



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.176.627 - RS (2010/0009596-0)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO : AUTO POSTO COPELLI LTDA
ADVOGADO : ISAIAS GRASEL ROSMAN E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. COFINS. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA. ART. 3º, I, DA LEI 9.718/19. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO STF. RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO. POSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. MATÉRIA PRECLUSA.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. Inexiste contradição em afastar a alegada violação do art. 535 do CPC e, ao mesmo tempo, não conhecer do mérito da demanda por ausência de prequestionamento, desde que o acórdão recorrido esteja adequadamente fundamentado, como ocorre no caso concreto.

3. Hipótese em que o Tribunal *a quo* consignou que a matéria trazida nos aclaratórios, referente ao desrespeito à regra do art. 293 do CPC, encontra-se preclusa, uma vez que não aduzida nas contra-razões da Apelação.

4. Não há falar em ofensa ao *princípio da adstrição do magistrado aos pedidos formulados na inicial*, nos casos em que a) se pleiteia o reconhecimento do direito à restituição da Cofins (recolhida nos termos da Lei 9.718/1998 e não enquadrada nos ditames da Lei Complementar 70/1991) e b) o Tribunal *a quo* atém-se a declarar o direito de compensação dos valores referentes à Cofins, pagos indevidamente por força da norma inconstitucional.

5. Acrescente-se que a jurisprudência do STJ é firme no sentido de que a inconstitucionalidade de lei é tema passível de apreciação em qualquer momento e grau de jurisdição.

6. Agravo Regimental não 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, negou provimento ao agravo regimental, 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, 06 de abril de 2010(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN, Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.176.627 - RS (2010/0009596-0)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO : AUTO POSTO COPELLI LTDA
ADVOGADO : ISAIAS GRASEL ROSMAN E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN: Trata-se de Agravo Regimental interposto contra decisão monocrática (fls. 352-356, e-STJ) que negou seguimento ao Recurso Especial, com base nos seguintes fundamentos: a) inexistência de omissão a ser sanada no acórdão recorrido, b) ausência de prequestionamento do art. 293 do CPC e c) "tendo o recorrido pleiteado, expressamente, a restituição de todas as importâncias pagas a título de Cofins recolhidas nos moldes da Lei 9.718/1998, que não estejam enquadrados nos termos da Lei Complementar 70/1991, não há falar em inovação do pedido no ponto, se o Tribunal *a quo*, com fundamento da Declaração de Inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/1998, reconhecida pelo Pleno do STF, declara o direito de compensação das diferenças da Cofins recolhidas com base em norma inconstitucional" (fl. 354, e-STJ).

Inconformada, a Fazenda Nacional alega que "se afigura, no caso dos autos, mutuamente excludentes as assertivas de ausência de prequestionamento e de ausência de afronta ao art. 535 do CPC" (fl. 363, e-STJ).

Sustenta, ainda, que "a União não se insurge quanto ao fato de que a inconstitucionalidade de lei é tema passível de ser apreciado em qualquer grau de jurisdição", mas sim em relação ao desrespeito ao art. 293 do CPC e ao princípio da adstrição do magistrado aos pedidos formulados na inicial" (fl. 368, grifos do original).

Pleiteia a reconsideração do *decisum* ou a submissão do Recurso à Turma. É o **relatório**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.176.627 - RS (2010/0009596-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 11.3.2010.

