



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.328.208 - RJ (2012/0117204-9)

RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON
AGRAVANTE : SHELL BRASIL LTDA E OUTROS
ADVOGADO : SANDRO MACHADO DOS REIS E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL - COMPENSAÇÃO DE VALORES RECOLHIDOS A TÍTULO DE PIS E COFINS SOBRE A RECEITA BRUTA - ART. 535 DO CPC - OMISSÃO NÃO OCORRIDA.

1. As questões ventiladas nos embargos de declaração, basicamente duas (base de cálculo do PIS prevista na Lei 9.715/98 e os efeitos concretos da inconstitucionalidade do dispositivo), são ambas de natureza constitucional, só pertinentes para discussão em RE

2. As ditas omissões ademais, inexistem, porque as instâncias de origem esquadriharam todos os aspectos da querela, inclusive a extensão do benefício em favor das empresas que efetuaram pagamento "a maior", indicando o período da ocorrência, aplicando a pacífica jurisprudência sobre o tema, após a declaração de inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo do PIS pela Lei 9.715/98.

3. Além da impossibilidade do STJ examinar questões de índole constitucional, inexistem as omissões apontadas.

4. Agravo regimental provido para negar provimento ao recurso especial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo regimental para negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a), sem destaque." Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília-DF, 14 de maio de 2013(Data do Julgamento)

MINISTRA ELIANA CALMON
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.328.208 - RJ (2012/0117204-9)

RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON
AGRAVANTE : SHELL BRASIL LTDA E OUTROS
ADVOGADO : SANDRO MACHADO DOS REIS E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON: Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que deu provimento a recurso especial, por violação do art. 535, II, do CPC, determinando o retorno dos autos à origem, para análise da questão suscitada em embargos de declaração opostos pelo ora agravado.

Afirma o agravante que as questões apresentadas pela Fazenda Nacional em embargos de declaração não têm relevância para o deslinde da controvérsia.

Defende que, ainda que se admitisse qualquer omissão por parte da instância de origem, também não haveria como ser acolhida a pretensão porque o debate em torno da extensão do conceito de faturamento tem natureza exclusivamente constitucional.

Entende ainda versarem os autos sobre matéria pacificada, não se justificando seja a decisão final postergada por força de meras dúvidas subjetivas ou elucubrações da Fazenda Nacional.

Requer seja reconsiderada a decisão, a fim de se negar seguimento ao recurso da Fazenda Nacional.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.328.208 - RJ (2012/0117204-9)

RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON
AGRAVANTE : SHELL BRASIL LTDA E OUTROS
ADVOGADO : SANDRO MACHADO DOS REIS E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (Relatora): Tem-se, na origem, mandado de segurança impetrado por SHELL BRASIL LTDA, **SHELL GÁS TRANSPORTADORA DO BRASIL LTDA**, EXPRESS LOJAS DO CONVENIÊNCIAS E SERVIÇOS LTDA, e ICOLUB INDÚSTRIA DE LUBRIFICANTES S/A com vistas à compensação de valores indevidamente recolhidos a título de PIS e COFINS.

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região negou provimento às apelações, conforme acórdão de fls. 1569/1582, adotando o seguinte fundamento:

No que se refere à inconstitucionalidade da Lei 9.718/98 ao ampliar o conceito de faturamento, o Plenário do eg. Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida no RE nº 390840/MG, julgado em 09.11.2005, pacificou o entendimento de ser inconstitucional o § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, que modificou a base de cálculo referente ao PIS e à COFINS, uma vez que, ao ampliar o conceito de faturamento, instituiu, sem o devido supedâneo constitucional, novas fontes de contribuição.

Vale transcrever trecho do voto proferido pelo Excelentíssimo Sr. Ministro Marco Aurélio, Relator do Recurso Extraordinário nº 346.084-6/PR, ao tratar da Lei 9.718/98:

“No artigo 3º, deu-se enfoque todo próprio, definição singular ao instituto faturamento, olvidando-se a dualidade faturamento e receita bruta de qualquer natureza, pouco importando a origem, em si, não estar revelada pela venda de mercadorias, de serviços, ou de mercadorias e serviços:

Art 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

Não fosse o § 1º que se seguiu, ter-se-ia a observância da jurisprudência desta Corte, no que ficara explicitado, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1/DF, a sinomínia dos vocábulos “faturamento” e “receita bruta”. Todavia, o § 1º veio a definir esta última de forma toda própria:

§ 1º Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.

O passo mostrou-se demasiadamente largo, olvidando-se, por completo, não só a Lei Fundamental como também a interpretação desta já proclamada pelo Supremo Tribunal Federal. Fez-se incluir no conceito de receita bruta todo e qualquer aporte contabilizado pela empresa, pouco importando a origem, em si, e a classificação que deva ser levada em conta sob o ângulo contábil.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em síntese, o legislador ordinário (logicamente não no sentido vulgar, mas técnico-legislativo) acabou por criar uma fonte de custeio da seguridade à margem do disposto no artigo 195, com a redação vigente à época, e sem ter presente a regra do § 4º nele contida, isto é, a necessidade de novas fontes destinadas a garantir a manutenção ou a expansão da seguridade social pautar-se pela regra do artigo 154, inciso I, da Constituição Federal, que é explícito quanto à exigência de lei complementar. Antecipou-se à própria Emenda Constitucional nº 20, no que, dando nova redação ao artigo 195 da Constituição Federal, versou a incidência da contribuição sobre a receita ou o faturamento.”

(...)

Ou bem a lei surge no cenário jurídico em harmonia com a Constituição Federal, ou com ela conflita, e aí afigura-se írrita, não sendo possível o aproveitamento, considerado texto constitucional posterior e que, portanto, é época não existia.”

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 20/98, que implementou modificações na redação original do art. 195, I, da Carta Maior, ampliando a sua base de cálculo para “receita ou faturamento”, criou-se uma nova base constitucional para que novas normas pudessem regular a base de cálculo do PIS e da COFINS nos moldes da Lei 9.718/98, o que veio a ocorrer em relação ao PIS com a Medida Provisória nº 66/02, convertida posteriormente na Lei nº 10.637/02, e em relação à COFINS, com a Medida Provisória nº 135/03, convertida na Lei nº 10.833/03, que dispuseram que a base de cálculo das ditas contribuições será a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica. Destarte, não há mais que se falar em inconstitucionalidade do PIS a partir de 30 de agosto de 2002 e da COFINS, após 31 de outubro de 2003, datas das promulgações das referidas Medidas Provisórias.

A Fazenda Nacional opôs embargos de declaração, alegando a ocorrência de omissão e obscuridade, solicitando que o Tribunal de origem se manifestasse sobre a tese de que toda receita resultante da atividade típica da pessoa jurídica é receita operacional e integra o seu faturamento, independente do que veio estabelecer o § 1º do artigo 3º da Lei 9.718/98, declarado inconstitucional, consoante se verifica às fls. 1604/1614, *in verbis*:

V. OMISSÃO: DOS EFEITOS CONCRETOS DA INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º, DO ART. 3º, DA LEI 9718/98, EM RELAÇÃO ÀS AUTORAS.

Cabe ressaltar ainda, como ponto fundamental a todo o exposto, que no contrato social das quatro impetrantes consta como objeto da empresa a participação em outras sociedades, como forma de realizar o objeto social ou de beneficiar-se de incentivos fiscais, agir em nome e por conta própria ou de terceiros, como se vê em fls.41/43 (Shell Brasil S/A), em fls.56 (Shell Gás Transportadora do Brasil Ltda.), em fls. 83/84 (Express Lojas de Conveniências e Serviços Ltda.) e em fls. 110 (Icolub Ind. de Lubrificantes S/A) . Aliás, a gestão de participações societárias é a única e exclusiva atividade constante no objeto social da impetrante - Shell Gás Transportadora do Brasil Ltha.

Esta ressalva é relevante porque as autoras pleiteiam, e restou definido no v. acórdão embargado, que o PIS e a COFINS incidam somente sobre o resultado da venda de mercadorias e da prestação de serviços, que é muito diferente de simplesmente declarar a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, uma vez que mantido o *caput*, estabelecendo a incidência sobre receita bruta das empresas.

Assim, conclui-se que a r. decisão embargada estendeu equivocadamente o recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal, no qual foi reconhecida



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incidenter tantum a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei n. 9.718/98, por entender que a noção de faturamento referida no art. 195, I, da Constituição da República, na redação anterior à EC 20/98, não legitimava a incidência de tais contribuições sobre a totalidade das receitas auferidas pelas empresas contribuintes. Cabe, neste momento, tecer algumas considerações pertinentes à situação específica das *holdings* (empresas cujo objeto é a participação societária em outras empresas), como as autoras.

A legislação anterior à Lei n. 9.718/98 previa, como base de cálculo do PIS e da COFINS, o faturamento, conceito equivalente ao de receita bruta operacional, nos "termos da legislação do imposto de renda (LC 70/91, LC 7/70 e Lei n. 9.715/98). Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal já havia firmado o entendimento de que não há diferença, em termos fiscais, entre os conceitos de faturamento e receita bruta.

A Lei n. 9.718/98, em seu artigo 3º, § 1º, determinou que nessa base de cálculo seriam incluídas todas as receitas do contribuinte, sendo irrelevante a classificação contábil adotada para as receitas. Essa alteração específica operada pelo § 1º é que foi considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, de sorte que a base de cálculo das contribuições, no período anterior à EC 20/98, não poderia ser considerada como a totalidade das receitas do contribuinte, mas apenas o faturamento/receita bruta, conforme definido na legislação do imposto de renda, o que corresponde às receitas das atividades típicas da empresa e são qualificadas como receita bruta operacional.

Entretanto, as autoras sugerem na petição inicial que apenas com o advento da Lei nº 9.718/98, ao estabelecer a incidência das aludidas contribuições sobre "a totalidade das receitas auferidas" é que elas teriam passado a incidir sobre a receita bruta operacional, resultado das operações próprias do objeto social da pessoa jurídica, tentando induzir a equivocada conclusão de que o PIS e a COFINS deve incidir somente sobre o resultado das vendas e prestação de serviços, o que, no caso das *holdings*, levaria a uma incidência nula, pois este tipo de empresa não vende mercadorias nem presta serviços, tendo como receita apenas o resultado da participação societária em outras empresas.

Então, de forma camuflada, foi ali inserida a idéia de que a receita bruta decorrente de atividades próprias do objeto social da empresa não fazem parte do faturamento de nenhuma espécie de contribuinte, o que somente operar-se-ia com a inovação da malsinada lei, ao falar em "totalidade das receitas".

Entretanto, ao expor tal linha de raciocínio, as autoras deliberadamente omitem o fato de que, tendo como objeto social a participação societária em outras empresas e que, mesmo com base na legislação anterior à Lei n. 9.718/98, as receitas decorrentes desta atividade já estavam incluídas no conceito de faturamento/receita bruta, porque decorrentes do exercício de sua atividade econômica, do seu objeto social, representando, assim, sua receita operacional.

Exemplificando, ainda que afastada a aplicação do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998, as receitas financeiras, para as instituições financeiras e assemelhadas, integram seu faturamento, e são o resultado direto, perfeito e acabado de sua atividade principal. Constituem, portanto, seu faturamento/receita operacional, base de cálculo do PIS e da COFINS, mesmo antes da Lei 9.718/98. Já um estabelecimento comercial aplica recurso no mercado financeiro, obtendo lucro, isso é, para ele, como para qualquer outro, receita financeira, só que, no caso dele, não-operacional! Porque sua atividade empresarial não é "aplicar recursos no mercado financeiro", mas, sim, o comércio de bens. Assim, para esse tipo de contribuinte, as receitas financeiras, que foram incluídas na base de cálculo do PIS e da COFINS pelo artigo 3º, § 1º, da Lei n. 9.718/98, seriam novamente excluídas dessa base de cálculo, com o reconhecimento da inconstitucionalidade desse dispositivo legal.

Em síntese: toda receita resultante da atividade típica da pessoa jurídica, de seu objetivo empresarial, de acordo com sua natureza e conforme previsto em seu estatuto ou contrato social, é receita operacional e integra seu faturamento, independentemente do que veio estabelecer a Lei 9.718/98. Apenas as receitas que transbordam desse enquadramento - abarcadas pela expressão "totalidade das receitas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

auferidas" - é que não seriam alcançadas pela legislação anterior à Lei 9.718/98. No entanto, o Tribunal de origem rejeitou os embargos sob a alegação de inexistência de qualquer vício (fls. 1623/1634) sem, contudo, manifestar-se sobre as teses jurídicas ali veiculadas e anteriormente referidas em sede de apelação (fls. 1493/1518).

Os embargos foram rejeitados o que ensejou a interposição de recurso especial, provido pela Desembargadora Diva Malembi, em decisão monocrática, por entender haver omissão do Tribunal de origem, sendo pertinente o conhecimento e provimento do especial por violação ao artigo 535 do CPC.

Entendo, com a devida venia da magistrada cuja decisão examino, ser indevido o provimento do recurso, porque as teses ventiladas nos embargos de declaração aviados pela Fazenda no Tribunal de origem são toas duas de conteúdo constitucional.

Com efeito, a questão da aplicação da base de cálculo prevista na Lei 9.715/98 para o cálculo do PIS foi examinada e esquadrihada pelo STF, o qual estabeleceu o precedente utilizado pelas instâncias ordinárias no julgamento deste mandado de segurança.

De referência á segunda questão posta nos embargos da Fazenda, "efeitos concretos da inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 3º, da Lei 9.718/98, do mesmo modo é enfrentamento de natureza constitucional e como tal impertinente no âmbito do STJ, devendo ter o seu desfecho no STF. Daí ter a Fazenda também aviado recurso extraordinário.

O retorno dos autos à instância de origem, para novamente ser a matéria revista por um Tribunal abarrotado de processo é uma demasia, principalmente quando estamos diante de uma questão jurídica já sedimentada pela jurisprudência, diante da inconstitucionalidade declarada do parágrafo 1º, do artigo 3º, da Lei 9.718/98.

E não se diga que o Tribunal extrapolou do decidido, eis que a sentença, assim como o acórdão foram precisos quanto aos limites da devolução do indébito, chegando a indicar os períodos de pagamento a maior, diante do advento da Lei 11.941/2009, diploma que deu legalidade à ampliação da base de cálculo como pretendido pela Lei 9.718/98.

Com estas considerações, à mingua de omissão, como alegado pela Fazenda, DOU PROVIMENTO ao agravo regimental para, reformando a decisão monocrática negar provimento ao recurso especial.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2012/0117204-9 **AgRg no**
PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.328.208 / RJ

Números Origem: 115062820054025101 200551010115063

PAUTA: 14/05/2013

JULGADO: 14/05/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ELIANA CALMON**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO : SHELL BRASIL LTDA E OUTROS
ADVOGADO : SANDRO MACHADO DOS REIS E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições - Contribuições Sociais - Cofins

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : SHELL BRASIL LTDA E OUTROS
ADVOGADO : SANDRO MACHADO DOS REIS E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

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, deu provimento ao agravo regimental para negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a), sem destaque."

Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.