



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.147.392 - RS (2009/0127300-9)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
RECORRENTE : RANDON S/A IMPLEMENTOS E PARTICIPAÇÕES
ADVOGADO : FÁBIO ROGÉRIO HARDT E OUTRO(S)
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÃO INCOMPREENSÍVEL. SÚMULA 284/STF. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO RETROATIVA DO ART. 3º DA LC 118/2005. INCONSTITUCIONALIDADE. MATÉRIA APRECIADA SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. PIS/COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ISS. ARGUMENTO RECURSAL ESTRITAMENTE CONSTITUCIONAL. NÃO-CONHECIMENTO. DISPOSITIVOS LEGAIS. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO QUANTO À VIOLAÇÃO. SÚMULA 284/STF.

1. A deficiência na fundamentação que impede a compreensão da controvérsia afasta o conhecimento do Recurso Especial, nos termos da Súmula 284/STF.
2. Conforme decidido pela Corte Especial, é inconstitucional a segunda parte do art. 4º da LC 118/2005, que determina a aplicação retroativa do disposto em seu art. 3º.
3. O critério para a aplicação da novel legislação é a data do pagamento indevido, e não a do ajuizamento da ação ou da ocorrência do fato gerador.
4. Orientação reafirmada pela Primeira Seção, no julgamento do REsp 1.002.932/SP, submetido ao rito do art. 543-C do CPC.
5. O Tribunal de origem afastou a pretensão da empresa, de excluir os valores relativos ao ISS da base de cálculo do PIS/Cofins, ao interpretar o art. 3º, § 3º, I, da Lei 9.718/1998 e as Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, que não autorizariam o abatimento pretendido.
6. A contribuinte não discute o conteúdo da legislação federal, mas impugna sua validade à luz do art. 195, I, "b", da Constituição Federal. O fundamento recursal é constitucional, o que afasta a competência do STJ. A menção ao art. 110 do CTN não tem o condão de possibilitar o conhecimento do Recurso Especial, pois remete à disposição constitucional que fixa a competência tributária relativa à contribuição.
7. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, 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: "A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, deu-lhe parcial provimento, nos termos do voto do(a) Sr.(a) Ministro(a)-Relator(a). Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins (Presidente) votaram com o Sr.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro Relator.

Brasília, 18 de maio de 2010(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.147.392 - RS (2009/0127300-9)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : **RANDON S/A IMPLEMENTOS E PARTICIPAÇÕES**
ADVOGADO : **FÁBIO ROGÉRIO HARDT E OUTRO(S)**
RECORRIDO : **FAZENDA NACIONAL**
PROCURADOR : **PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição da República, contra acórdão assim ementado (fl. 1.381):

PRESCRIÇÃO. LC Nº 118/2005. PIS. COFINS.ISS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO.

O disposto no artigo 3º da LC nº 118/2005 se aplica tão-somente às ações ajuizadas a partir de 09 de junho de 2005, já que não pode ser considerado interpretativo, mas, ao contrário, vai de encontro à construção jurisprudencial pacífica sobre o tema da prescrição havida até a publicação desse normativo. Tendo a ação sido ajuizada em 19 de junho de 2008 de novembro de 2007, posteriormente à entrada em vigor da Lei Complementar nº 118/2005, restam prescritas as parcelas anteriores a 19 de junho de 2003.

Os encargos tributários integram a receita bruta e o faturamento da empresa. Seus valores são incluídos no preço da mercadoria ou no valor final da prestação do serviço. Por isso, são receitas próprias da contribuinte, não podendo ser excluídos do cálculo do PIS/COFINS, que têm, justamente, o faturamento como sua base de cálculo. Súmulas 68 e 94 do STJ.

O art. 3º, § 2º, I, da Lei nº 9.718/98 não autoriza a exclusão do ISS da base de cálculo das aludidas contribuições. A lei restringe o benefício aos casos de substituição tributária do ICMS e do IPI, logo, não cabe ao intérprete dar interpretação extensiva ao texto legal. A parcela do ISS integra o preço dos serviços prestados, compondo, por conseguinte, a receita ou o faturamento da empresa, não sendo passível de exclusão da base de cálculo do PIS e da COFINS.

As Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003 atualmente regulamentadoras do PIS e da COFINS, prevêm expressamente a incidência das contribuições sobre a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação contábil.

A contribuinte aponta dissídio jurisprudencial e ofensa ao art. 535 do CPC (omissão – fl. 1.402); ao art. 195, I, "b", da CF, pois se afastou do conceito de faturamento para a cobrança da contribuição (fl. 1.403); e ao art. 110 do CTN (fl. 1.411);



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ademais, a contribuinte discorre sobre a "legislação afeta à COFINS e sua base de incidência" (fls. 1.413 e seguintes) e acerca da "legislação afeta ao PIS e sua base de incidência" (fls. 1.417), além de dissertar sobre o entendimento do STF (fls. 1.421 e seguintes).

Aponta também dissídio jurisprudencial ao afirmar que os arts. 3º e 4º da LC 118/2005 não se aplicam a fatos geradores anteriores ao início de vigência dessa lei (fl. 1.436).

É o **relatório**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.147.392 - RS (2009/0127300-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator):

Inicialmente, saliento que é incompreensível a alegação de que o art. 535 do CPC teria sido violado.

A empresa relata que, em face de omissões, opôs aclaratórios na origem (fl. 1.400). A seguir, afirma que, como julgamento dos Embargos de Declaração, "resta atendido o pressuposto de admissibilidade do presente Recurso tocante ao prequestionamento explícito da matéria, tendo o Tribunal *a quo* enfrentado as razões da aqui Recorrente" (fl. 1.402).

Em seguida, contraditoriamente, sustenta ter havido ofensa ao art. 535, II, d o CPC, "quando não explicitado no acórdão os artigos" que foram objeto dos aclaratórios.

Inviável a análise do pleito por deficiência na fundamentação, conforme a Súmula 284/STF.

No que se refere ao prazo prescricional para a restituição tributária, a contribuinte tem razão.

Embora o TRF tenha reconhecido a impossibilidade de os art. 3º e 4º da LC 118/2005 retroagirem, tomou como critério a data de ajuizamento da ação, conforme o seguinte trecho do acórdão recorrido (fls. 1.377-1.378):

No entanto, o artigo 3º da LC nº 118/2005 não pode ser considerado interpretativo, mas, ao contrário, vai de encontro à construção jurisprudencial pacífica sobre o tema da prescrição havida até a publicação desse normativo.

Ao examinar a matéria, esta Corte pronunciou-se pela manutenção do entendimento já pacificado e estabeleceu orientação no sentido de que o disposto no artigo 3º da LC nº 118/2005 se aplica tão-somente às ações ajuizadas a partir de 09 de junho de 2005.

(...)

Assim, tendo a ação sido ajuizada em 19 de junho de 2008, posteriormente à entrada em vigor da Lei Complementar nº 118/2005 (em 09 de junho de 2005), portanto, restam prescritas as parcelas anteriores a 19 de junho de 2003.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ocorre que o critério a ser adotado é a data do pagamento indevido, não o do ajuizamento da ação, conforme acórdão da Corte Especial no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nos EREsp 644736/PE. O relator, Ministro Teori Zavascki, em seu voto-condutor, assim se pronunciou sobre a questão:

Assim, na hipótese em exame, com o advento da LC 118/05, a prescrição, do ponto de vista prático, deve ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a ação de repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova.

(AI nos EREsp 644736/PE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, julgado em 06.06.2007, DJ 27.08.2007, p. 170).

Orientação reafirmada pela Primeira Seção, no julgamento do REsp 1.002.932/SP, submetido ao rito do art. 543-C do CPC.

Considerando que a contribuinte defende a aplicação do critério do fato gerador, que também é incorreto, o Recurso Especial deve ser apenas parcialmente provido, para adoção do critério da data do pagamento indevido.

No mérito, discute-se a base de cálculo do PIS/COFINS em relação ao ISS incidente sobre o preço do serviço.

O Tribunal de origem afastou a pretensão da contribuinte, de excluir os valores relativos ao tributo municipal. A legislação federal interpretada foi o art. 3º, § 3º, I, da Lei 9.718/1998 e as Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, que não autorizariam o abatimento pretendido. Transcrevo trechos do acórdão recorrido (fls. 1.378-1.379):

Ademais, a Lei 9.718/98 não autoriza a exclusão do ISS da base de cálculo das aludidas contribuições. O art. 3º, § 2º, I, da Lei nº 9.718/98 estabelece:

(...)

A lei restringe o benefício aos casos de substituição tributária do ICMS e do IPI, logo, não cabe ao intérprete dar interpretação extensiva ao texto legal. Portanto, a parcela do ISS integra o preço dos serviços prestados, compondo, por conseguinte, a receita ou o faturamento da empresa, não sendo passível de exclusão da base de cálculo do PIS e da COFINS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A autora embasa suas alegações em recente decisão do STF no Recurso Extraordinário nº 240.785. Entretanto, o processo encontra-se pendente de julgamento com pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes. Não havendo decisão definitiva acerca da matéria, mantenho o entendimento supracitado.

Por fim, sob a égide da nova legislação não pairam mais dúvidas acerca da matéria. As Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003 atualmente regulamentadoras do PIS e da COFINS, prevêm expressamente a incidência das contribuições sobre a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação contábil.

A rigor, a contribuinte não discute o conteúdo dessa legislação federal, mas impugna sua validade à luz do art. 195, I, "b", da Constituição Federal. Segundo a empresa, o conceito constitucional de faturamento, para fins de cobrança da contribuição, não admite a inclusão do valor relativo ao ISS.

Para que não haja dúvidas, transcrevo trechos da petição de Recurso Especial (fl. 1.402 – grifei):

Destarte, vulnerado o citado art. 195, I, "b", da Constituição Federal, visto que a inclusão do ICMS (sic) na base de cálculo das contribuições previdenciárias PIS e COFINS não se amolda ao conceito de faturamento, sendo tal já delimitado pelo STF, bem assim o art. 535, II, CPC, quando não explicitados no acórdão os arts. 145, inciso III, § 1º, e 239 da Constituição Federal; arts. 110, 146, 150, § 1º, e 160, inciso I, do CTN e 46 do CPC, face a negativa ao direito de compensação, CONTRARIANDO o art. 74, da Lei 9.430/96 e, conseqüentemente os artigos 3º e 4º da Lei Complementar nº 118/05 fustigaram a interpretação já pacífica ense Sodalício a respeito do prazo para repetição do indébito tributário.

De fato, a recorrente afirma com todas as letras que a "inclusão [do ISS] na base de incidência do PIS/COFINS não [foi] recepcionada (sic) pelo art. 195, I, "b", da CF" (fl. 1.403).

O fundamento recursal é claramente constitucional, o que afasta a competência do STJ. A menção ao art. 110 do CTN (fl. 1.411) não tem o condão de possibilitar o conhecimento do Recurso Especial, pois remete à disposição constitucional que fixa a competência tributária relativa à contribuição:

PROCESSO CIVIL - TRIBUTÁRIO - ICMS - IMPORTAÇÃO
- DESEMBARAÇO ADUANEIRO - INCIDÊNCIA - ART. 108, § 1º DO CTN



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- PREQUESTIONAMENTO - INEXISTÊNCIA - ART. 110 DO CTN -
MATÉRIA CONSTITUCIONAL - ACÓRDÃO - OMISSÃO -
NÃO-OCORRÊNCIA.

(...)

2. O art. 110 do CTN veicula norma que versa sobre os limites da competência tributária concorrente, ostentando caráter constitucional e, por isso, insuscetível de conhecimento na via do recurso especial.

(...)

5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido.

(REsp 1137033/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/03/2010, DJe 22/03/2010)

Finalmente, como relatado, a contribuinte discorre sobre a "legislação afeta à COFINS e sua base de incidência" (fls. 1.413 e seguintes) e acerca da "legislação afeta ao PIS e sua base de incidência" (fls. 1.417), além de dissertar sobre o entendimento do STF (fls. 1.421 e seguintes).

Apesar de citar diversas normas federais, não aponta objetivamente se alguma delas teria sido violada e de que forma, o que impede, mais uma vez, o conhecimento do Recurso Especial, nos termos da Súmula 284/STF.

Diante do exposto, **conheço parcialmente do Recurso Especial e, nessa parte, dou-lhe parcial provimento, apenas para reconhecer que o art. 3º da LC 118/2005 aplica-se apenas aos pagamentos indevidamente realizados a partir de 9.6.2005.**

É como **voto**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2009/0127300-9

REsp 1147392 / RS

Número Origem: 200871070023960

PAUTA: 18/05/2010

JULGADO: 18/05/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : RANDON S/A IMPLEMENTOS E PARTICIPAÇÕES
ADVOGADO : FÁBIO ROGÉRIO HARDT E OUTRO(S)
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ISS/ Imposto sobre Serviços

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, deu-lhe parcial provimento, nos termos do voto do(a) Sr.(a) Ministro(a)-Relator(a).

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 18 de maio de 2010

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária