

**AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 386.736 - RJ (2013/0279679-9)**

**RELATOR : MINISTRO GURGEL DE FARIA**  
**AGRAVANTE : BANCO ITAUCARD S.A.**  
**ADVOGADOS : ELIANA RACHED TAIAR - SP045362**  
**LEO KRAKOWIAK E OUTRO(S) - RJ002301A**  
**AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL**  
**ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL**

### **DECISÃO**

Trata-se de agravo interno interposto pelo Banco Itaúcard S.A. contra decisão em que se conheceu do agravo para conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento de acordo com os seguintes fundamentos: inexistência de violação do art. 535, inciso II, do CPC/1973, incidência da Súmula 83 do STJ e da Súmula 283 do STF e ausência de interesse recursal.

A parte agravante alega que houve efetiva violação do art. 535 do CPC/1973, na medida em que o Tribunal de origem deixou de se manifestar "[...] quanto ao fato de que a aplicação do precedente RE 566.621 era absolutamente irrelevante para o caso dos autos, tendo em vista que, na realidade, não se pleiteou nos presentes autos a restituição de qualquer valor recolhido fora do prazo de cinco anos previsto no artigo 168, do CTN" (fl. 1.193).

Afirma que a Súmula 83 do STJ não constitui óbice ao exame do recurso especial, pois não trata de ação ajuizada por "operadoras de cartão de crédito e débito", mas sim por banco. Por essa razão, os precedentes citados na decisão são inaplicáveis ao caso dos autos.

Além disso, argumenta que "o precedente RE 578.846 na realidade não tem nenhuma aplicação ao caso dos autos, uma vez que esse precedente tratou da definição da base de cálculo do PIS para as instituições financeiras durante a vigência das EC 01/94, 10/96 e 17/97, não alcançando os fatos geradores ocorridos na vigência da Lei 9.718/98, como no caso dos autos (fato gerador de setembro de 2001)" (e-STJ fls. 1.197/1.198).

Por fim, defende o afastamento da Súmula 283 do STF ao argumento de que não se questionou, no recurso especial, sua inclusão no regime cumulativo de tributação da contribuição ao PIS e da COFINS, conforme determinam o art. 8º da Lei 10.637/2002 e o art. 10 da Lei 10.833/2003, *verbis* (e-STJ fl. 1.199):

O que questionou foi o fato de que a Lei 9.715/98 não se aplica ao Agravante, por expressa previsão da lei, estando ele submetido apenas à Lei nº 9.718/98. De fato, como bem demonstrado no recurso especial e ao contrário do que decidiu o v. acórdão recorrido, não se pode cogitar da aplicação da Lei nº 9.715/98 no caso concreto, uma vez que nos termos do seu artigo 12, este diploma legal não se aplica às pessoas jurídicas de que trata o §1º do artigo 22 da lei nº 8.212/91, como é o caso do Agravante.

# Superior Tribunal de Justiça

Daí por que, requereu que, uma vez afastada a aplicação do §1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98 durante o período questionado na presente ação, tem o Agravante o direito de promover a restituição "da diferença entre os valores de PIS e COFINS calculados e efetivamente recolhidos com base no art. 3º da Lei nº 9.718/98 nos períodos de julho de agosto de 2001 e os valores que seriam efetivamente devidos, com base nas Leis nº 7/70 e 70/91, respectivamente", nos termos do pedido inicial.

Passo a decidir.

Como assinalado na decisão agravada, aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Enunciado Administrativo 2 do Plenário do STJ).

Após nova análise processual, provocada pela interposição do agravo interno, observo que a decisão combatida deve ser reconsiderada.

O recurso especial se origina de ação ajuizada em desfavor da Fazenda Nacional, que objetiva a declaração de inexistência de relação jurídica relativa ao recolhimento da contribuição ao PIS e da COFINS nos termos da Lei 9.718/1998.

No primeiro grau de jurisdição, os pedidos formulados na inicial foram julgados improcedentes (e-STJ fl. 129).

Irresignadas, ambas as partes interpuseram recurso de apelação.

O Tribunal de origem deu parcial provimento à apelação da parte autora para reconhecer "o direito da autora de recolher o PIS e a COFINS sobre seu faturamento nos moldes da LC 07/70 e 70/91, até o início da vigência das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, salvo enquadramento nos artigos 8º e 10 dos respectivos diplomas legais, quando então permanecerá sujeita à legislação vigente anteriormente (sistema cumulatividade/faturamento)" (e-STJ fl. 287). Vejamos, no que interessa, o que está consignado no voto condutor do acórdão recorrido (e-STJ fls. 273/294):

INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718/98.  
INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI Nº 9.718/98.

A Lei n.º 9.718, de 27 de novembro de 1998, estabeleceu, em seu artigo 2º, "que as contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento", correspondente, no dizer de seu artigo 3º e §1º, à "receita bruta", ou seja, à totalidade das receitas auferidas, independentemente "do tipo de atividade exercida e da classificação contábil adotada para as receitas".

Outrossim, elevou a referida lei, a alíquota da COFINS, de dois para três por cento (art. 8º, *caput*), autorizando a sua compensação, em até 1/3 do valor efetivamente pago, com aquele porventura devido a título de Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido – CSLL (§§ 1º ao 4º).

O Supremo Tribunal Federal, concluindo o julgamento do RE 346.084 (rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 9.11.2005), em que se questionava a constitucionalidade das alterações promovidas pela Lei n.º 9.718/98, que

ampliou a base de cálculo da COFINS e do PIS, declarou, por maioria, a inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei n.º 9.718/98.

A Corte Constitucional entendeu que esse dispositivo, ao ampliar o conceito de receita bruta para toda e qualquer receita, violou a noção de faturamento prevista no art. 195, I, “b”, da Constituição Federal, na sua redação original, que equivaleria ao de receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza.

Ressaltou-se, no julgamento, que, a despeito de a norma constante do texto atual do art. 195, I, “b”, da CF/88, na redação dada pela EC 20/98, ser conciliável com o disposto no §1º do art. 3º da Lei n.º 9.718/98, não haveria se falar em convalidação nem recepção deste, eis que eivado de nulidade original insanável, decorrente de sua frontal incompatibilidade com o texto constitucional vigente no momento de sua edição. Afastou-se, ainda, o argumento de que a publicação da EC n.º 20/98, em data anterior ao início de produção dos efeitos da Lei n.º 9.718/98 – o qual se deu em 1º.2.99 em atendimento à anterioridade nonagesimal (CF, art. 195, §6º) – poderia conferir-lhe fundamento de validade, haja vista que a lei entrou em vigor na data de sua publicação (28.11.98), portanto, 20 (vinte) dias antes da EC n.º 20/98.

**Portanto, declarada a inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei n.º 9.718/98, mantém-se a base de cálculo constituída apenas pela receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, nos termos da Lei Complementar n.º 70/91.**

Por outro lado, não há que se falar em inconstitucionalidade formal da Lei n.º 9.718/98.

Apenas a contribuição do § 4º do art. 195 da CF se sujeita à exigência de Lei Complementar, dado que essa instituição deverá observar a técnica da competência residual da União, nos termos do art. 154, inciso I, também da CF.

O fato da instituição da COFINS haver-se dado por meio de lei complementar é irrelevante, na medida em que a Lei Complementar n.º 70/91 é apenas formalmente complementar e pode ser alterada por lei ordinária.

O Supremo Tribunal Federal, inclusive, firmou o entendimento segundo o qual as contribuições sociais previstas no artigo 195, incisos I, II e III, da Constituição Federal, não estão sujeitas à lei complementar, vez que o referido dispositivo refere-se aos “termos da lei”, sem adjetivá-la (RE n. 138.284-8/CE, relator Ministro Carlos Velloso).

Dessa forma, se as contribuições sociais elencadas no referido artigo 195 da Constituição foram introduzidas por lei complementar, embora pudessem sê-las por lei ordinária, não há impedimento à sua alteração por essa forma legislativa, em virtude de possuírem conteúdo de lei ordinária.

Nesse sentido, a propósito, pronunciou-se o eminente Ministro Moreira Alves, relator da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 1/DF, que declarou a constitucionalidade da Lei Complementar n. 70/91 (COFINS):

[...]

**É de se reconhecer, portanto, o direito da autora de recolher o PIS e a COFINS sobre seu faturamento, no tocante à base de cálculo, nos moldes da Lei n.º 9.715/98 e LC n.º 70/91, em substituição ao § 1º do art. 3º da Lei n.º 9.718/98, e de compensar os valores indevidamente recolhidos.**

FATURAMENTO. RECEITA BRUTA. RECEITAS OPERACIONAIS E NÃO-OPERACIONAIS.

**Desde o julgamento da ADC n.º 1-1/DF, o STF já havia firmado entendimento no sentido de inexistir equivalência entre os conceitos de faturamento e receita bruta.**

**Porém, o fato de não ter aplicabilidade o conceito de faturamento trazido pelo art. 3º, § 1º da Lei n.º 9.718/98, de maneira alguma, deve dar margem à conclusão de que as empresas que não se enquadrassem como comerciantes**

**ou prestadoras de serviço estariam fora do âmbito de incidência da COFINS e do PIS, sob o argumento de que tais exações incidem apenas sobre o faturamento mensal, assim considerada apenas a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços, de modo a não abranger as receitas financeiras auferidas.**

O entendimento acerca do conceito de faturamento como sendo a receita bruta decorrente das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços foi firmada, no STF, com base em julgamentos que se referiam ao FINSOCIAL das empresas comerciais, mercantis e mistas, tendo sido a noção de faturamento aferida, portanto, com relação às empresas dessa natureza.

De todo modo, a definição precisa de faturamento consiste na receita obtida em razão do desenvolvimento das atividades que constituem o objeto social da empresa.

Esse foi o sentido em que se manifestou o Eminentíssimo Ministro Cezar Peluso, no RE 346.084:

[...]

O STF, no julgamento do recurso extraordinário em comento, julgou inconstitucional apenas o § 1º do art. 3º da Lei, mantendo incólumes o art. 2º e o *caput* do art. 3º, que assim versam:

[...]

Assim, as contribuições PIS e COFINS continuam a incidir sobre o faturamento, entendido como receita bruta da pessoa jurídica. Essa receita bruta, porém, não pode mais ser considerada como todo o montante que ingressa no patrimônio da pessoa jurídica, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei.

Fica então a questão sobre qual é a hipótese de incidência do PIS e da COFINS – sobre qual tipo de receita bruta elas incidem.

Como dito, a jurisprudência firme do STF definiu o faturamento, dentro de exame circunscrito a empresas mercantis e prestadoras de serviços, como a receita bruta oriunda da venda de mercadorias, de mercadorias e serviços ou de serviços. Ou seja, tal conceito abarca, justamente, a receita bruta obtida com o desenvolvimento da atividade social das pessoas jurídicas que estavam compreendidas na análise – empresas prestadoras de serviços e mercantis.

Trazendo o conceito, portanto, para um universo maior de empresas, ou seja, abrangendo todo o tipo de pessoa jurídica, qualquer que seja seu objeto social, logicamente a definição de faturamento deverá ser mais ampla, sob pena de, partindo-se de premissa errada, chegar-se à absurda conclusão de que as demais empresas não possuem faturamento.

**Assim, se determinadas instituições prestam tipo de serviço cuja remuneração entra na classe das receitas chamadas financeiras, isso não desnatura a remuneração de atividade própria do campo empresarial, de modo que tal produto entra no conceito de “receita bruta igual a faturamento”.**

**Conclui-se, pois, na esteira do sustentado pelo Colendo STF, que o conceito de faturamento equivale ao de receita operacional. Esse entendimento decorre do fato de que a receita bruta (faturamento) é a receita obtida com a venda de mercadorias ou com a prestação de serviços, para as empresas mercantis e prestadoras de serviços, ou seja, a receita bruta obtida com a atividade empresarial típica, segundo o seu objeto social, para as demais empresas.**

**Esse raciocínio encontra respaldo, ademais, no princípio da solidariedade no custeio da Seguridade Social, constante do art. 195 da CF/88, que estipula que “a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais”.**

**Desse modo, somente em relação às contribuições incidentes sobre as receitas não-operacionais da autora é que se revela indevida a incidência para a COFINS/PIS, ensejando a compensação dos valores que eventualmente tenham sido recolhidos a esse título.**

LEIS Nº 10.637/2002 E 10.833/2003. PIS NÃO-CUMULATIVO E COFINS NÃO-CUMULATIVA.

A Emenda Constitucional n.º 20 estendeu a incidência das contribuições em foco para alcançar também a receita da pessoa jurídica. Veja-se, pois, a atual redação do artigo 195 da Constituição Federal:

[...]

Impende salientar-se que, sob a égide da Emenda Constitucional n.º 20, que estendeu a fonte de custeio da seguridade social para alcançar também a receita do contribuinte, foram editadas validamente as Leis nº 10.637/02 e 10.833/03, que instituíram, respectivamente, o " PIS Não-Cumulativo" e a " COFINS Não-Cumulativa", incidentes sobre a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica.

Por essa razão, é necessário estabelecer os limites temporais dos reflexos advindos da decisão do STF, valendo dizer, estabelecer com precisão o período em que a exação, na forma cumulativa, incidiu sobre o faturamento.

A Lei nº 10.637/2002 é resultado da conversão da MP nº 66, de 29 de agosto de 2002, entrando em vigência em 01 de dezembro do mesmo ano (art. 68). Já a Lei nº 10.833/2003 resultou da conversão da MP nº 135/2003, passando a surtir efeitos a partir de 01 de fevereiro de 2004, consoante seu artigo 93.

Como visto, em ambos os casos foi respeitada a anterioridade mitigada, contada a partir da data da primeira publicação da medida provisória, consoante entendimento pacífico do STF.

**Ainda, é necessário levar em consideração para o fato de que a Lei nº 10.637/2002, em seu artigo 8º, e a Lei nº 10.833/2003, no artigo 10, excepcionaram determinadas pessoas jurídicas e receitas da sistemática não-cumulativa. Nesse caso, permanecem sujeitas ao regime da cumulatividade previsto na Lei nº 9.718/98, devendo sofrer a incidência do PIS e da COFINS tendo por base de cálculo, exclusivamente, o faturamento, nos termos em que definido pelo STF no RE nº 357.950-5.**

**Dessa forma, após a entrada em vigor das leis supracitadas, consideram-se como componentes da base de cálculo das contribuições em exame todas as receitas da pessoa jurídica, inclusive as não-operacionais, uma vez que não subsiste a mácula à Carta Magna que se encontrava presente na Lei nº 9.718/98 (art. 3º, §1º).**

**Em conformidade com esse entendimento, transcrevo abaixo o seguinte julgado:**

[...]

**É de se reconhecer, portanto, o direito da autora de recolher o PIS e a COFINS sobre seu faturamento nos moldes da LC 07/70 e 70/91, até o início da vigência das Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003, salvo enquadramento nos artigos 8º e 10º dos respectivos diplomas legais, quando então permanecerá sujeita à legislação vigente anteriormente (sistema da cumulatividade/faturamento).**

#### COMPENSAÇÃO

Quanto à compensação, a Primeira Seção do Eg. Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressaltando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

A corte superior infraconstitucional consolidou o entendimento de que pela nova redação do art. 74 da Lei nº 9.430/96, é dispensável o requerimento prévio à Secretaria da Receita Federal para que sejam compensados tributos de espécies distintas.

Por conseguinte, destaca-se que a demanda originária foi ajuizada em 2006, quando a redação do referido dispositivo legal já vigorava com a modificação dada pela Lei nº 10.637/02, nos seguintes termos;

[...]

Portanto, com a edição da Lei nº 10.637, de 30/12/2002, dispensou-se a prévia atuação da Secretaria da Receita Federal, considerando-se extinto o crédito compensado pelo contribuinte, sob a condição resolutória de sua posterior homologação pela autoridade fiscal.

De forma que cabe ao contribuinte, nesse caso, gozar do instituto da compensação pelas regras que vieram a ser implementadas em dezembro de 2002.

Com relação a esse entendimento adoto como posicionamento o disposto pelo Ministro Teori Albino Zavascki, em voto proferido no julgamento do EREsp 488992, verbis:

[...]

Nesse caso a Jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça é uníssona no sentido de que deve ser aplicada a legislação do momento em que fora ajuizada a demanda:

[...]

Fixa-se, ainda, que com o advento da Lei Complementar 104 de 2001, se acrescentou o art. 170-A do CTN, agregando-se novo requisito para a realização da compensação tributária, qual seja, a inexistência de discussão judicial sobre os créditos a serem utilizados pelo contribuinte na compensação.

[...] (Sem grifos no original).

No julgamento dos segundos embargos de declaração, o Tribunal regional lhes deu provimento para garantir a repetição dos valores recolhidos até 5 anos retroativamente à propositura da ação, ou seja, a partir de 11/10/2001, declarando prescritos aqueles recolhidos em data anterior (e-STJ fls. 710/711).

No especial, a parte alega, em síntese, violação:

a) do art. 535 do CPC/1973, pois entende que, apesar dos embargos de declaração, o Tribunal de origem foi omissos sobre questões essenciais ao deslinde da controvérsia, quais sejam: o conceito de faturamento varia de acordo com o objeto social de cada contribuinte; as receitas financeiras decorrentes das aplicações financeiras realizadas pelo próprio recorrente não podem integrar a base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS; possibilidade de restituição em espécie.

b) do art. 110 do CTN e do art. 2º da Lei Complementar 70/1991, ao argumento de que o conceito de faturamento não se altera em função do objeto social da pessoa jurídica, *verbis* (e-STJ fl. 549):

[...] a Lei nº 9.718/98, ao equiparar o conceito de faturamento à totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, foi além da competência outorgada pelo art. 195, I da CF/88, com a redação então em vigor, em flagrante violação àquele dispositivo e ao art. 110 do Código Tributário Nacional, e em desacordo com a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal que, ao julgar o RE nº 150.755-1 PE (RTJ 149/259), firmou entendimento no sentido de

que a utilização da "receita bruta" como base de cálculo de uma contribuição sobre o faturamento instituída com fundamento no art. 195, I da CF/88 só seria válida se entendido tal conceito como sendo "a receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços. de qualquer natureza", o que é muito distinto da base de cálculo indicada pela referida Lei nº 9.718/98.

Alega que, "ainda que pudesse prevalecer o entendimento no sentido de que as receitas financeiras auferidas por instituições financeiras têm natureza de receita de prestação de serviços, integrando o conceito de faturamento e, portanto, a base de cálculo da COFINS e da contribuição ao PIS, o que se admite apenas para argumentar, quando menos não podem integrar referida base de cálculo as receitas financeiras decorrentes da aplicação de seus próprios recursos, sob pena de ofensa aos dispositivos legais e constitucionais supra citados" (e-STJ fl. 788).

Entende que a Lei 9.715/1998 não se aplica às instituições financeiras, "uma vez que nos termos do seu art. 12, este diploma legal não se aplica às pessoas jurídicas de que trata o § 1º do art. 22 da Le 8.212/91, como é o caso da recorrente" (e-STJ fl. 788).

Por fim, alega violação dos arts. 288, parágrafo único, e 571 do CPC/1973, ao argumento de que deve ser assegurada a faculdade ao contribuinte de optar pela restituição dos valores indevidamente recolhidos, via compensação ou via pagamento em espécie.

Pois bem.

Da análise do julgado recorrido, verifica-se que o Tribunal de origem se manifestou, de maneira clara e fundamentada, acerca de todas as questões relevantes para a solução da controvérsia, em especial acerca: da abrangência da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS; da não inclusão na base de cálculo dessas contribuições das receitas não operacionais; da inaplicabilidade da Lei 9.715/1998 às instituições financeiras; das regras de regência da compensação como regime de restituição do indébito.

Dessa forma, correta a rejeição dos embargos de declaração, ante a inexistência de omissão, contradição ou obscuridade a ser sanada, e, por conseguinte, deve-se concluir pela ausência de ofensa ao art. 535 do CPC/1973.

Quanto ao mérito, o recurso especial não pode ser conhecido.

Do trecho do acórdão recorrido colacionado acima, verifica-se que o Tribunal de origem decidiu a controvérsia com base em fundamento exclusivamente constitucional [art. 195 da Constituição Federal], tendo concluído que, "na esteira do sustentado pelo Colendo STF, que o conceito de faturamento equivale ao de receita operacional. Esse entendimento decorre do fato de que a receita bruta (faturamento) é a receita obtida com a venda de mercadorias ou com a prestação de serviços, para as empresas mercantis e prestadoras de serviços, ou seja, a receita bruta obtida com a atividade

empresarial típica, segundo o seu objeto social, para as demais empresas".

Ocorre que, como é de conhecimento geral, o recurso especial não se presta para revisão de julgado respaldado em fundamentação de índole constitucional.

Por fim, no que diz respeito à suposta ofensa aos arts. 288, parágrafo único, e 571 do CPC/1973, verifica-se dos autos que o conteúdo normativo desses dispositivos legais carece do requisito constitucional do prequestionamento, pois não houve debate na Corte de origem acerca da existência de pedido alternativo e sua forma de execução.

Embora não seja exigida a menção expressa a dispositivo de lei federal, a admissibilidade do recurso na instância excepcional pressupõe que a Corte de origem tenha se manifestado sobre a tese jurídica apontada pelo recorrente. Esse é o entendimento consagrado na edição da Súmula 211 do STJ: "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*".

Sem majoração da verba honorária (art. 85, § 11, do CPC/2015), em razão do disposto no Enunciado Administrativo 7 do STJ.

Ante o exposto, com base no *caput* do art. 259 c/c o art. 253, parágrafo único, II, "b", do RISTJ, RECONSIDERO a decisão agravada para CONHECER do agravo e CONHECER PARCIALMENTE DO RECURSO ESPECIAL e, nessa parte, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2019.

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator