

RECURSO ESPECIAL Nº 1.227.655 - SC (2011/0000689-1)

RELATOR : **MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**
RECORRENTE : FUNDAÇÃO CELESC DE SEGURIDADE SOCIAL - CELOS
ADVOGADO : MARIA INÊS MURGEL E OUTRO(S)
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL. PIS E COFINS. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º. DO ART. 3º. DA LEI 9.718/98 QUE AMPLIAVA O CONCEITO DE RECEITA BRUTA CONSIDERADO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. ALCANCE DA QUESTÃO ESTENDIDA À ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR POR MANDADO DE SEGURANÇA COM DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO. DETERMINAÇÃO DO TRIBUNAL *A QUO* DE REVISÃO DA ORDEM DE LEVANTAMENTO DAS IMPORTÂNCIAS DEPOSITADAS EM JUÍZO A TÍTULO DE COFINS E PIS. OFENSA A COISA JULGADA CONFIGURADA. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO PARA, RECONHECENDO A OFENSA À COISA JULGADA, RESTABELECER O DECISUM DE PRIMEIRO GRAU QUE DETERMINOU O LEVANTAMENTO DAS IMPORTÂNCIAS DEPOSITADAS A TÍTULO DE COFINS E PIS CALCULADAS SOBRE AS RECEITAS NÃO-OPERACIONAIS.

1. A sentença no Mandado de Segurança, adotando o entendimento proclamado pelo STF de inconstitucionalidade do § 1º. do art. 3º. da Lei 9.718/98 (RE 346.084/PR, Rel. p/ Acórdão Min. MARCO AURÉLIO, DJU 01.09.2006), que ampliava o conceito de receita bruta considerado na base de cálculo do PIS e da COFINS, garantiu ao impetrante, entidade de previdência complementar, o direito de não se submeter à cobrança da COFINS e do PIS, nos moldes estipulados naquele dispositivo.

2. A despeito disso, após o trânsito em julgado da decisão do referido Mandado de Segurança e da ordem de primeiro grau determinando o levantamento das importâncias depositadas em juízo a título de COFINS e de PIS, calculadas sobre as receitas não-operacionais, o egrégio Tribunal *a quo* determinou a revisão dessa liberação, sob o fundamento de que a declaração de inconstitucionalidade do § 1º. do art. 3º. da Lei 9.718/98 é irrelevante para as entidades privadas de previdência complementar, porquanto, equiparando-se às instituições financeiras, submetem-se a regimento próprio, recolhendo PIS/COFINS com base no *caput* e nos §§ 5º. e 6º. do art. 3º. da Lei 9.718/98, ou seja, sobre a receita bruta operacional.

3. Assim, muito embora haja evidente equívoco na

Superior Tribunal de Justiça

desobrigação da entidade de previdência complementar do recolhimento da COFINS e do PIS nos moldes do art. 3o., § 1o. da Lei 9.718/98, o fato é que houve o trânsito em julgado dessa decisão, configurando ofensa à coisa julgada mandamental a sua revisão, nessa fase processual.

4. Recurso Especial parcialmente provido para, reconhecendo a ofensa à coisa julgada, restabelecer o *decisum* de primeiro grau que determinou o levantamento das importâncias depositadas a título de COFINS e de PIS calculadas sobre as receitas não-operacionais, para não se quebrar o respeito à coisa julgada, em situação na qual a sua eficácia não foi impactada por nova orientação judicial dotada de força vinculante e aplicabilidade *erga omnes*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Teori Albino Zavascki e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Dr. FÁBIO AUGUSTO JUNQUEIRA DE CARVALHO, pela parte RECORRENTE: FUNDAÇÃO CELESC DE SEGURIDADE SOCIAL - CELOS e o Dr. JOSÉ PÉRICLES PEREIRA DE SOUSA, pela parte RECORRIDA: FAZENDA NACIONAL

Brasília (DF), 22 de novembro de 2011(Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA**

Número Registro: 2011/0000689-1

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.227.655 / SC

Números Origem: 200672000061897 200904000248207

PAUTA: 03/11/2011

JULGADO: 08/11/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **DENISE VINCI TULIO**

Secretária

Bela. **MÁRCIA ARAUJO RIBEIRO** (em substituição)

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FUNDAÇÃO CELESC DE SEGURIDADE SOCIAL - CELOS

ADVOGADO : MARIA INÊS MURGEL E OUTRO(S)

RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições - Contribuições Sociais - Cofins

CERTIDÃO

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

Adiado por indicação do Sr. Ministro Relator.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.227.655 - SC (2011/0000689-1)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
RECORRENTE : FUNDAÇÃO CELESC DE SEGURIDADE SOCIAL - CELOS
ADVOGADO : MARIA INÊS MURGEL E OUTRO(S)
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

1. Cuida-se de Recurso Especial interposto pela FUNDAÇÃO CELESC DE SEGURIDADE SOCIAL - CELOS, com fulcro nas alíneas *a* e *c* do art. 105, III da CF, em adversidade ao acórdão proferido pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 4a. Região, assim ementado:

TRIBUTÁRIO. COFINS. PIS. ENTIDADES DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. LEI 9.718/98. FATURAMENTO. CONCEITO.

1. As entidades de previdência privada são equiparadas às instituições financeiras, no que toca à sua jurídica natureza, isso para fins de pagamento do PIS e da COFINS. Orientação que vem sendo consolidada nesta Turma.

2. Dessa forma, a elas não aproveita a declaração de inconstitucionalidade do § 1o. do art. 3o. da Lei 9.718/98, porquanto reside no § 5o. do mesmo dispositivo legal o arrimo da relação jurídico-tributária existente entre elas e o Fisco.

3. Agravo parcialmente provido (fls. 302).

2. Opostos Embargos Declaratórios, foram rejeitados, pelos fundamentos assim sumariados:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CABIMENTO. REDISSCUSSÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Inexistindo omissão, contradição, obscuridade ou prequestionamento a ser sanado na decisão embargada, mostram-se incabíveis os embargos declaratórios.

2. O Embargos de Declaração não servem de via à rediscussão da matéria julgada.

Superior Tribunal de Justiça

3. Cabíveis os Embargos de Declaração com propósito de prequestionamento, de acordo com a Súmula 98 do STJ (fls. 320).

3. Em seu Apelo Nobre, alega, além de divergência jurisprudencial, ofensa aos arts. 471, 474 e 535, II do CPC, 110 do CTN, 3o., § 6o., III da Lei 9.718/98 e 69, § 1o. da LC 109/01.

4. Narra a recorrente que obteve a segurança no MS 2006.72.00.006189-7, sendo-lhe garantido o direito de não se submeter à cobrança da COFINS e do PIS, nos moldes estipulados no art. 3o. da Lei 9.718/98. Diante do trânsito em julgado da decisão do referido MS, foi requerido o levantamento de parte dos valores depositados em juízo a título de PIS e de COFINS, nos exatos termos em que autorizada pela sentença transitada em julgado em seu favor. A despeito do trânsito em julgado, o egrégio TRF da 4a. Região indeferiu o pedido de levantamento da quantia depositada.

5. Diante dos fatos relatados, argumenta que rediscutir o conceito de faturamento, bem como se deve ou não a recorrente se submeter à tributação pelo PIS e pela COFINS, na presente fase processual, viola a coisa julgada.

6. No mérito, sustenta que as contribuições sociais destinadas ao custeio de plano de benefícios de natureza previdenciária não podem servir de base de cálculo de qualquer tributo, nem mesmo do PIS e da COFINS, pois não correspondem a faturamento. Aduz, ainda, que a Lei 9.718/98, ao tentar equiparar o que é efetivamente diverso, malferiu o art. 110 do CTN, na medida em que altera o sentido de faturamento radicado no Direito Privado.

7. Ao final, requer a reforma do acórdão recorrido, reconhecendo os efeitos da coisa julgada para afastar a tributação do PIS e da COFINS sobre as suas atividades, determinando o levantamento de todos os valores depositados em juízo.

Superior Tribunal de Justiça

8. Com contrarrazões (fls. 452/472), o recurso foi admitido na origem (fls. 495/496).

9. É o que havia de relevante para relatar.



Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.227.655 - SC (2011/0000689-1)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
RECORRENTE : FUNDAÇÃO CELESC DE SEGURIDADE SOCIAL - CELOS
ADVOGADO : MARIA INÊS MURGEL E OUTRO(S)
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

VOTO

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL. PIS E COFINS. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º. DO ART. 3º. DA LEI 9.718/98 QUE AMPLIAVA O CONCEITO DE RECEITA BRUTA CONSIDERADO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. ALCANCE DA QUESTÃO ESTENDIDA À ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR POR MANDADO DE SEGURANÇA COM DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO. DETERMINAÇÃO DO TRIBUNAL A QUO DE REVISÃO DA ORDEM DE LEVANTAMENTO DAS IMPORTÂNCIAS DEPOSITADAS EM JUÍZO A TÍTULO DE COFINS E PIS. OFENSA A COISA JULGADA CONFIGURADA. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO PARA, RECONHECENDO A OFENSA À COISA JULGADA, RESTABELECE O DECISUM DE PRIMEIRO GRAU QUE DETERMINOU O LEVANTAMENTO DAS IMPORTÂNCIAS DEPOSITADAS A TÍTULO DE COFINS E PIS CALCULADAS SOBRE AS RECEITAS NÃO-OPERACIONAIS.

1. *A sentença no Mandado de Segurança, adotando o entendimento proclamado pelo STF de inconstitucionalidade do § 1º. do art. 3º. da Lei 9.718/98 (RE 346.084/PR, Rel. p/ Acórdão Min. MARCO AURÉLIO, DJU 01.09.2006), que ampliava o conceito de receita bruta considerado na base de cálculo do PIS e da COFINS, garantiu ao impetrante, entidade de previdência complementar, o direito de não se submeter à cobrança da COFINS e do PIS, nos moldes estipulados naquele dispositivo.*

2. *A despeito disso, após o trânsito em julgado da decisão do referido Mandado de Segurança e da ordem de primeiro grau determinando o levantamento das importâncias depositadas em juízo a título de COFINS e de PIS, calculadas sobre as receitas não-operacionais, o egrégio Tribunal a quo determinou a revisão dessa liberação, sob o fundamento de que a declaração de inconstitucionalidade do § 1º. do art. 3º. da Lei 9.718/98 é irrelevante para as entidades privadas de previdência complementar, porquanto, equiparando-se às instituições financeiras, submetem-se a regramento próprio, recolhendo PIS/COFINS com base no caput e nos §§ 5º. e 6º. do*

Superior Tribunal de Justiça

art. 30. da Lei 9.718/98, ou seja, sobre a receita bruta operacional.

3. Assim, muito embora haja evidente equívoco na desobrigação da entidade de previdência complementar do recolhimento da COFINS e do PIS nos moldes do art. 30., § 1o. da Lei 9.718/98, o fato é que houve o trânsito em julgado dessa decisão, configurando ofensa à coisa julgada mandamental a sua revisão, nessa fase processual.

4. Recurso Especial parcialmente provido para, reconhecendo a ofensa à coisa julgada, restabelecer o decisum de primeiro grau que determinou o levantamento das importâncias depositadas a título de COFINS e de PIS calculadas sobre as receitas não-operacionais, para não se quebrar o respeito à coisa julgada, em situação na qual a sua eficácia não foi impactada por nova orientação judicial dotada de força vinculante e aplicabilidade erga omnes.

1. Inicialmente, no tocante ao art. 535, I do CPC, inexistente a violação apontada. O Tribunal de origem apreciou fundamentadamente a controvérsia, não padecendo o acórdão recorrido de qualquer omissão, contradição ou obscuridade. Observe-se, ademais, que julgamento diverso do pretendido, como na espécie, não implica ofensa à norma ora invocada.

2. Quanto à alegação de ofensa à coisa julgada, no que interessa, decidiu o acórdão impugnado o seguinte:

O pedido da parte autora foi o de não se sujeitar ao recolhimento do PIS e da COFINS, porque não auferiria faturamento. Interpretou (em sua causa de pedir) o termo faturamento a partir do conceito residual delimitado pelo e. STF ao declarar a inconstitucionalidade do § 1o. do art. 3 da Lei 9.718/98. Sustentou que, por desenvolver suas atividades conforme a Lei Complementar 109/2001, não realizaria venda de mercadoria ou serviços a terceiros. As importâncias vertidas pelos participantes e pela patrocinadora, assim como os resultados dos investimentos financeiros, suas atividades típicas, não seriam produtos de vendas de mercadorias ou serviços, não se enquadrando no conceito de faturamento.

O magistrado a quo interpretou o pedido e causa de pedir da parte autora da seguinte forma (fl. 034):

(...) Discorreu sobre o conceito constitucional de faturamento e sobre a necessidade de lei complementar para a instituição de fontes de custeio não previstas na Constituição da

Superior Tribunal de Justiça

República.

Argumentou acerca da inconstitucionalidade do art. 3o. da Lei 9.718/98, hierarquia entre normas e irretroatividade da EC 20/98.

Requeru a concessão de liminar. Ao final, pugnou pelo reconhecimento do direito a não se sujeitar ao art. 3o. da Lei 9.718/98 e a compensar as quantias indevidamente recolhidas, desde a competência de setembro de 2001. (...)

Como dispositivo, a sentença concluiu, verbis:

(...) Dessa forma, assiste razão ao contribuinte quando invoca a inconstitucionalidade da base de cálculo apresentada pelo art. 3o. da Lei 9.718/98.

(...) Em face do que foi dito, concedo a segurança para garantir à impetrante o direito de não se submeter à cobrança da contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS e do Programa de Integração Social - PIS, nos moldes estipulados no art. 3o. da Lei 9.718/98, e o de compensar as quantias indevidamente pagas desde a competência de setembro de 2001, corrigidas de acordo com a fundamentação.

A parte autora, então, interpôs embargos de declaração, os quais o juiz de primeiro grau rejeitou reafirmando sua interpretação do pedido e a coerência entre ele e o dispositivo.

Já em sede de apelo, esta Turma manteve a mesma interpretação da sentença, ou seja, em nenhum momento adentrou no conceito de faturamento específico, conforme o pretendido pela parte autora.

Consta no voto condutor do acórdão que transitou em julgado que, conforme Recurso Extraordinário 357.950-9 (de relatoria do eminente Ministro Marco Aurélio), a Corte Suprema, em controle difuso de constitucionalidade, entendeu inconstitucional a alteração na base de cálculo do PIS e da COFINS levada a efeito pelo § 1o. do art. 3o. da Lei 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.

Tem-se, pois, que o título executivo (acórdão com trânsito em julgado) afirmou APENAS que o STF não declarou a inconstitucionalidade total do conceito de faturamento previsto na Lei 9.718/98, mantendo-o na parcela que representa a venda de mercadorias e serviços, isto é, somente foi declarado inconstitucional o seu § 1o. do art. 3o..

Assim, permanecem hígidos o próprio caput do art. 3o. e o art. 2o.

Superior Tribunal de Justiça

da referida Lei, isto é, a tributação incidente sobre o faturamento entendido como, conforme as palavras do acórdão transitado em julgado (fl. 46 verso) - a venda de mercadorias e serviços.

Veja-se que a coisa julgada não ajuda a parte apelante. De fato, mesmo que considerado vício (extra petita ou infra petita), foi ele saneado, o que prejudica a pretensão da parte autora. Não há como considerar ter ela sido totalmente atendida.

Somente foi admitido o conceito de faturamento em sua consideração anterior à declaração de inconstitucionalidade do § 1o. do art. 3o. da Lei 9.718/98. Não há coisa julgada afastando a renda dos atos típicos (da parte autora) da base de cálculo do PIS e da COFINS (fls. 281/283).

3. A sentença no Mandado de Segurança, adotando o entendimento proclamado pelo STF de inconstitucionalidade do § 1o. do art. 3o. da Lei 9.718/98, que ampliava o conceito de receita bruta considerado na base de cálculo do PIS e da COFINS, garantiu ao impetrante o direito de não se submeter à cobrança da COFINS e do PIS, nos moldes estipulados naquele dispositivo, e o de compensar as quantias indevidamente pagas, a esse título, desde a competência de setembro de 2001.

4. De fato, como observou o acórdão impugnado no trecho acima transcrito, nada se deliberou sobre o conceito de faturamento ou sobre a inserção da atividade da recorrente no conceito de faturamento. No entanto, não resta dúvida de que se formou a coisa julgada sobre a não submissão da recorrente à cobrança do COFINS e do PIS, nos moldes estipulados no art. 3o. da Lei 9.718/98.

5. A despeito disso, após o trânsito em julgado da decisão do referido Mandado de Segurança e a ordem de primeiro grau determinando o levantamento das importâncias depositadas a título de COFINS e de PIS, calculadas sobre as receitas não-operacionais, o egrégio Tribunal *a quo* determinou a revisão dessa liberação, sob o fundamento de que a declaração de inconstitucionalidade do § 1o. do art. 3o. da Lei 9.718/98 é irrelevante para as entidades de previdência complementar privada, porquanto, equiparando-se às instituições financeiras, submetem-se a regramento próprio, recolhendo

Superior Tribunal de Justiça

PIS/COFINS com base no *caput* e nos §§ 5o. e 6o. do art. 3o. da Lei 9.718/98, ou seja, sobre a receita bruta operacional. No ponto, assim dispôs o Tribunal *a quo*:

Decidiu o magistrado a quo que deveriam ser liberados à impetrante as importâncias depositadas a título de COFINS e para o PIS calculadas sobre as receitas não-operacionais, convertendo-se o saldo remanescente em pagamento definitivo à União, pois assim restou decidido no acórdão que transitou em julgado no presente mandado de segurança.

Embora tenha se utilizado o conceito de receitas não-operacionais, deve ser revista a liberação determinada pelo magistrado a quo, isso após a conferência dos critérios e regime considerados acima (instituição financeira equiparada).

Portanto, a decisão deve ser parcialmente reformada. O magistrado a quo deverá avaliar novamente sobre o pedido da parte agravada, conforme os parâmetros deste voto. Não entendo por bem determinar, desde já, a conversão do total dos valores depositados. É prudente que o juízo a quo solva o cálculo dos valores devidos após analisar a documentação necessária (fls. 296).

6. Assim, muito embora haja evidente equívoco na desobrigação da entidade de previdência complementar do recolhimento da COFINS e do PIS nos moldes do art. 3o., § 1o. da Lei 9.718/98, o fato é que houve o trânsito em julgado dessa decisão, configurando ofensa à coisa julgada a sua revisão, nessa fase processual.

7. Ainda que não se trate, a rigor, do caso dos autos, apenas a título ilustrativo, merece aqui fazer um parêntese para expor a tese defendida pelo ilustre Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, no REsp. 671.182/RJ, DJU 02.05.2005, no que se refere aos efeitos da superveniência da decisão do STF, em controle difuso, em sentido contrário ao esposado na sentença transitada em julgado:

4. Em nosso sistema, as decisões tomadas em controle difuso de constitucionalidade limitam sua força vinculante às partes envolvidas no litígio. A rigor, não fazem sequer coisa julgada entre os litigantes, pois a apreciação da questão constitucional serve apenas como fundamento para o juízo de procedência ou improcedência do pedido deduzido na demanda. E a coisa julgada, sabe-se, não se estende aos fundamentos da decisão (CPC, art. 469). Quando proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, é certo, tais

Superior Tribunal de Justiça

decisões possuem eficácia reflexa ou anexa, destinada a ampliar os seus efeitos, mediante, fundamentalmente, (a) a habilitação do Senado a suspender a execução das normas declaradas inconstitucionais pelo STF; (b) a vinculação dos demais tribunais às decisões do STF em matéria constitucional; (c) a força de precedente das decisões do STF, cuja adoção enseja o julgamento simplificado dos recursos e o acolhimento de ação rescisória. Não têm, porém, efeitos erga omnes, e não afetam, por isso, de forma automática, como decorrência de sua simples prolação, eventuais sentenças transitadas em julgado em sentido contrário, cujo comando mantém sua força vinculante para as partes, e para cuja desconstituição é indispensável o ajuizamento de ação rescisória. É o que tivemos ocasião de salientar em estudo doutrinário a respeito do tema:

Segunda situação: rescisória de sentença contrária a precedente do STF tomado no exame de caso concreto (controle difuso). O STF é o guardião da Constituição. Ele é o órgão autorizado pela própria Constituição a dar a palavra final em temas constitucionais. A Constituição, destarte, é o que o STF diz que ela é. Eventuais controvérsias interpretativas perante outros tribunais perdem, institucionalmente, toda e qualquer relevância frente ao pronunciamento da Corte Suprema. Contrariar o precedente tem o mesmo significado, o mesmo alcance, em termos pragmáticos, que o de violar a Constituição. A existência de pronunciamento do Supremo sobre matéria constitucional acarreta, no âmbito interno dos demais tribunais, a dispensabilidade da instalação do incidente de declaração de inconstitucionalidade (CPC, art. 481, parágrafo único), de modo que os órgãos fracionários ficam, desde logo, submetidos, em suas decisões, à orientação traçada pelo STF. É nessa perspectiva, pois, que se deve aquilatar o peso institucional dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, mesmo em controle difuso. Nisso reside a justificação para se deixar de aplicar, na seara constitucional, o parâmetro negativo da Súmula 343, substituindo-se pelo parâmetro positivo da autoridade do precedente. E a consequência prática disso é que, independentemente da haver divergência jurisprudencial sobre o tema, o enunciado da Súmula 343 não será empecilho ao cabimento da ação rescisória (juízo de admissibilidade). Mais que cabível, é procedente, por violar a Constituição, o pedido de rescisão da sentença (juízo rescindente), sendo que o novo julgamento da causa (juízo rescisório), como corolário lógico e necessário, terá de se ajustar ao pronunciamento da Corte Suprema.

Aqui também não tem relevância prática a investigação em torno da precedência ou não da decisão do STF sobre a sentença rescindenda. Conforme observou o Ministro Cunha Peixoto, 'não importa, na hipótese, saber se, declarada a inconstitucionalidade de uma lei, a decisão (tratava-se de controle difuso) tem efeito ex nunc ou ex tunc, mas se, na verdade, é ou não inconstitucional o dispositivo (...), já que a questão está posta em julgamento de ação rescisória. E, nesta, é que se discute a constitucionalidade ou não da

Superior Tribunal de Justiça

lei" [STF, RE 89.108, Pleno, Min. Cunha Peixoto, RTJ 101:211]. Com efeito, ao julgar a rescisória não se está executando o acórdão proferido em controle difuso. O que se faz é acolher a orientação nele adotada pelo Supremo, cuja autoridade não decorre da circunstância de ser anterior à sentença rescindenda, mas de se tratar de pronunciamento do guardião da Constituição, o que, por si só, determina seja acolhido em qualquer futuro julgamento, inclusive nos de ações rescisórias. Pela mesma razão, não vem ao caso saber se a norma eventualmente tida por inconstitucional pelo precedente do Supremo teve ou não sua execução suspensa pelo Senado. Se foi suspensa, haverá aí apenas uma razão a mais para acolher o precedente do STF, já que a suspensão pelo Senado tem eficácia erga omnes e, segundo orientação predominante, ex tunc." (Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 135-136)

5. Hipótese distinta, todavia, é a que se verifica quando, em face da declaração da inconstitucionalidade in concreto pelo Supremo Tribunal Federal, o Senado Federal suspende a execução da lei (CF, art. 52, X). Discorremos a esse respeito naquele mesmo estudo:

Afirmou-se que as sentenças de mérito, no processo cognitivo, formulam juízo de certeza acerca de fenômenos de incidência de normas abstratas sobre determinados suportes fáticos, declarando, a partir daí, a existência ou a inexistência ou o modo de ser da relação jurídica e estabelecendo, se for o caso, as consequências – de condenação ou de constituição ou de desconstituição – dela decorrentes. Pois bem: em muitos casos, a questão levada a exame judicial é gerada por controvérsia a respeito da constitucionalidade ou não da norma que incide (ou que se alega incidir), de modo que o juízo acerca da incidência, no caso concreto, terá por pressuposto um juízo sobre a validade da norma em face da Constituição. Nisso consiste justamente o controle difuso de constitucionalidade. Transitada em julgado, a sentença, também nesses casos, terá sua eficácia vinculante submetida à cláusula rebus sic stantibus, a significar que a relação jurídica certificada, se de trato continuado no tempo, poderá deixar de existir ou ser modificada por força de superveniente alteração no estado de direito. Ou vice-versa: poderá passar a existir, por força de norma superveniente, a relação jurídica que a sentença anterior declarou inexistente. São situações corriqueiras de mudança do estado de direito a revogação ou a derrogação das leis objeto do controle de constitucionalidade e o advento de novos preceitos normativos, inclusive os de natureza constitucional.

Há, porém, uma forma especial de 'modificação do estado de direito', típica do sistema de controle difuso de constitucionalidade. É a suspensão, pelo Senado, do preceito normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Segundo dispõe o artigo 52, X, da Constituição, compete privativamente ao Senado Federal 'suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva

Superior Tribunal de Justiça

do Supremo Tribunal Federal'. O instituto da suspensão, conforme já se viu, foi introduzido pela Carta de 1934, com a declarada finalidade de conferir eficácia erga omnes às decisões do Supremo, fazendo as vezes do instituto do stare decisis do direito norte-americano. Esse o conteúdo essencial da suspensão da execução da norma pelo Senado: conferir eficácia erga omnes à decisão do Supremo Tribunal Federal que, em controle difuso, declarou a sua inconstitucionalidade. A Resolução do Senado tem, portanto, natureza normativa, já que universaliza determinado status jurídico: o do reconhecimento estatal da inconstitucionalidade do preceito normativo.

(...).

Não se pode confundir o instituto da suspensão da norma com o da sua revogação. A norma revogada deixa de incidir a partir de sua revogação, mas incidiu validamente sobre os suportes fáticos ocorridos durante a sua vigência.

Isso significa que, mesmo depois da sua revogação, a norma pode e deve ser aplicada pelo juiz, pelo administrador e por quem mais tenha de apreciar controvérsias sobre fatos jurídicos anteriores. No caso de suspensão por inconstitucionalidade, as conseqüências são diferentes. A norma inconstitucional é nula desde a origem e, como tal, nunca teve aptidão para operar o fenômeno da incidência. É norma que nunca incidiu. Assim, a declaração de sua inconstitucionalidade pelo Supremo, na via do controle difuso, importa o reconhecimento judicial, vinculante para as partes, de que, no caso examinado, não ocorreu a incidência. A Resolução do Senado que 'suspende a execução opera a universalização dessa conseqüência: importa reconhecimento estatal de que a norma em questão jamais teve aptidão para incidir e, portanto, jamais incidiu em qualquer situação. É como se houvesse uma 'revogação' ex tunc.

Conseqüentemente, aos aplicadores do direito já não será dado invocar a norma suspensa, nem em relação a suportes fáticos que venham a ocorrer a partir da suspensão, e nem em relação a fatos ocorridos no passado. Em suma: havendo revogação, a norma deixa de incidir ex nunc; havendo inconstitucionalidade, a in incidência é ex tunc. Pode-se afirmar, portanto, que, relativamente ao futuro, tanto a norma revogada quanto a suspensa não incidem; porém, relativamente ao passado, a norma revogada incidiu, enquanto a norma suspensa, porque inconstitucional, não incidiu.

Examinemos as conseqüências disso em relação às sentenças sobre relações jurídicas de trato continuado no tempo. A revogação da norma, já se disse, constitui alteração no estado de direito, com reflexos imediatos na relação jurídica apreciada pela sentença. Esta, daí em diante, já não terá força de 'lei entre as partes', visto que tal força estava sujeita à cláusula rebus sic stantibus .

Assim, revogada a lei em que se baseou a sentença para declarar tributável certa atividade do contribuinte, deixará de existir,

Superior Tribunal de Justiça

em relação ao futuro, a obrigação tributária objeto do reconhecimento judicial. No que se refere aos casos de suspensão da execução da lei pelo Senado, as consequências, para o futuro, são semelhantes às da revogação: suspensão, por inconstitucionalidade declarada pelo Supremo, a execução da lei que criou o tributo, já não mais assistirá ao Fisco o direito de exigir o pagamento, mesmo em relação ao contribuinte contra o qual haja sentença anterior reconhecendo a constitucionalidade da exação. Todavia, ao contrário do que ocorre com a revogação, a suspensão não opera uma alteração do estado da norma em si. Esta continua mantendo exatamente o mesmo status que antes detinha. A alteração que se produz é no estado do direito, que ganha um elemento novo: a força vinculante da declaração da inconstitucionalidade do preceito normativo, tomada pelo Supremo e universalizada pela Resolução do Senado. Considerando que a inconstitucionalidade da norma opera efeitos ex tunc, surge a questão de saber se subsistirão ou se serão automaticamente desfeitas, após a suspensão pelo Senado, as sentenças anteriores, proferidas com base no preceito inconstitucional suspenso. Para resolvê-la é indispensável estabelecer a distinção, que é crucial, entre (a) a inconstitucionalidade da norma e (b) o efeito vinculante da declaração dessa inconstitucionalidade. A inconstitucionalidade, porque importa a nulidade do preceito normativo, tem eficácia ex tunc, como se sabe. Já o efeito vinculante do reconhecimento judicial da inconstitucionalidade, este decorre de um ato superveniente. Sua eficácia é também ex tunc, mas seu termo inicial é desencadeado pelo ato que declarou a inconstitucionalidade, e não pela entrada em vigor da norma inconstitucional. A declaração de inconstitucionalidade pode decorrer de ato com eficácia limitada às partes do litígio, ou de ato com eficácia geral, atingindo todos os destinatários do preceito normativo. É limitada às partes individualizadas na demanda quando o reconhecimento da inconstitucionalidade provém de sentença que julga caso concreto. É geral (erga omnes) quando provém da suspensão da execução da norma pelo Senado, ou de sentença definitiva proferida em ação de controle concentrado de constitucionalidade. Em qualquer caso, o efeito vinculante da declaração de inconstitucionalidade é, sob o aspecto temporal, logicamente posterior ao efeito da inconstitucionalidade em si: esta é ex tunc, desde a edição da norma; aquele só é vinculante a partir do ato do qual decorre, que é superveniente à norma inconstitucional [Essa linha de entendimento norteou o acórdão do Supremo Tribunal Federal no Recurso em Mandado de Segurança 17.976, Relator Min. Amaral Santos (julgamento de 13.09.68), em cujo voto está dito que 'a suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito os atos praticados sob o império da lei inconstitucional. Contudo, a nulidade da decisão transitada em julgado só pode ser declarada por via de ação rescisória'. Esclareceu o Min. Eloy da Rocha, na oportunidade, que 'a suspensão da execução da lei, pelo Senado, tem efeito ex nunc'].

Ora, para que se rescinda uma sentença, não basta que ela tenha sido fundada em norma inconstitucional. É indispensável que à

Superior Tribunal de Justiça

inconstitucionalidade se agregue um comando estatal vinculante, que declare formalmente a ofensa à Constituição e decrete a rescisão da sentença. Na situação examinada, a sentença anterior, embora fundada em preceito inconstitucional, não esteve subordinada ao comando vinculante, que lhe foi posterior, da decisão do Supremo, universalizado pela Resolução do Senado. Assim, os efeitos já produzidos pela referida sentença somente serão anulados se sobrevier comando jurisdicional específico, com efeito retroativo, a saber, uma sentença de procedência em ação rescisória.

À luz, ainda, da distinção acima estabelecida, outros pontos podem ser esclarecidos. Assim, uma sentença que, julgando o caso concreto, aplica determinada norma porque a reconhece como constitucional tem efeito vinculante para as partes no caso concreto, inclusive com eficácia futura, se for o caso. Se, mais tarde, sobrevier ato com efeito vinculante erga omnes (Resolução do Senado ou decisão do Supremo) reconhecendo a inconstitucionalidade do mesmo preceito, será possível afirmar que a primitiva sentença foi equivocada ao aplicar a lei (ou seja, operou contra a eficácia ex tunc da inconstitucionalidade), mas certamente não se poderá dizer que ela foi proferida com violação a efeito vinculante da declaração. Isso não ocorreria se a mesma sentença tivesse sido proferida após a Resolução do Senado ou a sentença do Supremo. Se isso ocorresse, o juiz teria operado dupla violação: a da eficácia da inconstitucionalidade em si e a do efeito vinculante da declaração.

Estabelecidos estes pressupostos, ficam mais compreensíveis as conseqüências, para as sentenças que versam sobre relações jurídicas de trato continuado, decorrentes do advento de Resolução do Senado, suspendendo a execução de norma que, no caso concreto, foi aplicada pelo juiz. O que muda, com a Resolução, já se disse, não é o estado da norma em si, mas o estado do direito, que ganha, como elemento novo, o efeito vinculante erga omnes do reconhecimento da inconstitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal. A partir dessa inovação, estabelece-se, na situação agora examinada, um conflito entre a força vinculante da sentença do caso concreto e a força, também vinculante, da decisão do Supremo, universalizada pela Resolução do Senado. Qual delas deve prevalecer?

Para sustentar a prevalência da força vinculativa da sentença anterior, pode-se invocar o princípio constitucional da coisa julgada. Todavia, o argumento se mostra frágil e insuficiente quando contraposto aos que operam em sentido contrário. Com efeito, também a Resolução do Senado parte de uma decisão definitiva com trânsito em julgado, proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Ademais, o princípio da coisa julgada não é absoluto. Conforme assinalou Liebman, discorrendo sobre as restrições a serem impostas à coisa julgada, 'a razão principal que sufraga a orientação restritiva é que a coisa julgada é, afinal, uma limitação à procura da decisão justa da controvérsia, e deve, por isso, se bem que socialmente necessária, ficar contida em sua esfera legítima e não expandir-se fora dela' [LIEBMAN, Enrico Tullio. Limites objetivos da

Superior Tribunal de Justiça

coisa julgada, op. cit., p. 573]. Assim, no âmbito do conflito aqui examinado, a coisa julgada formada no caso concreto deve ser harmonizada com os demais princípios e valores consagrados na Constituição. Ora, militam em favor da prevalência da força vinculante da Resolução dois princípios constitucionais, pelo menos: o da autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal, que lhe deu suporte, e o da igualdade de todos perante a lei, especialmente a lei constitucional. Não teria sentido, por exemplo, invocar a coisa julgada para exigir que determinado cidadão continue pagando um tributo a que foi condenado em demanda particular, quando todos os demais estão desobrigados de fazê-lo porque o Senado, com base em decisão do Supremo, suspendeu, com eficácia erga omnes, a execução da lei criadora da exação fiscal.

Pode-se afirmar, em suma, que a Resolução do Senado suspendendo a execução de norma inconstitucional irradia seus efeitos, imediatamente, sobre as relações jurídicas de trato continuado (duradouras ou sucessivas), mesmo quando declaradas por sentença que as apreciou em demanda individualizada.

Convém frisar, entretanto, que a prevalência da força vinculante da Resolução do Senado sobre a sentença do caso concreto se dá a partir da data da sua vigência, não antes. Relativamente ao ocorrido no período anterior, não havendo, à época, o conflito acima apontado, vigorou, sem empecilho, o efeito vinculante da sentença proferida na demanda particular. As situações jurídicas decorrentes do seu cumprimento naquele período não são infirmadas nem anuladas automaticamente pela resolução superveniente, cuja força não é retroativa. Assim, para desfazer as conseqüências então produzidas pela referida sentença, cumpre ao interessado utilizar as vias judiciais ordinárias, nomeadamente a da ação rescisória. No exemplo dado, o contribuinte que pretender a repetição das parcelas do imposto pagas, por força da sentença, antes do advento da Resolução do Senado poderá fazê-lo desde que obtenha a rescisão da sentença que impôs o pagamento. Nada impede, todavia, que o Fisco, espontaneamente, proceda à restituição do indébito, comportamento que estará legitimado pela inconstitucionalidade da norma, reconhecida e declarada, que contamina, desde a origem, a exigência do tributo.

Quid juris sobre a exequibilidade, após a Resolução do Senado, de obrigações anteriores ainda pendentes? Estaria ela assegurada pela força vinculante da sentença? Entendemos que não. Reproduz-se, na situação focada, o conflito entre a força vinculante da sentença do caso concreto e a da que decorre da decisão do Supremo e da Resolução do Senado. Entre uma e outra, mesmo que se esteja em fase de execução, a prevalência, pelos motivos antes expostos, é da segunda, que poderá ser invocada, em embargos do devedor, como causa extintiva da obrigação executada (CPC, art. 741, VI) (pp. 92-98).

8. Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao Recurso Especial

Superior Tribunal de Justiça

para, reconhecendo a ofensa à coisa julgada, restabelecer o *decisum* de primeiro grau que determinou o levantamento das importâncias depositadas a título de COFINS e de PIS calculadas sobre as receitas não-operacionais.

9. É o voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA**

Número Registro: 2011/0000689-1 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.227.655 / SC**

Números Origem: 200672000061897 200904000248207

PAUTA: 03/11/2011

JULGADO: 22/11/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ARNALDO ESTEVES LIMA**

Subprocurador-Geral da República

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

Secretária

Bela. **MÁRCIA ARAUJO RIBEIRO** (em substituição)

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FUNDAÇÃO CELESC DE SEGURIDADE SOCIAL - CELOS

ADVOGADO : MARIA INÊS MURGEL E OUTRO(S)

RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições - Contribuições Sociais - Cofins

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr. **FÁBIO AUGUSTO JUNQUEIRA DE CARVALHO**, pela parte RECORRENTE: FUNDAÇÃO CELESC DE SEGURIDADE SOCIAL - CELOS e o Dr. **JOSÉ PÉRICLES PEREIRA DE SOUSA**, pela parte RECORRIDA: FAZENDA NACIONAL

CERTIDÃO

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

A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Teori Albino Zavascki e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.