



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.216.222 - PR (2010/0189794-0)

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
RECORRENTE : **SANCCOL LTDA E OUTROS**
ADVOGADO : **FLÁVIO ZANETTI DE OLIVEIRA E OUTRO(S)**
RECORRIDO : **FAZENDA NACIONAL**
ADVOGADO : **PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL**

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. PIS E COFINS. ALTERAÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. LEIS NS. 10.637/02 E 10.833/03. PRINCÍPIO DA HIERARQUIA DAS LEIS. MATÉRIA CONSTITUCIONAL.

1. Não há que se falar em violação ao artigo 535, inciso II, do Código de Processo Civil, uma vez que a Corte regional pronunciou-se expressamente sobre as questões postas à sua apreciação, ainda que de forma contrária à pretensão da ora recorrente, não tendo havido omissão.
2. O Tribunal de origem concluiu que a inconstitucionalidade do artigo 3º, § 1º, da Lei n. 9.718/98 não se estende às Leis ns. 10.637/02 (PIS) e 10.833/03 (COFINS), por possuírem fundamento de validade no artigo 195, inciso I, alínea *b*, da Constituição da República com a novel redação atribuída pela Emenda Constitucional n. 20/98. Presente a fundamentação constitucional no ponto, afasta-se a possibilidade de revisão pelo Superior Tribunal de Justiça.
3. Precedentes: AgRg no REsp 1107936/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 27.5.2009; REsp 1147392/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 1.7.2010; e EDcl no AgRg no Ag 1239175/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 22.2.2011.
4. A questão acerca da inaplicabilidade de norma sob o enfoque do princípio da hierarquia das leis igualmente é de índole constitucional, o que também afasta a competência desta Corte Superior para apreciá-la.
5. Precedentes: AR 4.173/RS, Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 29.4.2011; REsp 1229491/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10.3.2011; e AgRg no REsp 1164449/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 4.2.2011.
6. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque."

Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Castro Meira, Humberto Martins (Presidente) e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de junho de 2011.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES , Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.216.222 - PR (2010/0189794-0)

RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
RECORRENTE : SANCCOL LTDA E OUTROS
ADVOGADO : FLÁVIO ZANETTI DE OLIVEIRA E OUTRO(S)
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto por Sanccol Ltda. e outros em face de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPENSAÇÃO. ADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL ELEITA. SÚMULA Nº 213 DO STJ. PIS. COFINS. PRESCRIÇÃO. DECADÊNCIA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. ARTIGO 4º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/05. LEI Nº 9.718/98. INCONSTITUCIONALIDADE. LEIS Nº 10.637/02 E 10.833/03. ALTERAÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. LEI Nº 10.637/02. CORREÇÃO MONETÁRIA..

1. Dispõe a Súmula nº 213 do Superior Tribunal de Justiça: "*O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.*"

2. Os tributos sujeitos a lançamento por homologação atribuem ao contribuinte o dever de antecipar o pagamento, sem prévio exame da autoridade administrativa. Não ocorrendo a homologação expressa do lançamento, considera-se homologado tacitamente e extinto definitivamente o crédito no prazo de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN). Logo, a extinção do direito de pleitear a restituição de tributo sujeito a lançamento por homologação, quando esta não se efetiva de forma expressa, ocorrerá após o transcurso do prazo de cinco anos (art. 168, I, do CTN), contados da data em que se deu a homologação tácita.

3. A modificação operada pelo art. 3º, da Lei Complementar nº 118/03, é aplicável somente às ações ajuizadas sob sua vigência.

4. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, que, alterando as Leis Complementares nºs 07 e 70, ampliou a base de cálculo das contribuições ao PIS e COFINS, criando nova fonte de custeio da seguridade, o que somente pode ser feito por meio de lei complementar, nos termos do parágrafo 4º do artigo 195 da Constituição Federal (Recursos Extraordinários nºs 346.084, 358.273, 357.950 e 390.840).

5. A inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º, da Lei nº 9.718/98, não se estende às Leis nºs 10.637/2002 (PIS) e 10.833/2003 (COFINS), por possuírem fundamento de validade no artigo 195, inciso I, alínea 'b', da Constituição Federal, na redação conferida pela Emenda Constitucional nº 20/98.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. A compensação é viável apenas após o trânsito em julgado da decisão, devendo ocorrer de acordo com o previsto na Lei nº 10.637/02.

7. Conforme o disposto na Súmula nº 162 do STJ, a atualização monetária incide desde a data do pagamento indevido do tributo, até a sua efetiva restituição ou compensação".

Houve a oposição de aclaratórios, os quais foram acolhidos em parte pelo Tribunal de origem, cuja ementa é a seguinte:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. ART. 9º, DA LEI 9.718/98. ART. 30, DA MP 2.158/35. PREQUESTIONAMENTO.

1. É cabível a cobrança de COFINS, com base no art. 9º, da Lei 9.718/98, referente às atividades da empresa que se enquadram no mesmo.

2. O fato de a solução da controvérsia ter merecido tratamento jurídico diverso do preconizado pelo embargante não tem o condão de tornar o acórdão omisso, à medida em que o juízo não está vinculado aos dispositivos legais indicados pela parte em seu recurso.

3. Estando resolvida a questão de fundo, não se mostra necessária a manifestação expressa acerca de todos os argumentos expendidos - em especial os vencidos - e preceitos legais envolvidos, até mesmo por não obstar a interposição de recurso especial ou extraordinário.

4. Contudo, considerando o rigorismo das Cortes Superiores, quanto aos requisitos de admissibilidade dos recursos, consubstanciado nas Súmulas nº 282 e 356 do STF, bem como nas Súmulas nº 98 e 211 do STJ, considero prequestionados os dispositivos mencionados pela embargante no presente recurso.

5. Embargos de declaração acolhidos em parte, para suprir a omissão referente ao art. 9º, da Lei 9.718/98, art. 30, da MP 2.158/35 e para os fins de prequestionamento".

No recurso especial, manifestado com fulcro nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, sustentam as recorrentes que *"impetraram ação mandamental, visando obter o reconhecimento da inconstitucionalidade e ilegalidade da exigência do PIS e da COFINS sobre receitas que desbordem do conceito de faturamento, assim entendido como resultado das atividades operacionais das empresas, tal qual preconizam as Leis n.ºs 9.718/98, 10.637/02 e 10.833/03 e MP n.º 1.858-10 e reedições (sendo a última a MP n.º 2.158-35) e, de consequência, do seu direito de compensarem os valores recolhidos a maior a partir da competência 02/1999, assim como de proceder ao levantamento dos depósitos judiciais eventualmente realizados no curso da ação"*.

Aduzem, ainda, que *"interpõem o presente recurso especial, porque entendem que, em caráter preliminar, é de ser reconhecida a nulidade parcial do v. acórdão que julgou*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

os embargos de declaração (DJe de 12.05.10), no ponto em que promoveu apenas o prequestionamento genérico dos vários dispositivos arrolados nos declaratórios. Além disso, ao deixar de reconhecer a inexigibilidade do PIS e da COFINS na forma como estabelecido pelos arts. 1º, §§ 1º e 2º, da Lei n.º 10.637/02; 1º, §§ 1º e 2º, da Lei n.º 10.833/03 e 30 da MP n.º 1.858-10 e reedições (sendo a última a MP n.º 2.158-35), o v. acórdão a quo violou dispositivos de lei federal, contrariando decisões dessa Colenda Corte".

Contrarrazões às fls. 892/906 (e-STJ).

Juízo positivo de admissibilidade às fls. 931/932 (e-STJ).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.216.222 - PR (2010/0189794-0)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. PIS E COFINS. ALTERAÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. LEIS NS. 10.637/02 E 10.833/03. PRINCÍPIO DA HIERARQUIA DAS LEIS. MATÉRIA CONSTITUCIONAL.

1. Não há que se falar em violação ao artigo 535, inciso II, do Código de Processo Civil, uma vez que a Corte regional pronunciou-se expressamente sobre as questões postas à sua apreciação, ainda que de forma contrária à pretensão da ora recorrente, não tendo havido omissão.
2. O Tribunal de origem concluiu que a inconstitucionalidade do artigo 3º, § 1º, da Lei n. 9.718/98 não se estende às Leis ns. 10.637/02 (PIS) e 10.833/03 (COFINS), por possuírem fundamento de validade no artigo 195, inciso I, alínea *b*, da Constituição da República com a novel redação atribuída pela Emenda Constitucional n. 20/98. Presente a fundamentação constitucional no ponto, afasta-se a possibilidade de revisão pelo Superior Tribunal de Justiça.
3. Precedentes: AgRg no REsp 1107936/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 27.5.2009; REsp 1147392/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 1.7.2010; e EDcl no AgRg no Ag 1239175/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 22.2.2011.
4. A questão acerca da inaplicabilidade de norma sob o enfoque do princípio da hierarquia das leis igualmente é de índole constitucional, o que também afasta a competência desta Corte Superior para apreciá-la.
5. Precedentes: AR 4.173/RS, Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 29.4.2011; REsp 1229491/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10.3.2011; e AgRg no REsp 1164449/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 4.2.2011.
6. Recurso especial não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

Não prospera a pretensão recursal.

Inicialmente, apontam as recorrentes violação ao artigo 535, inciso II, do Código de Processo Civil, sustentando que:

A relevância da análise das matérias relacionadas aos dispositivos genericamente prequestionados está posta nos próprios embargos protocolados em 09.07.07, valendo a transcrição do seguinte trecho, como forma de evidenciar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o prejuízo causado pelo v. acórdão que os julgou:

"5. Ainda, defenderam as ora Embargantes que as modificações levadas a efeito pelos arts. 2º, 3º, § 1º e 9º, da Lei n.º 9.718/98; 30, caput, da MP n.º 1.858-10 e reedições, 1º, § 1º e 2º, da Lei n.º 10.637/2002 e 1º, § 1º e 2º da Lei n.º 10.833/2003, no fato gerador e na base de cálculo do PIS e da COFINS deveriam ter sido veiculadas por meio de lei complementar, uma vez que todos os seus aspectos estavam definidos nas Leis Complementares n.º 07/70 (art. 3º, b) e n.º 70/91 (art. 2º, caput), sob pena de ofensa ao princípio da hierarquia das leis e a tais dispositivos legais, bem como aos artigos 59 e 69, da CF/88.

(...)

6. Por fim, defenderam as empresas Embargantes que as alterações promovidas pelas Leis n.º 9.718/98, 10.637/02 e 10.833/03, bem como MP n.º 1.858-10 (e reedições) implicaram em violação aos artigos 108, § 1º e 110, do CTN.

Isso porque a referida legislação promoveu a majoração do conceito de faturamento, instituto originário do direito mercantil/comercial, o que é vedado pelo Código Tributário Nacional.

No entanto, a Corte de origem pronunciou-se expressamente sobre tais pontos, considerando que (e-STJ fls. 684/685):

A questão, em face do precedente de tal aporte, restou definitivamente solucionada pela Suprema Corte, sendo inconstitucional o § 1.º do art. 3.º da Lei n.º 9.718/98, devendo ser entendido como receita bruta ou faturamento o que decorrer da venda de mercadorias, de mercadorias e serviços ou da venda de serviços, não se considerando receita bruta de natureza diversa. Resta superado no tópico, desta forma, o julgamento pela rejeição da Arguição de Inconstitucionalidade na AMS n.º 1999.04.01.080274-1 por este Tribunal, não havendo mais razão para observar a regra da reserva do Plenário, porque nos termos do art. 102 do texto constitucional, a guarda da Constituição cabe ao Supremo Tribunal Federal. Afastada, de outra banda, qualquer possibilidade de admitir-se a constitucionalização de diploma que, no seu nascedouro, mostrou-se em conflito com a Constituição Federal, em face do advento da Emenda Constitucional n.º 20/1998.

Consequência lógica de tudo isso é que a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei n.º 9.718/98, não se estende às Leis n.ºs 10.637/02 (PIS) e 10.833/03 (COFINS), justamente por possuírem fundamento de validade no artigo 195, inciso I, alínea 'b', da Constituição com a novel redação atribuída pela Emenda Constitucional n.º 20/98. Assim, posteriormente ao advento das leis referidas, é legítima a cobrança do PIS e da COFINS tendo como base de cálculo o total das receitas aferidas pela pessoa jurídica, independente de sua denominação ou classificação contábil. É de se observar que a Lei n.º 10.637/02 (MP n.º 66, de 29 de agosto de 2002) passou a vigorar em 1º de dezembro de 2002 e a Lei n.º 10.833/03 (MP n.º 135/2003) em 1º de fevereiro de 2004, no regime da não-cumulatividade.

Resumindo, a parte poderá compensar os valores recolhidos indevidamente na forma do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98: a) quanto ao PIS, até o início da vigência da Lei 10.637/02, ou seja, até 1º de dezembro de 2002; b) quanto à COFINS, até o início da vigência da Lei n. 10.833/03, ou seja, até 1º de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fevereiro de 2004.

Majoração da alíquota da COFINS:

Pelos fundamentos anteriormente afirmados e na linha de entendimento do c. Supremo Tribunal Federal, o art. 195 da Constituição não exige lei complementar para disciplinar as contribuições de custeio da Seguridade Social previstas nos incisos I, II e III, aplicando-se a elas o princípio geral da legalidade tributária previsto no art. 150, inciso I, da Carta Constitucional, sendo suficiente lei ordinária para instituí-las ou modificá-las. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE n.º 336.131-1/RS, já teve oportunidade de declarar a constitucionalidade art. 8º e § 1º da Lei 9.718/1998, legitimando a majoração da alíquota da COFINS para 3% (três por cento).

Ademais, quando do julgamento dos embargos declaratórios, a Corte de origem integrou o aresto, deixando expresso que (e-STJ fls. 738/739):

Quanto à alegação da ora embargante de omissão do r. acórdão acerca dos arts. 9º, da Lei 9.718/98 e 30, *caput*, da MP 1.858/10, entendo que merece prosperar, em parte, o recurso.

Pretende a autora ver reconhecida a inexigibilidade da COFINS incidente sobre as receitas que desdobrem do conceito de faturamento.

O artigo 9º da Lei nº 9.718/98 determina que as variações cambiais devem ser computadas na base de cálculo do PIS e da COFINS como receitas financeiras:

Lei nº 9.718/98

Art. 9º - As variações monetárias dos direitos de crédito e das obrigações do contribuinte, em função da taxa de câmbio ou de índices ou coeficientes aplicáveis por disposição legal ou contratual serão consideradas para efeitos da legislação do imposto de renda, da contribuição social sobre o lucro líquido, da contribuição PIS/PASEP e da COFINS, como receitas ou despesas financeiras, conforme o caso.

Logo, uma vez que se entendeu inconstitucional o alargamento da base de cálculo do PIS e da COFINS para abranger a totalidade das receitas, ficando, pois, restrita ao faturamento, tem-se que tais valores não podem ser computados para efeitos de cálculo das referidas contribuições, por não decorrerem da venda de mercadorias, de mercadorias e serviços e da prestação de serviços.

A questão ganha contornos distintos com o advento da EC nº 20/98 que alterou validamente o artigo 195, I, da CF/88, estendendo a incidência das contribuições em foco para alcançar também a receita da pessoa jurídica.

Em 26/10/1999 foi editada a Medida Provisória nº 1.858-10, atual MP nº 2.158/2001, que em seu art. 30 dispõe:

MP nº 2.158/35

Art. 30. A partir de 1º de janeiro de 2000, as variações monetárias dos direitos de crédito e das obrigações do contribuinte, em função da taxa de câmbio, serão consideradas, para efeito de determinação da base de cálculo do imposto de renda, da contribuição social sobre o lucro líquido, da contribuição para o PIS/PASEP e COFINS, bem assim da determinação do lucro da exploração, quando da liquidação da correspondente operação.

Assim, quando do advento da MP nº 1.858-10 já existia fundamento de validade para essa tributação com relação à COFINS, que continuou regidos pelas LC nº 07/70 e 70/91, as quais, como dito, podem ser alteradas por lei ordinária.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Desta forma, **é cabível a cobrança de COFINS à atividade operacional da empresa impetrante**, conforme os fundamentos acima expostos.

Dessa forma, não há que se falar em violação ao artigo 535, inciso II, do Código de Processo Civil, uma vez que a Corte regional pronunciou-se expressamente sobre as questões postas à sua apreciação, ainda que de forma contrária à pretensão da ora recorrente, não tendo havido omissão. Neste sentido, existem diversos precedentes desta Corte:

ADMINISTRATIVO – EXECUÇÃO NÃO EMBARGADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – OBRIGAÇÃO DE PEQUENO VALOR - INCIDÊNCIA - AINDA QUE DERIVADOS OS EMBARGOS DE AÇÃO MANDAMENTAL - AFASTAMENTO DA APLICAÇÃO DA MP N. 2.180-35/2001 - ENTENDIMENTO DO STF.

1. O conhecimento de recurso fundado em divergência pretoriana requer a devida observância dos requisitos prescritos nos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, § 2º, do RISTJ, o que não ocorreu no caso.

2. **Não cabe falar em ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil quando o Tribunal de origem se pronuncia de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos.** Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão, o que de fato ocorreu.

3. No caso dos autos, não deve ser afastada a fixação da verba honorária, uma vez que não se aplica a Medida Provisória n. 2.180-35/01, com interpretação do art. 1º-D da Lei n. 9.494/97, por se tratar de obrigações de pequeno valor.

4. Esta Corte entende que, quanto à fixação de verba honorária, embora sejam os embargos à execução opostos em ação mandamental, incide regra geral insculpida no art. 20 do Código de Processo Civil. Assim, no caso, é devida a condenação em honorários advocatícios.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.132.690/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 10.3.2010). Grifou-se.

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ASCENSÃO FUNCIONAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA. NÃO-OCORRÊNCIA. OFENSA AO ART. 535, II, DO CPC. AUSÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Os embargos de declaração têm como objetivo sanar eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes na decisão recorrida. **Não há omissão quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão.**

2. Não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional.

3. Os atos administrativos praticados anteriormente ao advento da Lei 9.784/99 também estão sujeitos ao prazo decadencial quinquenal de que trata seu art. 54. Todavia, nesses casos, tem-se como termo a quo a entrada em vigor de referido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diploma legal.

4. O Ministério Público Federal possui legitimidade para propor ação civil pública para anular concurso realizado sem a observância dos princípios estabelecidos na Constituição Federal. Precedentes do STJ.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag 998.628/GO, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 29.3.2010). Grifou-se.

Alegam as recorrentes, ainda, que houve, na espécie, contrariedade aos artigos 3º, alínea *b*, da Lei Complementar n. 7/70, 2º da Lei Complementar n. 70/91; 108, § 1º, e 110 do Código Tributário Nacional, sustentando que (e-STJ fls. 763/764):

Ao decidir que as Leis n.ºs 10.637/2002 e 10.833/2003, assim como a MP n.º 1.858-10 e reedições, normas de natureza ordinária, são aptas a veicular alterações na base de cálculo e na sistemática de cobrança do PIS e da COFINS, ambos introduzidos no ordenamento por lei complementar, o v. acórdão recorrido promove contrariedade à própria legislação de regência das contribuições em comento, em flagrante violação ao princípio da hierarquia entre as normas.

E a solução de controvérsias envolvendo o conflito entre normas de diferentes hierarquias é de competência dessa Colenda Corte, (...)

No entanto, o Tribunal de origem concluiu que a inconstitucionalidade do artigo 3º, § 1º, da Lei n. 9.718/98 não se estende às Leis ns. 10.637/02 (PIS) e 10.833/03 (COFINS), por possuírem fundamento de validade no artigo 195, inciso I, alínea *b*, da Constituição da República com a novel redação atribuída pela Emenda Constitucional n. 20/98.

Confira-se, por oportuno, excerto do voto condutor que bem elucida a questão (e-STJ fls. 684/685):

Daí a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei n.º 9.718/98. Nessa parte, provejo o recurso extraordinário e com isso acolho o pedido formulado na inicial, referente à base de cálculo da contribuição, ou seja, para que se entenda, como receita bruta ou faturamento, o que decorra quer da venda de mercadorias, quer da venda de mercadorias e serviços, quer da venda de serviços, não se considerando receita bruta de natureza diversa."

A questão, em face do precedente de tal aporte, restou definitivamente solucionada pela Suprema Corte, sendo inconstitucional o § 1.º do art. 3.º da Lei n.º 9.718/98, devendo ser entendido como receita bruta ou faturamento o que decorrer da venda de mercadorias, de mercadorias e serviços ou da venda de serviços, não se considerando receita bruta de natureza diversa. Resta superado no tópico, desta forma, o julgamento pela rejeição da Arguição de Inconstitucionalidade na AMS n.º 1999.04.01.080274-1 por este Tribunal, não havendo mais razão para observar a regra da reserva do Plenário, porque nos termos do art. 102 do texto constitucional, a guarda da Constituição cabe ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Supremo Tribunal Federal. Afastada, de outra banda, qualquer possibilidade de admitir-se a constitucionalização de diploma que, no seu nascedouro, mostrou-se em conflito com a Constituição Federal, em face do advento da Emenda Constitucional n.º 20/1998.

Consequência lógica de tudo isso é que a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei n.º 9.718/98, não se estende às Leis n.ºs 10.637/02 (PIS) e 10.833/03 (COFINS), justamente por possuírem fundamento de validade no artigo 195, inciso I, alínea 'b', da Constituição com a novel redação atribuída pela Emenda Constitucional n.º 20/98. Assim, posteriormente ao advento das leis referidas, é legítima a cobrança do PIS e da COFINS tendo como base de cálculo o total das receitas aferidas pela pessoa jurídica, independente de sua denominação ou classificação contábil. É de se observar que a Lei n.º 10.637/02 (MP n.º 66, de 29 de agosto de 2002) passou a vigorar em 1º de dezembro de 2002 e a Lei n.º 10.833/03 (MP n.º 135/2003) em 1º de fevereiro de 2004, no regime da não-cumulatividade.

Resumindo, a parte poderá compensar os valores recolhidos indevidamente na forma do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98: a) quanto ao PIS, até o início da vigência da Lei 10.637/02, ou seja, até 1º de dezembro de 2002; b) quanto à COFINS, até o início da vigência da Lei n. 10.833/03, ou seja, até 1º de fevereiro de 2004.

Presente a fundamentação constitucional no ponto, afasta-se a possibilidade de revisão pelo Superior Tribunal de Justiça. Ganham relevância os seguintes precedentes:

TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. CONCEITO DE FATURAMENTO. LC 70/91 E LEIS 9.718/98, 10.637/02 E 10.833/03. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA HIERARQUIA DAS LEIS. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL AUTÔNOMO CAPAZ DE VIABILIZAR O RECURSO ESPECIAL. COMPETÊNCIA DO STF.

1. A fundamentação da Corte de origem pautou-se, precipuamente, nos seguintes argumentos: "o parágrafo 1º, do art. 3º, da Lei 9.718/98 violou a noção de faturamento pressuposta no art. 195, I, b, da CF, na sua redação original, haja vista ter ampliado o conceito de faturamento para toda e qualquer receita, quando a Constituição Federal falava apenas em faturamento sobre a venda de mercadorias e serviços prestados, não havendo, até então, acrescentado ao art. 195 a incidência das contribuições sociais sobre a receita bruta" e "Ocorre que a Lei 9.718/98, a pretexto de modificar a base de cálculo das contribuições sociais, instituiu, na verdade, uma nova fonte de custeio, pois ultrapassou o conceito de faturamento previsto na Carta Maior; destarte, como seria necessário que esta nova base de cálculo fosse introduzida por uma Lei Complementar, o que não ocorreu, já que a Lei 9.718/98 possui natureza de Lei Ordinária, restaram infringidos os art. 154, I, e 195, parágrafo 4º, da Constituição Federal". Nesse esteio, concluiu que "por não ter a parte agravante procedido ao adequado esclarecimento a respeito da compatibilidade ou não do título executado com a declaração de inconstitucionalidade, pelo STF, da ampliação da base de cálculo do PIS e da COFINS, realizada pelo art. 3º, parágrafo 1º, da Lei 9.718/98."

2. Dessume-se, da análise dos autos, que **a questão controversa foi decidida sob enfoque eminentemente constitucional, inexistindo fundamento**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

infraconstitucional autônomo capaz de viabilizar o trânsito do recurso especial, o que obsta a análise por parte desta Corte sob pena de usurpar a competência do STF.

3. Acórdão assentado em matéria de prova ao consignar que a recorrente não logrou comprovar, apesar de instada a tanto, sobre a compatibilidade ou não do título executado em face da declaração de inconstitucionalidade do STF, sobre a ampliação da base de cálculo do PIS e da Cofins realizada pelo art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/98. Premissa que para ser desconstituída esbarra no teor do verbete sumular 7 do STJ.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1107936/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 27.5.2009). Grifou-se.

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. (REsp 1147392/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 1.7.2010). Grifou-se.

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 535 DO CPC. OMISSÃO CONFIGURADA. IMPUGNAÇÃO AOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITOS INFRINGENTES. NECESSIDADE DE CONTRADITÓRIO. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL DO EGRÉGIO STJ.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando houver no acórdão ou sentença, omissão, contrariedade ou obscuridade, nos termos do art. 535, I e II,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do Código de Processo Civil.

2. Fundando-se o acórdão recorrido em interpretação de matéria eminentemente constitucional, descabe a esta Corte examinar a questão, porquanto reverter o julgado significaria usurpar competência que, por expressa determinação da Carta Maior, pertence ao Colendo STF, e a competência traçada para o STJ, no julgamento de recurso especial, restringe-se unicamente à uniformização da legislação infraconstitucional (Precedentes: REsp. 614.535/DF, Rel. Min. CASTRO MEIRA, 2ª Turma, DJU 01.04.2008, AgRg no REsp. 953.929/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, 2ª Turma, DJU 19.12.07; REsp. 910.621/SP, desta relatoria, 1ª Turma, DJU 20.09.07).

3. A discussão acerca da ofensa ao princípio constitucional da hierarquia das leis e da validade da 9.718/98, ante o conceito de faturamento extraído do art. 195 da CF e posteriores alterações da EC 20/98, por ser de índole eminentemente constitucional, é obstada em sede de recurso especial, sob pena de usurpação da competência do E. Pretório Excelso.

4. Embargos de declaração acolhidos, para negar provimento ao Agravo regimental por outros fundamentos.

(EDcl no AgRg no Ag 1239175/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 22.2.2011). Grifou-se.

Ademais, a questão acerca da inaplicabilidade de norma sob o enfoque do princípio da hierarquia das leis é de índole constitucional, o que também afasta a competência desta Corte Superior para apreciá-la. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. DECADÊNCIA. SÚMULA 401/STJ. CARÊNCIA DE AÇÃO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE ANALISA O MÉRITO. REJEIÇÃO. SOCIEDADES CIVIS. SEGURIDADE SOCIAL. ISENÇÃO TRIBUTÁRIA. **PRINCÍPIO DA HIERARQUIA DAS LEIS. MATÉRIA CONSTITUCIONAL.**

1. É firme no âmbito desta Corte que o termo a quo do prazo decadencial de dois anos para a propositura de ação rescisória é o dia seguinte ao do trânsito em julgado da última decisão proferida na causa, segundo o teor da Súmula 401/STJ. In casu, a ação rescisória foi ajuizada tempestivamente.

2. A decisão monocrática prolatada pelo Relator, Min. José Delgado, analisou o mérito de questão amplamente discutida e sumulada por esta Corte, firmando o entendimento de que a isenção da COFINS, prevista na LC n. 70/91, não poderia ser revogada pela Lei n.

9.430/96, por ferir, frontalmente, o princípio da hierarquia das leis.

3. A apreciação do tema referente à possibilidade de revogação, por lei ordinária (Lei n. 9.430/96), da isenção da COFINS concedida às sociedades civis pela LC 70/91, com base no princípio da hierarquia das leis, é matéria constitucional e de competência do Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

4. Afasta-se a aplicação da Súmula 343/STF, pois a interpretação controvertida diz respeito a texto constitucional.

Ação rescisória procedente.

(AR 4.173/RS, Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 29.4.2011). Grifou-se.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROCESSUAL CIVIL. PRESCRIÇÃO. INTERRUÇÃO. FALÊNCIA. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DECIDIU A CONTROVÉRSIA À LUZ DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. PRINCÍPIO DA HIERARQUIA DAS LEIS. COMPETÊNCIA DO STF.

1. Fundando-se o acórdão recorrido em interpretação de matéria eminentemente constitucional - **in casu**, a (in)aplicabilidade de norma sob o enfoque do princípio da hierarquia das leis -, é vedado a esta Corte examinar a questão, porquanto reverter o julgado significaria usurpar competência atribuída expressamente ao Supremo Tribunal Federal pela Constituição da República, cingindo-se a competência deste Tribunal à uniformização da legislação infraconstitucional.

2. Recurso especial não conhecido.

(REsp 1229491/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10.3.2011). Grifou-se.

TRIBUTÁRIO. 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. COFINS. SHOPPING CENTER. INCIDÊNCIA.

1. 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.

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

3. Incidem PIS e Cofins sobre receitas provenientes da locação de espaço em centro comercial.

4. **Sob pena de invasão da competência do STF, descabe analisar questão constitucional em Recurso Especial (suposta ofensa ao princípio da hierarquia das leis).**

5. Agravos Regimentais não providos.

(AgRg no REsp 1164449/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 4.2.2011). Grifou-se.

Do exposto, voto por NÃO CONHECER do recurso especial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2010/0189794-0

REsp 1.216.222 / PR

Número Origem: 200570000154209

PAUTA: 14/06/2011

JULGADO: 14/06/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : SANCCOL LTDA E OUTROS
ADVOGADO : FLÁVIO ZANETTI DE OLIVEIRA E OUTRO(S)
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições - Contribuições Sociais - PIS

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, não conheceu do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque."

Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Castro Meira, Humberto Martins (Presidente) e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.