O Agravo Regimental não merece prosperar, pois a ausência de argumentos hábeis para alterar os fundamentos da decisão ora agravada torna incólume o entendimento nela firmado. Portanto não há falar em reparo na decisão, pelo que reitero o seu teor:

Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição da República, contra acórdão assim ementado:

COFINS . COMBUSTÍVEIS DERIVADOS DE PETRÓLEO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA "PARA A FRENTE". HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

Até julho de 2000, os comerciantes varejistas de combustíveis derivados de petróleo ostentavam a condição de substituídos tributários. Com a edição da Lei nº 9.990/2000 o tributo passou a ser exigido diretamente da refinaria, desonerando os demais integrantes da cadeia de operações com derivados de petróleo. Ela é a única responsável tributária. E somente ela possui legitimidade para buscar a ilegalidade da cobrança do PIS/COFINS incidentes sobre a venda de combustíveis e derivados de petróleo. Após a Lei nº 9.990/2000 a distribuição e a venda de combustíveis no varejo não são mais considerados fatos geradores presumidos de tais tributos. Assim, os distribuidores e comerciantes varejistas não são, sequer substituídos tributários.

É entendimento desta Turma que os honorários devem ser arbitrados em 10% sobre o valor da causa ou da condenação, somente afastando-se desse critério quando tal valor for excessivo ou restar muito aquém daquilo que efetivamente deveria receber o advogado. Na hipótese dos autos, considerando o valor da causa R\$ 3.000,00 e o conteúdo econômico efetivamente pretendido com a demanda, tenho que a quantia fixada (R\$ 1.500,00) está a remunerar suficientemente o patrono do vencedor, sem onerar demasiadamente o vencido, nos termos dos §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC, e na esteira dos precedentes desta Turma (fl. 169).

A Fazenda Nacional sustenta ter ocorrido violação dos arts. 293 e 535, II, do CPC. Alega, em suma:

(...) se o TRF/4ª Região expressamente reconhece a inovação recursal, tal como constou na fundamentação do acórdão, fls. 259, não deveria, por força dos artigos 128 e 293 do CPC, ter conhecido do apelo no ponto em que excede o exposto na petição inicial, o que implica no conhecimento e provimento dos embargos de declaração da Fazenda Nacional, para restringir os limites da procedência da ação, tal como requerido já na petição de fls. 168/171 (fl. 318).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Os Embargos de Declaração de fls. 292-295 foram rejeitados (fls. 296-300) e ambos os aclaratórios juntados às fls. 219-222 e 171-182, parcialmente acolhidos (fls. 203-217 e 284-290).

As contra-razões foram apresentadas (fls. 322-333).

É o **relatório**.

Decido.

Os autos foram recebidos neste Gabinete em 1º.2.2010.

Busca-se, nos autos, a compensação da COFINS recolhida nos moldes da Lei 9.718/1998, naquilo que excede as disposições insertas na Lei Complementar 70/1970, até a edição da Lei 10.833/2003.

O Tribunal *a quo* acolheu os Embargos de Declaração interpostos por Auto Posto Copelli Ltda., atribuindo efeitos infringentes ao acórdão que apreciou a Apelação, para declarar a inexigibilidade da cobrança do PIS e da Cofins sobre as receitas financeiras auferidas, em face da inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/1998.

Instado a se manifestar sobre suposta inovação do pedido em Apelação, a Corte local asseverou que, de fato, houve alteração da causa de pedir, o que conduziu ao provimento dos embargos de declaração com efeitos infringentes, contudo, a matéria encontra-se acobertada pela preclusão, porquanto não aduzida no momento adequado, a saber, nas contra-razões de Apelação.

Inconformada, a recorrente interpõe Recurso Especial com fulcro na alínea "a" do permissivo constitucional, sob o argumento de que o aresto recorrido ofendeu os arts. 293 e 535, II, do CPC, uma vez que "os limites da devolução recursal estão intrinsecamente vinculados aos limites do próprio pedido da ação, como se depreende do artigo 293, que estabelece que o pedido deve ser interpretado de forma restritiva" (fl. 317, grifos do original).

Todavia a irresignação não merece prosperar.

Constato que não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.

Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Nesse sentido: REsp 927.216/RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13/8/2007; e REsp 855.073/SC, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 28/6/2007.

Na hipótese dos autos, a agravante insurgiu-se contra o julgamento dos dois Embargos de Declaração interpostos, com base no argumento de que os julgados foram omissos quanto à alegação de que a inovação do pedido em Apelação, consistente na informação relativa à existência de sentença proferida em Mandado de Segurança reconhecendo o direito da recorrida de compensar os valores da Cofins recolhidos indevidamente, não poderia ter sido considerada pelo Tribunal *a quo*, sob pena de supressão de instância.

O Tribunal local acolheu parcialmente os aclaratórios apenas para esclarecer que a questão relativa à inovação na causa de pedir, se algum prejuízo tivesse trazido à ora recorrente, deveria ter sido suscitada em contra-razões de Apelação, o que não ocorreu. Sendo assim, não poderia ser apreciada naquela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fase processual, uma vez que incide na espécie a preclusão consumativa. Transcrevo o excerto do acórdão, da lavra do Des. Federal Vilson Darós (fl. 286):

Assevera a União que houve inovação no pedido em sede de recurso de apelação, alterando-se a causa de pedir, o que conduziu ao provimento dos embargos de declaração interpostos pela empresa com efeito infringente.

Efetivamente, ocorreu esse fato. A inicial, em nenhum momento, refere a existência de mandado de segurança julgado favoravelmente à autora. Isso somente aparece nas razões de apelação (fls. 101 e seguintes). A sentença também silencia a respeito (fls. 93/96).

No entanto, tal circunstância, se algum prejuízo tivesse sido trazido à ora embargante, deveria ter sido atacada pelo competente recurso. Isso não foi feito pela União, deixando de suscitar essa questão em embargos de declaração de embargos de declaração, o que, por evidente, não pode ser conhecida por já estar preclusa, não servindo para tanto referência na impugnação aos embargos de declaração.

Não conheço, assim, deste argumento.

Denota-se da leitura da transcrição supracitada que as questões foram enfrentadas, de forma clara e expressa, pelo aresto recorrido, à medida que assentou que a matéria encontra-se preclusa e que é irrelevante para a solução da causa.

É cediço que os Embargos de Declaração prestam-se a esclarecer, se existentes, dúvidas, omissões ou contradições no julgado, e não para que se confirme a decisão ao entendimento do embargante, como pretende a Fazenda Nacional.

No que se refere à suposta afronta ao art. 293 do CPC, melhor sorte não socorre a recorrente, tendo em vista que o Tribunal de origem em momento algum se pronunciou sobre o referido dispositivo legal. Não se cumpriu, portanto, o requisito do prequestionamento. É inviável este Superior Tribunal analisar suposta violação de dispositivo legal não apreciado pela instância local, sob pena de esbarrar no óbice da Súmula 282/STF.

Ademais, ainda que superado esse óbice, tendo o recorrido pleiteado, expressamente, a restituição de todas as importâncias pagas a título de Cofins recolhidas nos moldes da Lei 9.718/1998, que não estejam enquadrados nos termos da Lei Complementar 70/1991, não há falar em inovação do pedido no ponto, se o Tribunal *a quo*, com fundamento da Declaração de Inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/1998, reconhecida pelo Pleno do STF, declara o direito de compensação das diferenças da Cofins recolhidas com base em norma inconstitucional.

Outrossim, consoante a orientação do STJ, a inconstitucionalidade de lei é tema passível de ser apreciado em qualquer grau de jurisdição.

A propósito

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA INSTITUIDORA DO TRIBUTO APÓS O JULGAMENTO DOS EMBARGOS. INOVAÇÃO DO PEDIDO. INOCORRÊNCIA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC.

1. Cuida-se de recurso especial interposto por Kisolda Oxigênio Indústria e Comércio Ltda. contra acórdão do TRF da 4ª Região que, por unanimidade, reformou a decisão de primeiro grau, por entender: a) a alegação de que a contribuição exigida é inconstitucional não foi objeto de formulação no âmbito da inicial, constituindo inovação à lide; b) em face do que dispõe o art. 41, "caput", da Lei n. 6.830/80 a embargante tinha plenas condições de conhecer do conteúdo do processo administrativo referente à dívida executada; c) a CDA goza dos requisitos legais; d) a multa prevista no art. 35, III, "c", da Lei n. 9.528/97 deve ser reduzida para o patamar de 40% (quarenta por cento). Alega-se negativa de vigência dos artigos 16 da Lei n. 6.830/80, 126, 128, 245, 267, § 3º, 301, III, § 4º, 295, parágrafo único, 300, II, 535, II, do CPC e divergência jurisprudencial. Defende, em síntese, que: a) seja o acórdão atacado anulado por não haver sido suprido o vício da omissão; b) cabe ao juízo pronunciar-se de ofício acerca da inconstitucionalidade da exação cobrada; c) o tema pode ser ventilado em réplica ou mesmo em apelação, como no caso; d) este Tribunal já decidiu questão similar no julgamento do REsp 924.946/RR.

2. Se não houve omissão no acórdão a ser suprida pelo recurso integrativo, é inoportuna a alegação de ofensa do art. 535, II, do CPC.

3. A questão vertente à inconstitucionalidade do art. 3º, I, da Lei n. 7.787/89, suscitada em réplica e na apelação interposta pela recorrente, deve ser enfrentada pelo TRF da 4ª Região, porquanto tal argumento não se trata de inovação do pedido e, se confirmado, fulmina a exigibilidade do crédito vindicado pela Autarquia Previdenciária. 4. Nesse sentido, o entendimento da Primeira Turma deste Tribunal: - In casu, a inconstitucionalidade das exações argüidas na presente demanda infirma a exigibilidade do próprio título em que aquela se funda, autorizando-se que a referida matéria seja apreciada pelo Tribunal a quo, não obstante não tivesse sido articulada na exordial dos embargos à execução. Isto porque ao juiz é dado acatar o pedido do autor com base em fundamentos diversos dos veiculados pela parte, mas cognoscíveis de ofício consoante o brocardo latino iura novit curia.

- Nesse segmento, é cediço que as matérias de ordem pública, cognoscíveis de ofício pelo juiz, que versem sobre questão de viabilidade da execução - liquidez e exigibilidade do título, condições da ação e pressupostos processuais -, não são suscetíveis à ocorrência da preclusão. (REsp 868.819/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 20/09/2007).

- De acordo com a jurisprudência pacificada nesta Corte, a inconstitucionalidade da norma instituidora do tributo pode ser argüida em qualquer momento ou grau de jurisdição, inclusive por meio de exceção de pré-executividade, razão pela qual nada obsta que seja feita em sede de apelação. (AgRg no Ag. 841.774/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 07/05/2007).

4. Recurso especial parcialmente provido. Ausência de violação do art. 535, II, do CPC.

(REsp 1016802/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 21/05/2008, grifei)

Diante do exposto, **nos termos do art. 557, caput, do CPC, nego seguimento ao Recurso Especial.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Publique-se.
Intimem-se.

Ausente a comprovação da necessidade de retificação a ser promovida na decisão agravada, proferida com fundamentos suficientes e em consonância com entendimento pacífico deste Tribunal, não há prover o Agravo Regimental que contra ela se insurge.

Por tudo isso, **nego provimento ao Agravo Regimental.**

É como **voto.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2010/0009596-0

**AgRg no
REsp 1176627 / RS**

Número Origem: 200671170009150

PAUTA: 06/04/2010

JULGADO: 06/04/2010

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 : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO : AUTO POSTO COPELLI LTDA
ADVOGADO : ISAIAS GRASEL ROSMAN E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições - Contribuições Sociais - Cofins

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO : AUTO POSTO COPELLI LTDA
ADVOGADO : ISAIAS GRASEL ROSMAN E OUTRO(S)

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, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Brasília, 06 de abril de 2010

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária