

22/04/2008

SEGUNDA TURMA

AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 402.748-8 PERNAMBUCO

**RELATOR** : **MIN. EROS GRAU**  
AGRAVANTE(S) : BALANÇA DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA  
ADVOGADO(A/S) : FABIANA WANESSA DA S. BEZERRA  
ADVOGADO(A/S) : BRUNO ROMERO PEDROSA MONTEIRO E  
OUTRO(A/S)  
AGRAVADO(A/S) : UNIÃO  
ADVOGADO(A/S) : PFN - JOÃO FERREIRA SOBRINHO

**EMENTA:** AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. PIS/PASEP E COFINS. EXTENSÃO DE TRATAMENTO DIFERENCIADO. ISONOMIA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.

1. O acolhimento da postulação da autora --- extensão do tratamento tributário diferenciado concedido às instituições financeiras, às cooperativas e às revendedoras de carros usados, a título do PIS/PASEP e da COFINS --- implicaria converter-se o STF em legislador positivo. Isso porque se pretende, dado ser ínsita a pretensão de ver reconhecida a inconstitucionalidade do preceito, não para eliminá-lo do mundo jurídico, mas com a intenção de, corrigindo eventual tratamento adverso à isonomia, estender os efeitos da norma contida no preceito legal a universo de destinatários nele não contemplados. Precedentes.

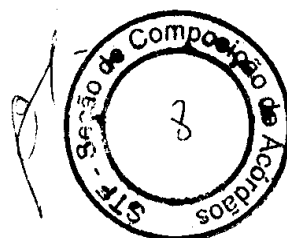
Agravo regimental não provido.

**A C Ó R D ã O**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de agravo.

Brasília, 22 de abril de 2008.

  
EROS GRAU - RELATOR



22/04/2008

SEGUNDA TURMA

AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 402.748-8 PERNAMBUCO

**RELATOR** : **MIN. EROS GRAU**  
AGRAVANTE(S) : BALANÇA DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA  
ADVOGADO(A/S) : FABIANA WANESSA DA S. BEZERRA  
ADVOGADO(A/S) : BRUNO ROMERO PEDROSA MONTEIRO E  
OUTRO(A/S)  
AGRAVADO(A/S) : UNIÃO  
ADVOGADO(A/S) : PFN - JOÃO FERREIRA SOBRINHO

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO Eros Grau: A decisão agravada tem o seguinte teor:

**"DECISÃO:** A empresa é contribuinte do PIS/PASEP e COFINS instituídos pelas Leis ns. 7/70 e 70/91 e disciplinados pela Lei n. 9.718/88 e pelas Medidas Provisórias n. 1.807, de 28 de janeiro de 1999, e n. 2.158-35, de 24 de agosto de 2001.

2. A recorrente sustenta que em virtude das disposições da Lei n. 9.718/98<sup>1</sup> está obrigada ao recolhimento das mencionadas contribuições, tendo como base de cálculo o faturamento, correspondente à receita bruta, considerada como a totalidade das receitas auferidas.

3. A autora argumenta que lhe tem sido exigida a obrigação tributária com base de cálculo superior a das instituições financeiras, das cooperativas, das revendedoras de automóveis e a das operadoras de planos de saúde, que se encontram em situação fiscal equivalente à sua. Esse fato constitui grave ofensa ao princípio da isonomia.

---

<sup>1</sup> Lei 9718/88:

Art. 2º - As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta lei.

Art. 3º. (...)

§ 5º. Na hipótese das pessoas jurídicas referidas no parágrafo 1º do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, serão admitidas, para os efeitos da COFINS, as mesmas exclusões e deduções facultadas para fins de determinação da base de cálculo da contribuição para o PIS/PASEP.

4. A causa de pedir dessa ação está circunscrita à pretensão da empresa de ver reconhecido o seu direito de recolher a contribuição para o PIS e para a COFINS, com base de cálculo idêntica a das referidas pessoas jurídicas, deduzidas as despesas operacionais.

5. O juízo de primeira instância indeferiu a pretensão. O Tribunal Regional Federal negou provimento ao recurso de apelação da contribuinte. O juízo *a quo* não vislumbrou ofensa ao princípio da isonomia, porque o tratamento diferenciado conferido às referidas pessoas jurídicas paradigmas decorre da situação jurídico-tributária e econômica que as distingue das demais. Por outro lado, o acórdão recorrido observou estar prevista no artigo 195, I e § 9º, da Constituição do Brasil<sup>2</sup> a possibilidade de as contribuições para a seguridade social terem base de cálculo e alíquotas diferenciadas em razão da atividade econômica exercida pela contribuinte.

6. A empresa interpôs recurso extraordinário contra esse acórdão, por entender inconstitucional o parágrafo 5º do artigo 2º da Lei 9.718/88. Argumenta que a discriminação tributária nele estabelecida viola os artigos 5º, II, 145, § 1º, e 150 da Constituição do Brasil. Pede, por isso, seja declarado o direito ao recolhimento da contribuição para o PIS/PASEP e COFINS nos moldes autorizados em favor das empresas referidas na lei, que aponta paradigmas.

7. A recorrente sustenta a inconstitucionalidade do § 5º do artigo 2º da Lei 9.718/88. Ao mesmo tempo em que busca a suspensão da eficácia do referido preceito, pede também seja garantido o seu direito ao recolhimento da exação fiscal nos moldes da legislação que reputa inválida.

8. Não verifico, no caso em exame, a presença de interesse jurídico da empresa a ser protegido pela providência jurisdicional requerida, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade do § 5º do artigo 2º da Lei 9.718/88 e, conseqüentemente, a suspensão da vigência do preceito que autoriza a exclusão ou deduções

---

<sup>2</sup> Constituição do Brasil

Art. 195. 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:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incide sobre:

(...)

§ 9º. As contribuições sociais previstas no inciso I deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculos diferenciadas, em razão da atividade econômica ou da utilização intensiva de mão-de-obra.

de despesas operacionais não modificaria a base de cálculo da contribuição a que está obrigada. A declaração de invalidade da lei não beneficiaria a contribuinte. Assim, o pedido mediato da autora é a declaração de inconstitucionalidade do preceito legal e sua pretensão imediata é o afastamento do fator apontado como anti-isonômico mediante a extensão às demais contribuintes das condições legais estabelecidas pelo legislador.

9. É evidente a impossibilidade jurídica do pedido. O acolhimento da postulação da autora implicaria converter a Corte em legislador positivo, dado ser ínsita a pretensão de ver reconhecida a inconstitucionalidade do preceito, não para eliminá-lo do mundo jurídico, mas com a intenção de, corrigido eventual tratamento anti-isonômico, estender os efeitos da norma contida no preceito legal a um universo de destinatários nele não contemplados (AI n. 142.344/MG-AgR, relator o Ministro Moreira Alves, DJ de 10.02.1995). A Constituição do Brasil estabeleceu a competência do Poder Judiciário para exercer o controle de constitucionalidade das leis, mas não lhe atribui funções de legislador positivo (ADI n. 2554/DF-AgR, relator o Ministro Maurício Corrêa, DJ de 13.09.2002).

10. O Supremo reiteradamente tem decidido que 'não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo (RTJ 126/48, RTJ 143/57, RTJ 146/461-462, RTJ 153/765, RTJ 161/739-740, RTJ 175/1137, v.g.), para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento (...). [O] Poder Judiciário - que não dispõe de função legislativa - passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes' (RE n. 322.348-AgR, relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 06.12.2002). Nesse sentido o julgamento da Representação n. 1.451-7-DF, acórdão publicado na RTJ 127/789-808, verbis:

'A jurisprudência desta Corte é firme no entendimento de que, por via de declaração de inconstitucionalidade de parte da lei, não pode ela alterar o sentido inequívoco

desta, o que implicaria, em última análise, criar lei nova, por diversa, em seu sentido, da existente. Corte Constitucional só pode atuar como legislador negativo, não, porém, como legislador positivo'.

Nego seguimento ao recurso com fundamento no disposto no § 1º do artigo 21 do RISTF."

2. A agravante sustenta que houve um equívoco quanto à indicação dos artigos violados, observando que, nos termos da argumentação constante da peça recursal, o acórdão recorrido mal fere os artigos 5º, *caput*, e 150, II, da Constituição do Brasil.

3. Requer o provimento deste regimental.

É o relatório.

V O T O

O SENHOR MINISTRO Eros Grau (Relator): As alegações da agravante não infirmam a decisão impugnada.

2. Tal e qual demonstrado na decisão que se pretende reformar, é evidente a impossibilidade jurídica do pedido. O acolhimento da postulação da autora --- extensão do tratamento tributário diferenciado concedido às instituições financeiras, às cooperativas e às revendedoras de carros usados, a título do PIS/PASEP e da COFINS --- implicaria converter-se o STF em legislador positivo. Isso porque se pretende, dado ser ínsita a pretensão de ver reconhecida a inconstitucionalidade do preceito, não para eliminá-lo do mundo jurídico, mas com a intenção de, corrigindo eventual tratamento adverso à isonomia, estender os efeitos da norma contida no preceito legal a universo de destinatários nele não contemplados [AI n. 142.344-AgR, Relator o Ministro Moreira Alves, DJ de 10.2.95].

3. A Constituição do Brasil estabelece a competência do Poder Judiciário para exercer o controle de constitucionalidade das leis, mas não lhe atribui funções de legislador positivo [ADI n. 2.554-AgR, Relator o Ministro Maurício Corrêa, DJ de 13.9.02].

4. O Supremo reiteradamente tem decidido que "não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo (RTJ 126/48, RTJ 143/57, RTJ 146/461-462, RTJ 153/765, RTJ 161/739-740, RTJ 175/1137, v.g.), para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser


RE 402.748-AgR / PE

legitimamente definidos pelo Parlamento. [...] o Poder Judiciário - que não dispõe de função legislativa - passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes" [RE n. 322.348-AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 6.12.02].

5. No mesmo sentido a Representação n. 1.451, Relator o Ministro Moreira Alves [RTJ 127/789-808], *verbis*:

"A jurisprudência desta Corte é firme no entendimento de que, por via de declaração de inconstitucionalidade de parte da lei, não pode ela alterar o sentido inequívoco desta, o que implicaria, em última análise, criar lei nova, por diversa, em seu sentido, da existente. Corte Constitucional só pode atuar como legislador negativo, não, porém, como legislador positivo".

Nego provimento ao agravo regimental.



**SEGUNDA TURMA****EXTRATO DE ATA****AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 402.748-8**

PROCED.: PERNAMBUCO

**RELATOR : MIN. EROS GRAU**

AGTE.(S): BALANÇA DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA

ADV.(A/S): FABIANA WANESSA DA S. BEZERRA

ADV.(A/S): BRUNO ROMERO PEDROSA MONTEIRO E OUTRO(A/S)

AGDO.(A/S): UNIÃO

ADV.(A/S): PFN - JOÃO FERREIRA SOBRINHO

**Decisão:** Negado provimento. Votação unânime. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes. Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Cezar Peluso. **2ª Turma**, 22.04.2008.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Gonçalves.

Carlos Alberto Cantanhede  
Coordenador