ISS. Aliás, tal distinção já havia sido feita em 1995 pelo Min. Moreira Alves no RE 82.501-SP, a cujo teor

(...)

Ao desate, então, do presente recurso, cumpre saber se os pré-moldados que foram fornecidos pela Embargada, com base nos contratos abaixo arrolados, se destinavam à construção própria ou de terceiro.

Os contratos são os seguintes:

(...)

Nos três primeiros contratos, a Embargada comprometeu-se a fornecer pré-moldados a serem utilizados nas obras executadas pelas CONSTRUTORA ENGENHOSUL OBRAS LIMITADA e MPC ENGENHARIA LTDA. Quer dizer, os pré-moldados não eram destinados a serem utilizados em obras da própria Embargada, mas sim pelas referidas construtoras, em razão de contrato de subempreitada, o que leva à incidência do ICMS por se tratar de venda de mercadorias.

No contrato referido no item 4, (...). Não se trata, portanto, de pré-moldados fabricados para uso em obra própria, mas sim de terceiro, no caso, a CONSTRUTORA VARCA SCATENA LTDA. responsável pela obra do Centro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Educacional Inácio Monteiro. Por isso, incide ICMS.

No contrato referido no item 5, (...). Os pré-moldados, portanto, foram fabricados para instalação em obra empreendida por terceiro, a CONSTRUTORA COLNAGHI LTDA. Não se enquadra, portanto, da hipótese referida pelos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, já que a Embargada não executou diretamente a obra.

No contrato do item 6, a Embargada comprometeu-se a fornecer pré-moldados a Silbe Empreendimentos Imobiliários Ltda. para a execução da obra de propriedade de Lages Bioenergética Ltda. Não se tratando de obra própria, incide ICMS.

No contrato do item 7, (...). Não há prova, contudo, de que se cuida a obra executada pela própria Embargada ou pela Construtora Tedesco (...).

Finalmente, as notas fiscais de fl. 194/195 (00125 e 001314) não provam se tratar de fabricação de pré-moldados para instalação em obra própria.

Ante o exposto, com a vênia da douta maioria, conhece-se, em parte, e, na parte conhecia, acolhem-se os embargos infringentes para restabelecer a sentença (fls. 1.115-1.120).

A tese defendida pela recorrente consiste em que "independentemente de se tratar de contratação direta (empreitada) ou indireta (subempreitada), não está sujeito à incidência do ICMS o deslocamento das peças pré-fabricadas do canteiro central da Recorrente para a obra, ante a natureza da prestação de serviços, sendo os materiais insumos desta obrigação de fazer" (fl. 1.121).

A irresignação não pode ser acolhida.

Nas operações em que se reconheceu a incidência do ICMS, não houve contrato de subempreitada. O acórdão recorrido é claro ao fixar que se trata de fornecimento de pré-moldados para instalação de obras executadas por terceiros, e não pela própria recorrente.

Está-se diante de operações mercantis, e não de obrigação de fazer obras de construção civil que lhes foram confiadas pelo empreiteiro. Nesse contexto, incide ICMS.

Mesmo se a hipótese fosse de subempreitada, o deslocamento de peças pré-fabricadas do canteiro central para o local da obra, na forma de comercialização individualizada, está sujeito ao tributo em questão.

No regime do Decreto-Lei 406/1968, o item 32 da Lista Anexa previa que a subempreitada de construção civil era hipótese de incidência do ISS, com a ressalva do fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços, fora do local da prestação dos serviços, que se sujeitava ao ICMS.

A LC 116/2003 não alterou essa disciplina. Consoante o § 2º de seu art. 1º, "Ressalvadas as exceções expressas na lista anexa, os serviços nela mencionados não ficam sujeitos ao Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias".

O item 7.02 reproduziu a exceção existente no regime anterior. Confira-se:

7 – Serviços relativos a engenharia, arquitetura, geologia, urbanismo, construção civil, manutenção, limpeza, meio ambiente, saneamento e congêneres.

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7.02 – Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (**exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS**) (destaquei).

O subempreiteiro que fornece material produzido fora do local da prestação dos serviços e os comercializa individualmente é sujeito passivo do ICMS incidente sobre a circulação dessas mercadorias. Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO. ISS. CONSTRUÇÃO CIVIL. MATERIAIS UTILIZADOS. SUBEMPREITADAS. BASE DE CÁLCULO. ABATIMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

1. "A jurisprudência uniforme desta Corte é no sentido de que a base de cálculo do ISS é o custo integral do serviço, não sendo admitida a subtração dos valores correspondentes aos materiais utilizados e às subempreitadas" (REsp 926.339/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJU de 11.05.07).

2. Tanto o DL 406/68 como as Leis Complementares 56/87 e 102/03 fixaram que o ISS incide sobre a totalidade dos serviços de construção civil, exceto sobre o fornecimento de mercadorias produzidas pelo próprio prestador dos serviços fora do local da prestação, que fica sujeito ao ICMS.

3. A tese de que não apenas os materiais produzidos pelo próprio prestador, mas também os adquiridos de terceiros, devem ser excluídos da base de cálculo do ISS não encontra respaldo no ordenamento jurídico, pois a regra legal que trata da incidência do ISS sobre serviços de construção civil é clara ao excluir apenas os materiais produzidos pelo próprio prestador fora do local onde prestados os serviços.

4. A situação do prestador que fabrica seus produtos fora do canteiro de obras não pode ser equiparada à daquele que adquire materiais de terceiros para uso nas obras de construção civil. Os produtos fabricados pelo prestador estão sujeitos ao ICMS, razão por que não devem se sujeitar a uma nova incidência de ISS. Já os produtos adquiridos de terceiros, se não incluídos na base de cálculo do ISS pelo serviço de construção civil, ficariam imunes à tributação, somente sendo tributados na operação anterior, que não tem o construtor como contribuinte ou responsável tributário.

5. Assim, quando os materiais são produzidos pelo próprio prestador fora do local onde prestados os serviços, incide ICMS; quando os materiais são produzidos pelo prestador no canteiro de obras ou quando são adquiridos de terceiros, como não há possibilidade de incidência de ICMS, devem ter seus valores mantidos na base de cálculo do ISS.

6. "(...) subempreitada é denominação que se oferece à empreitada menor, isto é, à empreitada secundária. Por meio de subempreitadas são executados trabalhos parcelados, contratados pelo empreiteiro construtor (...). Em referência ao ISS, é irrelevante saber se o empreiteiro maior executa pessoalmente a obra pactuada ou se incumbe a terceiros para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

realizá-la. Ambas as formas de serviços (empreitada maior ou empreitada menor) são alcançadas pelo ISS" (Bernardo Ribeiro de Moraes in "Doutrina e Prática do Imposto sobre Serviços", Revista dos Tribunais, São Paulo, 1975).

7. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.002.693/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe 07/04/2008).

Reitere-se que o Tribunal *a quo*, com base no contexto fático-probatório dos autos, concluiu que as operações controvertidas envolvem o fornecimento de material pré-moldado fabricado em local diverso para instalação em obras executadas por terceiros.

O acolhimento da tese de que se trata de subempreitada global com fornecimento de material pela subempreiteira exige revolvimento de provas, o que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

Na realidade, para apreciar as alegações desenvolvidas pela embargante, seria necessária a prévia discussão sobre o acerto ou desacerto da regra técnica de conhecimento utilizada pelo relator do julgado objeto do presente recurso.

Todavia, a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é assente acerca da inviabilidade de debate acerca da tal questão, conforme evidenciam os precedentes a seguir transcritos:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIA ESPECIAL NÃO ADMITIDA POR INCIDÊNCIA DA SÚMULA 315 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NÃO CABIMENTO DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA.

1. Nos termos da jurisprudência reiterada desta Corte Superior, não se conhece dos embargos de divergência quando se nega provimento a agravo, pois a decisão está apenas confirmando a já prolatada pela instância de origem, isto é, a decisão que inadmitiu o recurso especial.

2. Na espécie, como se pode observar, o decisum monocrático e acórdão embargado, que o confirmou, negaram provimento ao agravo em recurso especial, porquanto incidente na espécie o óbice imposto pelas Súmulas 7 e 182 do Superior Tribunal de Justiça, bem como por estar o acórdão combatido em consonância com o entendimento desta Corte Superior.

3. Não se admitem embargos de divergência com o objetivo de discutir o acerto ou desacerto na aplicação da regra técnica de conhecimento de recurso especial, como no caso de discussão acerca da possibilidade ou não da incidência dos enunciados n. 7 e 83 da Súmula desta Corte.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg nos EAREsp 486.626/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/11/2014, DJe 11/12/2014)

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. TEMA DE MÉRITO DO RECURSO ESPECIAL NÃO APRECIADO. DISCUSSÃO DE REGRAS TÉCNICAS RELATIVAS AO CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO.

1.- Consoante decidiu a Corte Especial, no julgamento do EREsp 470.509/ES, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ 23.5.05, "a decisão ensejadora dos embargos de divergência é aquela proferida por órgão colegiado em sede de recurso especial ou, como vem decidindo a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

maioria, em sede de agravo regimental interposto contra decisão de Relator em recurso especial, desde que analisado o mérito da controvérsia."

2.- No caso dos autos, o Acórdão embargado negou provimento ao Agravo Regimental, confirmando os termos da decisão que conheceu do Agravo para negar seguimento ao Recurso Especial, ao entendimento de que: i) inexistência de violação ao art. 458 do Código de Processo Civil, já que o Tribunal de origem decidiu a matéria de direito com base nos elementos que julgou aplicáveis e suficientes para a solução da lide; ii) aplicação da Súmula 284/STF no tocante ao art. 535 do Código de Processo Civil; iii) ausência de prequestionamento dos arts. 128, 131, 250, 460 e 476, todos do Código de Processo Civil; e iv) rever a conclusão do Tribunal estadual, quanto à incapacidade do recorrido sob a vigência de lei que não admite a reforma em graduação diversa da exercida pelo militar e sim proporcionalmente ao tempo de serviço computável para a inatividade (art. 25 da Lei n. 10.486/2002), implicaria necessariamente o reexame do conjunto fático-probatório, o qual é vedado nesta instância especial (Súmula 7/STJ).

3.- A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente quanto à impropriedade de discussão, em âmbito de embargos de divergência, acerca da aplicação de regra técnica relativa ao conhecimento do recurso especial.

4.- Agravo Regimental improvido. (AgRg nos EAREsp 298.333/DF, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/05/2014, DJe 01/07/2014)

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. REEXAME DE REGRA TÉCNICA DE CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. INCIDÊNCIA DA SUMULA 315/STJ.

1. Não é possível discussão quanto aos requisitos de admissibilidade do recurso especial em embargos de divergência. Precedentes.

2. Incidência da Súmula nº 315/STJ, segundo a qual: "não cabem embargos de divergência no âmbito do agravo de instrumento que não admite recurso especial".

Agravo regimental improvido.

(AgRg nos EAREsp 196.515/MS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, CORTE ESPECIAL, julgado em 13/03/2014, DJe 25/03/2014)

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. PLEITO DE APLICAÇÃO DA SÚMULA 7/STJ. REGRA TÉCNICA DE CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. ALTERAÇÃO DE PREMISSA. NÃO CABIMENTO DO RECURSO.

1. No julgamento dos embargos de divergência, é imprópria a discussão sobre regra de conhecimento de recurso especial.

Precedentes.

2. Ausente a indispensável similitude fática entre o acórdão embargado e aqueles indicados como paradigmas, não se conhece dos embargos de divergência.

3. Nesta sede, é defeso buscar modificar as premissas utilizadas no aresto embargado, precisamente porque sobre essas já operou a preclusão.

4. Agravo regimental não provido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(AgRg nos EAREsp 8.964/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/09/2013, DJe 03/10/2013)

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. JULGADO QUE NÃO ULTRAPASSA O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. NÃO CABIMENTO. AGRAVO DESPROVIDO.

I. A jurisprudência desta Corte é pacificada no sentido de que não há divergência entre julgados que apreciam o mérito do recurso e outros que não ultrapassaram o juízo de admissibilidade.

II. Hipótese em que não restou caracterizada a divergência jurisprudencial entre os arestos confrontados, porquanto acórdão embargado aplicou a Súmula 7 do STJ.

III. Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EAREsp 60.109/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/04/2013, DJe 25/04/2013)

RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO REGIMENTAL. PRETENSÃO DE REFORMA. FUNDAMENTOS DA DECISÃO MANTIDOS. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 7, 315 e 158 DESTA CORTE. PRETENSÃO DE CORRIGIR O JULGADO.

1. Segundo o entendimento firme desta Corte, o manejo dos embargos de divergência deve atender ao disposto no art. 266 do RISTJ, com a caracterização do dissídio jurisprudencial a partir do cotejo analítico.

2. Assim, não se admite a interposição contra decismum que não abrangeu o mérito do recurso especial, tampouco para o fim de corrigir eventual equívoco do julgado na sua má interpretação sobre a controvérsia versada.

2. Agravo desprovido.

(AgRg nos EREsp 714.725/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/09/2012, DJe 18/09/2012)

5. Ante o exposto, com fundamento no art. 266, § 3º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, indefiro liminarmente os embargos de divergência no âmbito da Corte Especial e determino a redistribuição dos autos à Primeira Seção.

Dessarte, não trouxe a agravante argumentos tendentes a infirmar a decisão agravada, que há de prevalecer por seus próprios fundamentos. Em verdade, limitou-se a recorrente a repisar as razões dos embargos de divergência.

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

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO CORTE ESPECIAL

Número Registro: 2012/0151566-4 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg nos**
EResp 1.335.231 /
RS

Números Origem: 10500203430 10500203952 2497990420128217000 70038463642 70043968502
70044755569 70046734315 70049432081 801757111 801790575 8105000203430
810500203952

EM MESA

JULGADO: 16/09/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FRANCISCO FALCÃO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELA WIECKO VOLKMER DE CASTILHO

Secretária

Bela. VANIA MARIA SOARES ROCHA

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : CASSOL PRÉ FABRICADOS LTDA
ADVOGADOS : GELSON BARBIERI E OUTRO(S)
RITA PASINATO
IRIA EMILIA EVANGELISTA BEZERRA BARBIERI
EMBARGADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR : MARIA BEATRIZ DE OLIVEIRA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ICMS / Imposto sobre Circulação de Mercadorias

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : CASSOL PRÉ FABRICADOS LTDA
ADVOGADOS : GELSON BARBIERI E OUTRO(S)
RITA PASINATO
IRIA EMILIA EVANGELISTA BEZERRA BARBIERI
AGRAVADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR : MARIA BEATRIZ DE OLIVEIRA E OUTRO(S)

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia CORTE ESPECIAL, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Corte Especial, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Raul Araújo, Felix Fischer, Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.