

13/06/2023

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 400.479 RIO DE JANEIRO

RELATOR : **MIN. CEZAR PELUSO**
REDATOR DO : **MIN. DIAS TOFFOLI**
ACÓRDÃO RISTF
EMBTE.(S) : AXA SEGUROS BRASIL S/A
ADV.(A/S) : GUSTAVO MIGUEZ DE MELLO
EMBDO.(A/S) : UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

EMENTA

Embargos de declaração em agravo regimental em recurso extraordinário. Direito tributário. PIS/COFINS. Conceito de faturamento. Seguradoras. Prêmio decorrente de contrato de seguro.

1. A legislação histórica conectada ao PIS/COFINS demonstra que o conceito de faturamento sempre significou receita bruta operacional decorrente das atividades empresariais típicas das empresas.

2. Na mesma direção, o Tribunal passou a esclarecer o conceito de faturamento, construído sobretudo no RE nº 150.755/PE, sob a expressão receita bruta de venda de mercadorias ou de prestação de serviços, querendo significar que tal conceito está ligado à ideia de produto do exercício de atividades empresariais típicas, ou seja, que nessa expressão se incluem as receitas operacionais resultantes do exercício dessas atividades, tal como defendido pelo Ministro **Cezar Peluso** no RE nº 400.479/RJ-AgR-ED.

3. No caso das seguradoras, as receitas de prêmios por elas auferidas em razão dos contratos de seguro estão abrangidas pelo conceito de faturamento, ficando tais receitas sujeitas ao PIS/COFINS, ante a Lei nº 9.718/98, mesmo em sua redação original, ressalvando-se as exclusões e as deduções legalmente prescritas.

4. Embargos de declaração acolhidos para prestar esclarecimentos, sem efeitos infringentes.

RE 400479 AGR-ED / RJ

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual do Plenário de 2 a 12/6/23, na conformidade da ata do julgamento e nos termos do voto do Ministro Cezar Peluso (Relator), por maioria de votos, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, os quais votaram em assentadas anteriores, em acolher os embargos de declaração para prestar esclarecimentos, sem alteração do teor do acórdão embargado. Não participaram deste julgamento os Ministros Alexandre de Moraes e André Mendonça, por sucederem, respectivamente, os Ministros Cezar Peluso e Marco Aurélio. Não votou o Ministro Luiz Fux. Redigirá o acórdão o Ministro Dias Toffoli (art. 38, inciso IV, alínea **b**, do RISTF).

Brasília, 13 de junho de 2023.

Ministro Dias Toffoli
Redator do acórdão

25/09/2007

SEGUNDA TURMA

EMB.DECL. NO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 400.479 RIO DE JANEIRO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (RELATOR) – Senhor Presidente, é a questão da interpretação da base de cálculo da COFINS, para saber se aqui a palavra “faturamento” inclui ou não receitas operacionais. As seguradoras e os bancos não querem pagar a COFINS. Então estou sugerindo remeter a matéria ao Plenário, para examinarmos isso em profundidade.

Até porque, ao que andei estudando sobre a matéria, Senhor Presidente, a palavra “faturamento” não é conceito contábil, a palavra “faturamento” é palavra corrente, corriqueira, que a Constituição usou no sentido comum, não no sentido contábil, para distinguir entre lucro operacional, receita operacional e faturamento. Então acho que a matéria exige que o Plenário se manifeste sobre a base de cálculo.

Portanto, sugiro a remessa ao Plenário.

CP

19/08/2009

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 400.479 RIO DE JANEIRO

PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (RELATOR) - Senhor Presidente, é o caso de embargos. Há requerimento aqui da embargante que pede sustentação oral. Em embargos de declaração, de regra não seria o caso; mas ouço a Corte.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Não há sustentação oral?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (RELATOR) - A princípio, pelo Regimento, não há sustentação oral.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO

19/08/2009

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 400.479 RIO DE JANEIRO

D E B A T E

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) -
Ouço a Corte.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, também em agravo não cabe sustentação.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Também entendo assim, Senhor Presidente, acho que seria o caso da entrega oportuna de memoriais.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Embora nós ouçamos sempre com prazer o Doutor Gustavo Miguez de Mello e também o Procurador-Geral, Dr. Luís Carlos Martins.

19/08/2009

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 400.479 RIO DE JANEIRO

VOTOS/PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, o caso foi afetado ao Plenário. Afetado o julgamento de embargos declaratórios contra acórdão da Turma?

Vejo, de início, e vou reiterar o que já assentei neste Plenário, mesclagem imprópria, ou seja, tem-se acórdão da Turma que se diz não aperfeiçoado, e esse aperfeiçoamento se dará pelo Plenário. Não sei o que teria levado a própria Turma a deslocar o julgamento, dos declaratórios, para o Colegiado Maior.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (RELATOR) - É pela importância e relevância da questão de saber os limites da base de cálculo da CONFINS. Entende o que significaria o faturamento.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Houve um julgamento primeiro, no campo monocrático, no agravo de instrumento?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - No agravo regimental.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (RELATOR) - No agravo regimental.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sim, mas houve um julgamento primeiro, pelo Relator, de recurso extraordinário.

Vossa Excelência julgou o fundo do extraordinário. Transmudou, então, decisão que era favorável à embargante?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (RELATOR) - Foi dado parcial provimento ao recurso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sim, monocraticamente e, depois, no regimental, se admitiu sustentação?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (RELATOR)- Não, no regimental, não.

RE 400479 AGR-ED / RJ

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) -
Vieram os embargos de declaração, afetando para o Plenário.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, vou adotar a posição que penso conciliar os valores em jogo.

Se, de um lado, é certo que o Relator pode apreciar, monocraticamente, o extraordinário e pode também trazê-lo ao Colegiado, de outro, não menos correto – a meu ver –, é admitir-se, numa situação ou noutra, indo o processo ao Colegiado, a sustentação da tribuna.

É certo que essa sustentação já se daria pela vez primeira no julgamento do regimental, e ela não ocorreu, porque não teria o representante processual assomado à tribuna, para pedir a palavra. Mas não menos correto é que a Turma, defrontando-se com declaratórios, assentou a relevância da matéria e deslocou, inclusive, o julgamento, que visa ou a integração ou o aperfeiçoamento, gênero da prestação jurisdicional, para o Plenário. Se vamos adotar entendimento – e esse foi o móvel do deslocamento da Turma para o Plenário –, tudo recomenda que se viabilize, à exaustão, a defesa pelos interessados.

Por isso, pronuncio-me, abrindo uma exceção, neste caso peculiar, no sentido de ter-se a sustentação da tribuna.

19/08/2009

PLENÁRIO

**EMB.DECL. NO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 400.479 RIO DE
JANEIRO**

19/08/2009

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 400.479 RIO DE JANEIRO

RELATOR : **MIN. CEZAR PELUSO**
EMBTE.(S) : AXA SEGUROS BRASIL S/A
ADV.(A/S) : FRANCISCO CARLOS ROSAS GIARDINA E
OUTRO(A/S)
ADV.(A/S) : GUSTAVO MIGUEZ DE MELLO
EMBDO.(A/S) : UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (Relator): 1. Trata-se de embargos de declaração opostos contra decisão que, em agravo regimental, confirmou decisão monocrática de minha lavra e de teor seguinte:

“DECISÃO: 1. Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão proferido por Tribunal Regional Federal, acerca da constitucionalidade de dispositivos da Lei nº 9.718/98.

2. Consistente, em parte, o recurso.

Uma das teses do acórdão recorrido está em aberta divergência com a orientação da Corte, cujo Plenário, em data recente, consolidou, com nosso voto vencedor declarado, o entendimento de inconstitucionalidade apenas do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, que ampliou o conceito de receita bruta, violando assim a noção de faturamento pressuposta na redação original do art. 195, I, b, da Constituição da República, e cujo significado é o estrito de **receita bruta das vendas de mercadorias e da prestação de serviços de qualquer natureza, ou seja, soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais** (cf. RE nº 346.084-PR, Rel. orig. Min. ILMAR

RE 400.479 AGR-ED / RJ

GALVÃO; RE nº 357.950-RS, RE nº 358.273-RS e RE nº 390.840-MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, todos julgados em 09.11.2005. Ver Informativo STF nº 408, p. 1).

No mesmo julgamento, o Plenário afastou a argüição de inconstitucionalidade da Lei nº 9.715/98, bem como do art. 8º da Lei nº 9.718/98, que prevê majoração da alíquota da COFINS de 2% para 3%. E estabeleceu, ainda, que, ante a exigência contida no art. 195, § 6º, da Constituição Federal, a Lei nº 9.718/98 entrou a produzir efeitos a partir de 1º de fevereiro de 1999.

No que toca à compensação facultada à pessoa jurídica pelo § 1º do art. 8º da Lei nº 9.718/98, esta Corte, no julgamento do RE nº 336.134 (Pleno, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, DJ de 16.05.2003), reputou-a constitucional, ao afastar alegada ofensa ao princípio da isonomia.

3. Diante do exposto, e com fundamento no art. 557, § 1º-A, do CPC, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento, para, concedendo, em parte, a ordem, excluir, da base de incidência do PIS e da COFINS, receita estranha ao faturamento da recorrente, entendido esse nos termos já suso enunciados. Custas em proporção.

Publique-se. Int..

Brasília, 29 de novembro de 2005." (fl. 429, g.n.).

2. Pretende a embargante imprimir efeitos infringentes ao recurso, sob alegação de que:

(a) o acórdão embargado não teria apreciado suposta isenção das empresas seguradoras ao pagamento das contribuições para o PIS e a Cofins, assegurada pelo art. 11 da Lei Complementar nº 70/91;

(b) a decisão seria também omissa, pois ter-se-ia absterido de apreciar a tese segundo a qual *"a embargante não presta serviços nem vende mercadorias"* (fls. 455), sem sendo seguradora e, como tal, não sujeita às contribuições. Em obséquio da tese, desenvolve o seguinte raciocínio: *"Como as seguradoras não se incluem (I) entre as empresas vendedoras de mercadorias, (II) entre as prestadoras de serviços e (III) entre as empresas mistas*

RE 400.479 AGR-ED / RJ

vendedoras de mercadorias e prestadoras de serviço, é todo inaplicável a elas o artigo 2º e 3º da Lei nº 9.718/98. Não tendo havido inovações na legislação tributária da COFINS referente às companhias de seguros, continua sendo aplicado a elas o disposto no artigo 11, parágrafo único da Lei Complementar nº 70/91.” (fls. 456);

(c) haveria contradição no acórdão, “(...) na medida em [que] ele dá a devida prevalência ao artigo 110 do Código Tributário Nacional, mas utilizando um conceito de faturamento (receitas decorrentes da atividade própria da empresa) que não se coaduna com o alcance de faturamento como fixado pela legislação e por este Excelso Pretório” (fl. 460). Entende a embargante que se deva empregar o conceito de faturamento adotado pela Constituição, que “tem conteúdo técnico real que não pode ser desprezado pelo aplicador do Direito” (fls. 459). A contradição teria surgido, em suma, porque, apesar de ter invocado a noção de faturamento constante dos precedentes do Plenário (REs nº 346.084, 357.950, 358.273 e 390.840), equivalente àquela receita decorrente “da venda de mercadorias, da venda de serviços ou de mercadorias e serviços”, a decisão monocrática teria acrescentado “algo não contido na firme jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal.” (fls. 462). Noutras palavras, a expressão “a soma das receitas oriundas das atividades empresariais” discreparia da orientação do Plenário da Corte em matéria de base de cálculo das contribuições para o PIS e a Cofins.

3. Em face do caráter modificativo dos embargos, determinei abertura de vista à Fazenda Nacional, que se manifestou nos seguintes termos:

(a) a declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, §1º, da Lei nº 9.718/98 conduz, efetivamente, à conclusão de que “a base de cálculo da Cofins é sim a prevista no artigo 2º da LC nº 70/91. Mas de forma alguma tal declaração tem o condão de tornar a embargante não contribuinte da Cofins.” (fls. 470). A embargante está sujeita às contribuições, não havendo falar em não incidência, nem cogitar de isenção por ausência de receita de venda de mercadorias ou serviços;

(b) a isenção do art. 11 da LC nº 70/91, materialmente ordinária, foi

RE 400.479 AGR-ED / RJ

“legitimamente derogada por disposição em contrário pelo artigo 2º e artigo 3º, § 5º, da Lei 9.718/98” (fls. 472);

(c) os prêmios de seguros incluem-se na base de cálculo das contribuições, conforme entendimento do Plenário do STF no **RE nº 150.155**, *“não sendo inédita a inclusão de receitas financeiras no conceito de faturamento.”* (fls. 472);

(d) o conceito de serviço deve ser depreendido do *“contexto sistemático da constituição”* e abrange, mais do que a acepção comum do vocábulo deixa transparecer, prestações de diversas naturezas, *“bancária, financeira, de crédito e securitária”* (fls. 473), tanto que, na **ADI nº 2.591**, o STF decidiu que tais instituições se submetem à disciplina do Código de Defesa do Consumidor; e

(e) a redução de alíquota da CSLL das instituições financeiras ocorreu concomitantemente à *“derrogação da isenção conferida na Lei Complementar nº 70, de 1991, pela Lei nº 9.718, de 1998, para compensar e equilibrar os encargos tributários sobre a atividade bancária.”* (fls. 474).

É o relatório.

19/08/2009

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 400.479 RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (Relator): 1.
Inconsistente o recurso.

Aponto desde logo a debilidade do argumento segundo o qual a isenção constante do art. 11 da LC 70/91 não poderia ter sido revogada por lei ordinária. A respeito, transcrevo excerto da exauriente decisão do Min. CELSO DE MELLO:

“(…) Cabe registrar, de outro lado, que, no recurso extraordinário a que se refere a presente ação cautelar, também se sustenta - considerado o princípio da reserva constitucional de lei complementar - que **o benefício da isenção concedido pelo art. 11, parágrafo único, da LC nº 70/91 não poderia ter sido derogado por simples lei ordinária (a Lei nº 9.718/98, art. 3º, § 5º)**. Como se sabe, a LC nº 70/91, ao instituir a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), isentou (art. 11, parágrafo único), de referida exação tributária, as instituições a que se refere o § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212/91. A Lei nº 9.718/98, no entanto, ao dispor sobre a legislação tributária federal, inclusive as contribuições para a seguridade social, **extinguiu o benefício isencional em questão**, estabelecendo, em seu art. 3º, § 5º, que, “Na hipótese das pessoas jurídicas referidas no § 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” (grifei). Daí o pretendido reconhecimento, em sede recursal extraordinária, de que, concedida a isenção mediante lei complementar, torna-se constitucionalmente inviável a derrogação de referido benefício tributário por simples lei ordinária. Mostra-se importante registrar que esta Corte já

RE 400.479 AGR-ED / RJ

assinalou, a propósito das contribuições a que se refere o art. 195 da Constituição (RTJ 143/313-314 - RTJ 143/684), que a lei ordinária revela-se tipo normativo juridicamente adequado à veiculação dessa modalidade de tributo, ressalvada a hipótese prevista no art. 195, § 5º, da Constituição (RTJ 188/743-744, item II). Não foi por outra razão que o Supremo Tribunal Federal, em pronunciamento concernente à própria COFINS, deixou assentado - como tive o ensejo de destacar em diversas decisões proferidas nesta Corte (RE 480.156/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RE 481.779/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) - **que a Lei Complementar nº 70/91, a despeito de seu caráter formalmente complementar, veiculou matéria não submetida à reserva constitucional de lei complementar, a permitir, por isso mesmo, que eventuais alterações no texto desse diploma legislativo pudessem ser introduzidas mediante simples lei ordinária** (RTJ 156/721-722). Ao assim decidir, esta Corte, examinando a delicada questão concernente às relações entre a lei complementar e a lei ordinária, teve presente o magistério da doutrina (GERALDO ATALIBA, "Lei Complementar na Constituição", p. 58, 1971, RT; JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, "Lei Complementar Tributária", p. 27, 1975, RT/EDUC; HUMBERTO ÁVILA, "Sistema Constitucional Tributário", p. 134, 2ª ed., 2006, Saraiva; SACHA CALMON NAVARRO COELHO, "Comentários à Constituição de 1988 - Sistema Tributário", p. 79, item n. 3.4, 9ª ed., 2005, Forense, v.g.), segundo o qual as **normas formalmente inscritas em lei complementar - mas que dispuserem, no entanto, sobre temas estranhos ao âmbito de incidência material** dessa espécie normativa (CF, art. 69) - **qualificam-se como regras legais meramente ordinárias**, subsumindo-se, em conseqüência, ao regime constitucional das leis ordinárias (RTJ 113/392, v.g.). Cumpre assinalar, por relevante, que esse entendimento reconhece inexistir qualquer vínculo hierárquico-normativo entre a lei complementar e a lei ordinária (MICHEL TEMER, "Elementos de Direito Constitucional", p. 146/148, item n. 4, 20ª ed., 2005, Malheiros; LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO/VIDAL

RE 400.479 AGR-ED / RJ

SERRANO NUNES JÚNIOR, "Curso de Direito Constitucional", p. 355/356, item n. 5.2, 9ª ed., 2005, Saraiva; GUILHERME PEÑA DE MORAES, "Direito Constitucional - Teoria da Constituição", p. 195, item n. 3.2, nota de rodapé n. 33, 2003, Lumen Juris, v.g.), valendo referir, no ponto, a autorizada observação de AIRES F. BARRETO ("ISS na Constituição e na Lei", p. 105, item n. 6.1, 2005, Dialética): "A lei complementar não é uma lei hierarquicamente superior à lei ordinária. Como ensina Souto Borges, lei complementar e lei ordinária têm campos de atuação absolutamente diversos; a matéria (o conteúdo) é diferente. Os campos de atuação de uma e outra são absolutamente diversos, mas isso não quer dizer que a lei complementar seja hierarquicamente superior à lei ordinária." (grifei) Impende lembrar, neste ponto, que **o Supremo Tribunal Federal, mediante decisões colegiadas emanadas de sua colenda Primeira Turma, tem reafirmado essa diretriz**, que afasta a alegação de superioridade da lei complementar em face da lei ordinária: "Contribuição social (CF, art. 195, I): legitimidade da revogação pela L. 9.430/96 da isenção concedida às sociedades civis de profissão regulamentada pela Lei Complementar 70/91, dado que essa lei, formalmente complementar, é, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída, materialmente ordinária; ausência de violação ao princípio da hierarquia das leis, cujo respeito exige seja observado o âmbito material reservado às espécies normativas previstas na Constituição Federal. Precedente: ADC 1, Moreira Alves, RTJ 156/721." (RE 451.988-AgR/RS, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - grifei) "(...) III. PIS/COFINS: revogação pela L. 9.430/96 da isenção concedida às sociedades civis de profissão pela LC 70/91. 1. A norma revogada - embora inserida formalmente em lei complementar - concedia isenção de tributo federal e, portanto, submetia-se à disposição de lei federal ordinária, que outra lei ordinária da União, validamente, poderia revogar, como efetivamente revogou. 2. Não há violação do princípio da hierarquia das leis - rectius, da reserva constitucional de lei complementar - cujo respeito exige

RE 400.479 AGR-ED / RJ

seja observado o âmbito material reservado pela Constituição às leis complementares. 3. Nesse sentido, a jurisprudência sedimentada do Tribunal, na trilha da decisão da ADC 1, 01.12.93, Moreira Alves, RTJ 156/721, e também pacificada na doutrina." (RE 419.629/DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - grifei) Cabe ressaltar, por necessário, que esse entendimento vem sendo observado em sucessivos julgamentos, proferidos no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a propósito de questão virtualmente idêntica à que ora se examina, atinente à revogação, pelo art. 56 da Lei nº 9.430/96, da isenção da COFINS que o art. 6º, II, da Lei Complementar nº 70/91 concedeu às sociedades civis de prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de profissão regulamentada (AC 1.071-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO - AI 305.861/RS, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - AI 508.337/RS, Rel. Min. CEZAR PELUSO - RE 425.612/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Vale destacar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento (ainda em curso) do RE 377.457/PR e do RE 381.964/MG, de que é Relator o eminente Ministro GILMAR MENDES, examinando a controvérsia constitucional pertinente à possibilidade jurídica de revogação, por simples lei ordinária, de isenção tributária concedida em sede de lei complementar (que extravasou, nesse tema, o âmbito de sua incidência), vem consagrando, por ampla maioria de oito (08) votos, o entendimento segundo o qual é constitucionalmente lícito, ao Poder Público, extinguir - presente o contexto ora referido - o benefício tributário em causa mediante legislação ordinária. O exame da postulação deduzida pela parte ora requerente evidencia que tal pleito - no que se refere à suposta inconstitucionalidade da revogação, pelo art. 3º, § 5º, da Lei nº 9.718/98, da isenção da COFINS anteriormente prevista no art. 11, parágrafo único, da LC nº 70/91 - não se ajusta à orientação jurisprudencial que vem prevalecendo nesta Suprema Corte, o que basta para descaracterizar, no ponto, sem prejuízo de oportuna reapreciação da matéria, a plausibilidade jurídica da pretensão cautelar em análise." (AC nº 1.645-MC, Rel. Min.

RE 400.479 AGR-ED / RJ

CELSO DE MELLO, DJ de 07.05.2007, g.n.).

Mas não custa lembrar que o Tribunal, em data recente, pôs termo à questão, reconhecendo, na sessão plenária de 17.09.2008, a validade da revogação da isenção das sociedades profissionais por lei ordinária (**RE nº 377.457 e 381.964**, Rel. Min. **GILMAR MENDES**). Também legítima, portanto, a revogação da isenção de que cuida a espécie – concedida por lei formalmente complementar, mas materialmente ordinária (LC nº 70/91) – pela Lei ordinária nº 9.718/98.

2. Em relação aos demais argumentos, a Corte vem sendo instada, neste e noutros recursos, manejados especialmente por empresas seguradoras e instituições financeiras, a elucidar de vez a precisa noção de “faturamento”, constante do art. 195, inc. I, da Constituição da República, na redação que precedeu à Emenda Constitucional nº 20/98.

Pretendo expor, de modo direto e objetivo, as razões pelas quais entendo que a noção de faturamento não apenas compreende a receita decorrente da venda de mercadorias, da prestação de serviços, ou de ambas, mas equivale à soma de todas as receitas oriundas do exercício das atividades empresariais. E advirto que tal moldura conceitual não implica admitir tributação por PIS/Cofins sobre receitas não operacionais em geral,¹ nem retroceder à noção de “receita bruta total”, já veementemente repelida pela Corte.

Deve-se reconhecer, no entanto, a existência de determinadas receitas, tipicamente empresariais, que, apesar de não resultarem da venda de bens, nem de prestação de serviços, compõem, inequivocamente, o conceito jurídico-constitucional de faturamento.

Assim, na explicitação que fiz na decisão monocrática, na qual me referi à “*receita bruta das vendas de mercadorias e da prestação de serviços de qualquer natureza, ou seja, soma das receitas oriundas do exercício das*

1 No sentido de “*outras receitas*”, “*receitas acessórias ou ocasionais das pessoas jurídicas*”, conforme propõe **RODRIGO CARAMORI PETRY** (*A incidência das contribuições PIS/Pasep e da Cofins e a dicotomia ‘faturamento’ versus ‘receita’ – reflexos tributários atuais*. In: Revista de Estudos Tributários (RET), nº 60, mar-abr. 2008, p. 30).

RE 400.479 AGR-ED / RJ

atividades empresariais”, não pretendi estabelecer nenhuma sinonímia entre as expressões, como pode soar à primeira vista. A prevalência semântica, no caso, é da segunda proposição, que, mais ampla, hospeda a idéia de faturamento como “*soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais*”. Essa é a posição que, em resumo, sustento, donde ter afirmado, na decisão da 2ª Turma que, por unanimidade, rejeitou o agravo regimental:

“Seja qual for a classificação que se dê às receitas oriundas dos contratos de seguro, denominadas prêmios, o certo é que tal não implica na sua exclusão da base de incidência das contribuições para o PIS e COFINS, mormente após a declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98 dada pelo Plenário do STF. É que, conforme expressamente fundamentado na decisão agravada, o conceito de receita bruta sujeita à exação tributária em comento envolve, **não só aquela** decorrente da venda de mercadorias e da prestação de serviços, **mas a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais.**”

I. O conceito de faturamento: da fatura comercial à atividade empresarial

3. Estão em confronto, neste tema, duas teorias: a de faturamento como sinônimo de receita de venda de bens e serviços, e a de faturamento como **resultado das atividades empresariais**. Discernindo-as, pretendo demonstrar que a última proposição é a mais conforme ao conceito jurídico-constitucional de faturamento e à realidade da moderna vida empresarial.

Antes, porém, será necessário examinar certos aspectos da evolução do Direito Comercial, que remontam à origem da idéia de faturamento e culminam na noção de atividade empresarial.

4. A entidade lingüística denominada *faturamento* não tem sentido

RE 400.479 AGR-ED / RJ

contábil preciso. Não pode, portanto, ser equiparada, sem maior reflexão, a conceitos contábeis que guardam sentido próprio consagrado,² como, por exemplo, o de receita bruta, receita operacional, receita bruta de vendas e serviços, pois é incomensurável e irreduzível a qualquer destes.

A expressão originou-se da prática comercial, como registra **EDVALDO BRITO**: *“faturamento, na linguagem técnico-jurídica, há de ter um só conteúdo semântico. Reitero, aqui, o meu entendimento, já antigo, de 28 anos atrás: é o ato de faturar, isto é, fazer alguma coisa, por isso, o Direito Comercial registra ser a fatura o instrumento que exprime a venda já consumada ou concluída, relacionando mercadorias ou artigos vendidos, indicando-se os respectivos preços, quantidade, demonstrações de qualidade e espécie; é extraído pelo vendedor e remetido por ele ao comprador.”*³

Faturamento significa, etimologicamente, o total das vendas relacionadas em fatura comercial. Lembra **FERNANDO NETTO BOITEUX**: *“já esclarecia o Visconde de Cairú serem as faturas ‘uma conta, memória, rol ou lista’ dos bens que são entregues a terceiro. Assim, faturamento seria a receita decorrente da emissão de faturas, nos termos da legislação comercial, razão pela qual só haveria faturamento nas vendas a prazo (...), as únicas nas quais é obrigatória a emissão de fatura.”*⁴

Ao longo do tempo, porém, com o desenvolvimento das atividades comerciais e a correlata expansão semiológica do termo, reconheceu-se a inaplicabilidade, no tema, desse conceito primitivo, historicamente situado e extremamente restrito: *“existe um conceito de faturamento em direito privado, decorrente da emissão de faturas, mas este conceito é distinto do conceito de faturamento para efeito tributário.”*⁵

Isso não significa, entretanto, haja ocorrido indevida alteração de conceito de Direito Privado para definição de competência tributária, com

2 Vide, p. ex., *Modelo de plano de contas*. In: Boletim IOB-Thomson, ano XXXIX, jan. 2005.

3 *Cofins e PIS/Pasep: conceito de faturamento e de receita bruta*. In: Revista Dialética de Direito Tributário (RDDT), nº 43, abr. de 1999, p. 63.

4 *Receita e faturamento: PIS e Cofins na Lei nº 9.718/98*. In: RDDT nº 61, out. de 2000, p. 61.

5 *Idem*, p. 63.

RE 400.479 AGR-ED / RJ

ofensa ao art. 110 do CTN. A questão é mais singela, porque a palavra “faturamento” **nunca** teve, no contexto da Constituição, o significado de vendas correspondentes a emissão de faturas!

É certo, assim, que a noção de faturamento, constante do corpo constitucional, não se reduz a essa definição, antiquada e em franco desuso, de vendas acompanhadas de fatura. Como o demonstra artigo do saudoso Ministro **FRANCIULLI NETTO**,⁶ publicado em 2005, deu-se nítida evolução na compreensão do termo:

“(…) a despeito da Excelsa Corte não acolher o sentido técnico-restrito e formal de fatura ou faturamento – entendido este como **a soma das faturas emitidas** -, incorporou o conceito de ‘faturamento’ derivado do objeto que a fatura pode representar, quer dizer, a compra e venda de mercadorias ou prestação de serviços.”

5. Estou, porém, em que a tentativa mesma de se definir, por sinonímia, faturamento como “receitas decorrentes de vendas de mercadorias, prestação de serviços ou ambos”, desconsidera parcela expressiva da composição do faturamento empresarial, tomado em sua verdadeira e moderna acepção.

E pretendo justificar a tese de que a noção constitucional de faturamento, embora não seja tão ampla que pudesse abranger a chamada “receita bruta”⁷ ou a “totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica”, como já assentou a Corte, não é tão estreito a ponto de excluir, de sua extensão lógico-jurídica, receitas auferidas no desempenho de atividades empresariais de seguradoras e bancos.

Nada mais equivocado, neste passo, do que afirmar-se, por exemplo:

6 *Cofins – a exclusão das receitas financeiras de sua base de cálculo. In: PIS-Cofins – questões atuais e polêmicas.* São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 79.

7 Porque “a receita bruta, além de abranger o faturamento [em sentido restrito], incorpora todas as outras receitas não operacionais da pessoa jurídica, tais como aluguéis, juros, correções monetárias, royalties, dividendos etc.” (CARVALHO, Paulo de Barros. “Cofins – a Lei n. 9.718/98 e a Emenda Constitucional n. 20/98”, In: *Revista de Direito Tributário* n. 75, p. 182.

RE 400.479 AGR-ED / RJ

“a expressão soma das receitas oriundas das atividades empresariais, a rigor, abarca todas as receitas oriundas da exploração de quaisquer atividades econômicas no âmbito de uma empresa. A rigor, se aprovada essa Súmula, estará simplesmente sendo negada a primeira parte da mesma [sic], que revela que a Suprema Corte declarou inconstitucional o preceito legal que – antes da Emenda Constitucional nº 20/98 – determinou a equiparação de faturamento ao montante compreensivo de todas as receitas.”⁸

Tal interpretação é grosseira, porque abstrai a profunda dessemelhança entre a idéia de receita bruta total e o conceito, mais apurado, de receitas oriundas do exercício das atividades empresariais.

Traçando panorama diacrônico da conotação do termo “faturamento”, temos que, assim como houve preterição ou superação do seu conceito como receita decorrente de “vendas mercantis formalizadas mediante fatura” em favor daqueloutro que o toma no sentido de receita advinda de “operações de vendas de mercadorias e serviços”, é mister atualizar esta definição à luz das atuais práticas empresariais, considerada a multiplicidade das atividades que ora compreendem.

O conceito de faturamento como “receita de vendas de bens e serviços”, suposto seja mais refinado que o de “totalidade de faturas emitidas”, por ser mais amplo que este, e que o de “totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica”,⁹ por ser mais preciso que este, ainda é mais restrito do que deve ser emprestado à definição constitucional de faturamento.¹⁰

8 **ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira.** *PIS e COFINS: conceitos normativos de faturamento*

e receita-São Paulo:MP, 2008, pp.30-36.

9 Noção introduzida, tosca e precipitadamente, pela Lei nº 9.718/98.

10 Dentre as três “alternativas exegéticas” sugeridas por **LUIZ GUSTAVO BICHARA**, a segunda é a mais adequada: “[i] faturamento = receita da venda de mercadoria e/ou da prestação de serviços; [ii] faturamento = **receita das atividades típicas** (receitas operacionais); [iii] faturamento = soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais (receitas operacionais e não-operacionais??)” (*Aplicação material da inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98. Receitas incluídas e não incluídas. In: II Congresso Internacional de Direito Tributário da Cidade do Rio de Janeiro: Tributação, Mercado e Direitos Fundamentais* (apresentação, maio

RE 400.479 AGR-ED / RJ

7. A doutrina comercialista mais acatada reconhece, há tempos, a relevância da chamada teoria da empresa. **FÁBIO KONDER COMPARATO** ensina que “o conceito básico do moderno direito comercial é o de *atividade empresarial*, substituindo a velha noção de ato de comércio. Atividade é uma série de atos tendentes ao mesmo escopo. (...) Ora, quem fala em ‘atividade econômica organizada’ supõe um complexo de bens destinados a um escopo produtivo”.¹¹ Sob essa perspectiva deve-se formular a idéia de faturamento sob a perspectiva da natureza e das finalidades da atividade empresarial.

Como afirmei nos precedentes sobre o alargamento da base de cálculo, “a fatura, emitida pelo vendedor, sempre representou a compra e venda mercantil, que, no contexto da legislação comercial então vigente, era a expressão genérica das vendas *inerentes ao exercício da atividade* do comerciante. Com a deslocação histórica do foco sobre a importância econômica e a tipificação dogmática da *atividade comercial*, do conceito de comerciante para o de *empresa*, justificava-se rever a noção de faturamento para que passasse a denotar agora as vendas realizadas pela empresa e relacionadas à sua ‘*atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços*’, como consta hoje do art. 966 do Código Civil.”

O equívoco dos que querem furtar-se ao recolhimento das contribuições alegando não comercializar bens nem serviços, decorre de uma falha de perspectiva, que não deve ser imputada às minudências que circundam as categorias “bens” e “serviços”, mas à não percepção da idéia, mais abrangente, de atividade empresarial.

Embora se use definir “empresa” com base na noção de empresário, entendido como quem exerce profissionalmente “*atividade organizada para a produção e circulação de bens e serviços*”, obviamente não há como nem por onde *reduzir* a idéia de atividade empresarial à de venda de bens e serviços, nem tampouco *interpretar restritivamente* o sentido da referência

2007), disponível em <http://www.abdf.com.br/docs/Luiz%20Gustavo%20Bichara.ppt>, acesso em 25.09.2008. g.n).

11 **COMPARATO, Fabio Konder & SALOMÃO FILHO, Calixto.** *O poder de controle na sociedade anônima.* ^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 125-126.

RE 400.479 AGR-ED / RJ

a esses bens e serviços. A noção é ampla e abarca o conjunto das atividades empresariais, pouco importando o ramo a que pertençam! **RACHEL SZTAJN** ilustra com particular clareza este ponto:

“Como categoria normativa, a empresa pode ser classificada considerando algumas de suas características: natureza da atividade – mercantil ou não – dimensão (...), quanto ao sujeito que a exerce – pública ou privada – e ainda ser ela individual ou coletiva. Daí haver empresas que seguem as **regras gerais** e outras em que se aplicam **normas especiais, setoriais**, como as companhias abertas, as cooperativas, as concessionárias de serviços públicos, as **instituições financeiras, securitárias**, transportadores marítimos e aeronáuticos, por exemplo (...). Nada disso, entretanto, interfere com a **unicidade do conceito de empresa**, porque a organização independe do setor econômico em que atue e do tipo de atividade exercida; é preciso analisar a adoção do método econômico na organização, condução e administração dos negócios e a destinação da atividade para mercados (...).

Doutrina recente entende que qualquer empresário (...) será **alcançado por pluralidade de normas**, segundo o setor da atividade em que se enquadre. Assim, por exemplo, o registro no registro de empresas a que se acresce **autorização do Banco Central do Brasil para atuar no setor financeiro.**”¹²

Em artigo, a mesma professora, após recordar a definição de empresário do Código Civil italiano, que é a de quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para produção ou circulação de bens e serviços, demonstra toda a amplitude de atividades consideradas comerciais, mercantis e similares, sujeitas a registro. Dentre elas, incluem-se *“atividades industriais voltadas para a produção de bens ou de serviços, a intermediação na circulação de bens, o transporte terrestre, aquático ou aéreo, as atividades financeiras e securitárias e as atividades auxiliares*

12 *Teoria jurídica da empresa – atividade empresária e mercados.* São Paulo: Atlas, 2004, pp. 150-151, g.n.

RE 400.479 AGR-ED / RJ

das anteriores."¹³

Impossível deixar de correlacionar, atualmente, a noção jurídica de faturamento com a de atividade empresarial. Se nem todas as receitas constituem faturamento – e isso já ficou claro nos notórios precedentes sobre o alargamento da base de cálculo –, por outro lado é preciso reconhecer que as receitas que o compõem não se exaurem na rubrica das oriundas de vendas de bens ou serviços.

A atividade empresarial só se concebe, explica e entende enquanto voltada ao mercado no propósito de entregar-lhe utilidades, conveniências, valores e benefícios. Não é lícito invocar a concepção curtíssima de mercadorias ou serviços para limitar a noção de faturamento. **GERALDO ATALIBA** e **CLÉBER GIARDINO** já haviam advertido que a denotação do faturamento incorporou as receitas provindas das atividades inerentes à atuação da empresa na economia:

“A expressão faturamento – como visto – vem de ‘fatura’, que, no Direito Comercial, identifica a ‘conta de venda’. Isto é, para fins mercantis, entende-se por ‘fatura’ a ‘lista de mercadorias vendidas, discriminadamente por quantidade, qualidade, espécies, tipos’, conforme ensinamentos de Waldemar Ferreira.

Na prática dos negócios, aceitou-se definir a figura em outros casos nos quais **não há mercadorias**, mas sim diferentes objetos de **atividade empresarial ou econômica**. O termo ‘faturamento’ é empregado, por outro lado, para identificar não apenas o ato de faturar, mas, sobretudo, o somatório do **produto das vendas ou de atividades** concluídas num dado período (ano, mês, dia). Representa, assim, **o vulto das receitas decorrentes da atividade econômica geral da empresa.**”¹⁴

7. Não procede a argumentação, quer das seguradoras, quer das

13 *Notas sobre o conceito de empresário e empresa no Código Civil brasileiro. In: Revista de Direito Privado, RT, ano 7, nº 25, jan-mar. 2006, p. 234.*

14 *PIS – exclusão do ICM de sua base de cálculo. In: Revista de Direito Tributário, v. 10, nº 35, 1986, p. 153. g.n.*

RE 400.479 AGR-ED / RJ

instituições financeiras, de que, por não venderem mercadorias nem prestarem serviços, estariam livres da incidência da contribuição sobre o faturamento.

Toda a gente sabe que a atividade econômica se expressa das mais variadas formas, e o fato de certos ramos não se dedicarem à produção de mercadorias nem à prestação de serviços *stricto sensu*, não lhes retira nem esmaece o caráter empresarial, que está indissociavelmente ligado ao pressuposto de fato autorizador do PIS e da Cofins.

Daí que não se pode interpretar a referência normativa de faturamento à luz de retrógrados conceitos resgatados a lições do velho Direito Comercial, senão apenas das atuais teorias e disciplina jurídicas da empresa. De modo que, se a palavra faturamento deixou de guardar significado literal de “emissão de faturas” e, ainda, se sua correspondência conceitual com a mera hipótese de vendas de mercadorias e prestação de serviços tampouco se coaduna com a dinâmica e a multiplicidade das atividades empresarias, é de se perquirir qual o adequado sentido técnico-jurídico do termo.

II. O sentido técnico-jurídico de faturamento

8. Apesar de “faturamento” não traduzir conceito contábil preciso, existe, na província da contabilidade, noção que pode auxiliar a exprimir, com precisão, o significado suposto pela Constituição da República, quando, não por acaso, adotou a palavra em seu texto.

A **Norma Brasileira de Contabilidade NBC T.3.3**, aprovada pela Resolução do Conselho Federal de Contabilidade nº 686/1990, dispõe, no item 3.3.2.3, que

“3.3.2.3. A demonstração do resultado evidenciará, no mínimo, e de forma ordenada:

a) **as receitas decorrentes da exploração das atividades-fins.”**

Conquanto não vincule a interpretação constitucional, tal definição

RE 400.479 AGR-ED / RJ

oferece ponto sustentável de partida metodológica para compreender faturamento como expressão da receita advinda da realização da finalidade da empresa ou de seu objeto social, o que lhe exclui, de plano, abrangência de meras atividades acessórias, receitas puramente financeiras,¹⁵ ingressos esporádicos, como a venda de bens do ativo permanente, e meras entradas, dentre muitas outras.

Visivelmente débil, portanto, a capciosa proposta teórica que tende a confundir o conceito de *receitas empresariais típicas* com o de *receita bruta total*. A natureza ou finalidade específica de cada atividade empresarial que se considere é indissociável da idéia jurídico-tributária de faturamento enquanto representação pecuniária do seu produto.

Por isso, é preciso cotejar a modalidade da receita auferida com o tipo de empresa que a produz, para determinar se aquela integra o faturamento desta por conta da correlação com seus objetivos sociais. Já afirmei, em esclarecimento público sobre meu voto no **RE nº 357.950**, que

“Quando me referi ao conceito construído sobretudo no RE 150.755, sob a expressão “receita bruta de venda de mercadorias e prestação de serviço”, quis significar que tal conceito está ligado à idéia de produto do exercício de atividades empresariais típicas, ou seja, que nessa expressão se inclui todo incremento patrimonial resultante do exercício de atividades empresariais típicas.

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 (...)”

9. Artigo da lavra de **RODRIGO CARAMORI PETRY** oferece, indiretamente, uma aproximação do conceito preciso de faturamento, conquanto o designe, de modo impróprio a meu juízo, como “receita operacional”. Define-o o autor como “*receita bruta das atividades principais*”.

¹⁵ De empresas que não se dediquem precisamente a essa atividade.

RE 400.479 AGR-ED / RJ

*previstas no objeto social da pessoa jurídica (compreende 'faturamento'¹⁶ + 'receitas operacionais' não originadas da venda de mercadorias/prestação de serviços)."*¹⁷

Extirpando-se-lhe a menção às atividades acessórias – cujo significado é, a meu sentir, daquelas que não compõem a finalidade da empresa –, bem como o falso pressuposto de que a atividade empresarial só possa ter por objeto venda de mercadoria ou prestação de serviço, tem-se a correta compreensão de faturamento: não só as receitas decorrentes de vendas de mercadorias e serviços (que é exatamente o conceito restritivo de faturamento), mas também aquelas que, não decorrendo de tais negócios, provenham de outra ou outras atividades que integrem o objeto social da empresa, noutras palavras, das demais que façam parte de seu escopo de atuação.

Autores que adotam o conceito restrito de faturamento acabam por admitir-lhe a inextrincável correlação lógica com a finalidade estatutária da atividade empresarial:

“Ao contrário do **faturamento** – que sempre decorre da venda de mercadorias, prestação de serviços ou ambos –, a **receita** pode resultar de qualquer ato ou fato jurídico que represente alteração positiva do patrimônio líquido, pouco importando se apresenta ligação ou não com suas **finalidades estatutárias**.”¹⁸

Apresentam-se embaralhadas, aí, duas definições de faturamento: uma, limitada às vendas de bens e prestações de serviços; outra, vinculada a todas as finalidades sociais da empresa. O equívoco e a fragilidade dessa construção heterogênea residem na tentativa de aplicar a estreiteza da primeira definição à segunda, que é a mais adequada, até

16 O autor adota o conceito restrito, limitado à “*receita bruta da venda de mercadorias e/ou da prestação de serviços.*” (p. 29).

17 “A incidência (...)” *cit.*, p. 29.

18 **SEHN, Solon.** *Cofins incidente sobre a receita bruta.* São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 130.

RE 400.479 AGR-ED / RJ

por absorver a primeira.¹⁹

Tal formulação teórica parece pressupor também que as únicas finalidades sociais possíveis seriam venda de mercadorias, prestação de serviços, ou ambas. Não leva em conta, todavia, o fato óbvio das incontáveis atividades que, embora não envolvam nenhuma dessas duas condutas, constituem típicas atividades empresariais objeto das finalidades contratuais ou estatutárias, e cuja receita não pode deixar de inserir-se no **faturamento**.

10. Não há contradição sincrônica entre este conceito atual de faturamento e aquele restrito à venda de mercadorias e prestação de serviços, porque, acompanhando a evolução histórica e a complexidade das atividades empresariais, o segundo foi absorvido pelo primeiro.

A concepção de faturamento, que já nascera restritíssima, confinada às vendas com emissão de fatura, continuou ainda bastante restrita na primeira reelaboração conceitual, porque, à época em que foi cunhada, poucas atividades empresariais existiam fora das classes da venda de mercadorias e da prestação de serviços! Era, então, natural, se não até forçosa, a identificação da idéia de “faturamento” com a de receitas de venda de mercadorias e serviços, até porque a seus idealizadores lhes era impossível prever a futura necessidade de adequação da abrangência denotativa do termo às conseqüências da expansão do mercado.

Nesse particular, a explicação de **RODRIGO PETRY** inverte a realidade histórica. Afirma ele que o emprego do termo “faturamento” como resultado das atividades empresarias *“deve ser visto com reservas, pois essa concepção foi tradicionalmente exposta sob a ótica de pessoas jurídicas que tinham como objeto social a venda de mercadorias e/ou a prestação de serviços. Assim, é evidente que toda e qualquer receita advinda da atividade principal/acessória objeto social dessas pessoas jurídicas é ‘faturamento’.”*²⁰ Ora,

19 Como esta última definição contém aquela, nenhuma receita tipicamente empresarial fica excluída do campo de incidência das contribuições, o que permite a adoção de um conceito apenas, sem perda de conteúdo conceptual ou poder definitório.

20 *A COFINS e a tributação sobre as receitas das instituições financeiras. In: RDDT n° 145, pp. 117-118.*

RE 400.479 AGR-ED / RJ

exatamente por ter nascido num contexto social em que, de regra, só havia esse tipo de atividade por parte das empresas, é que o conceito está a reclamar atualização que responda às exigências do complexo mercado contemporâneo, não podendo ser aprisionado nos limites originais do horizonte empresarial dos primeiros tempos.

Diversamente do que sustenta, ninguém que defina faturamento como *“receita das atividades principais da pessoa jurídica”* parte da *“equivocada suposição de que todas as pessoas jurídicas de direito privado com fins lucrativos possuem como atividade principal a venda de mercadorias ou a prestação de serviços.”*²¹ O que se propõe é visão mais larga e própria de faturamento na medida em que compreende, para além da mera venda de bens e serviços, outras atividades tipicamente empresariais. Não é preciso sequer tentar enquadrar, à força, o objeto das atividades bancárias e securitárias nas categorias estreitíssimas de mercadorias ou serviços, para que as respectivas empresas sejam tributadas por PIS e COFINS. Afinal, para configurar-se faturamento, basta que as receitas decorram do exercício das atividades sociais típicas desses modelos de negócio.

11. Nas empresas dos ramos tradicionais de negócios, que vendem mercadorias e prestam serviços, é evidente que tais componentes integram a idéia de faturamento, tomado como resultado ou produto financeiro do conjunto das atividades empresariais.

Mas, para outros tipos de empresa, que, por sua natureza mesma, não vendem mercadorias nem prestam serviços, mas ainda assim obtêm, como móvel de sua existência, receitas de atividades empresariais, o conceito que proponho serve, com exatidão, a complementar e atualizar a antiga fórmula de modo a abranger esse componente novo do faturamento – diferente daquele, mas, ainda assim, faturamento.

A situação oposta dificilmente se verificará: é quase impossível conceber empresa que venda mercadorias ou preste serviços, sem que essas atividades integrem suas finalidades sociais. Em regra, o valor dos produtos vendidos ou dos serviços prestados por empresas compõe seu

21 *Idem*, p. 117.

RE 400.479 AGR-ED / RJ

faturamento, não porque sejam vendas ou prestações consideradas em si mesmas como entidades “a se”, mas porque decorrem do exercício da sua específica atividade empresarial.

Por isso, a noção defeituosa de faturamento que se quer estática, como produto da venda de mercadorias e serviços, está, na prática, automaticamente absorvida pelo conceito ora proposto. Venda de mercadorias e prestação de serviços são, por excelência, atividades tipicamente empresariais. Mas as atividades empresariais genericamente consideradas – que produzem faturamento – não se reduzem, na sua hoje complexa variedade, àquelas, as quais configuram apenas caso particular em relação à extensão lógico-jurídica do termo faturamento.

Por outro lado, insisto em que o reconhecimento da existência de atividades empresarias outras que, posto não se limitem a venda de mercadorias ou serviços, obtêm faturamento, não implicará, em nenhuma hipótese, conclusão de que toda e qualquer receita se conteria no âmbito formal do faturamento. O que se está a esclarecer e frisar, aqui, é apenas a submissão de determinadas receitas, independentemente do setor de atuação empresarial, a um conceito – bastante claro – de faturamento. Não se está retrocedendo à inconstitucional ampliação da base de cálculo promovida pela Lei nº 9.718/98, mas tão-só delimitando o real alcance semântico do signo “faturamento”.

12. Não me escapa a aparente dificuldade de se estabelecerem critérios para identificar o que ou quais são as atividades empresariais típicas de cada empresa. Noutras palavras, a separação das atividades-fim das atividades-meio, para efeitos de tributação, dependeria do teor do contrato social ou das atividades efetivamente postas em prática pela empresa?

Nota importante ao propósito é que as atividades-fim não devem ser entendidas, aqui, em simples oposição a atividades-meio, senão como sinônimos ou significantes de **objeto** das específicas atividades empresariais desenvolvidas, enquanto finalidade perseguida pela atuação empreendedora: “o *objeto social* [corresponde] à *atividade-fim* eleita para ser

RE 400.479 AGR-ED / RJ

empreendida e concretizada (...). O objeto social continua sendo o elemento de fundamental importância para a definição da natureza de uma sociedade, questionando-se, quando feita sua análise, a empresariedade, e não mais a comercialidade. (N)a empresariedade (...), há de persistir um exercício contínuo de atos encadeados e voltados para a produção ou circulação de bens ao mercado (...). A natureza empresária ou não empresária da sociedade depende, primordialmente, do objeto escolhido por seus sócios e, mais, do conteúdo da atividade efetivamente desenvolvida, considerada esta como um encadeamento de negócios jurídicos instrumentais dirigidos a um escopo determinado.”²²

Daí se percebe que a idéia de faturamento deve alcançar também aquelas receitas que, embora não correspondendo à venda de mercadorias ou prestação de serviços, integrem o resultado auferido no exercício do conjunto das atividades empresariais desenvolvidas pela empresa, na promoção de suas finalidades sociais.

13. Algumas críticas poderiam ser opostas a essa concepção. Alegar, por exemplo, que as empresas tentariam dissimular os contratos sociais para descaracterizar suas verdadeiras atividades básicas, deixando de mencioná-las no documento ou disfarçando-as sob o rótulo de atividades-meio. Tais subterfúgios, consistentes no velamento doloso do conteúdo verdadeiro do contrato social da empresa, não aproveitam aos empresários para excluir, do âmbito de incidência das contribuições, as atividades efetivamente exercidas.

O confronto entre as teorias “objetiva”, baseada nas atividades efetivamente desenvolvidas, e “subjetiva”, fundada no teor dos atos constitutivos, para tipificação de faturamento, é resolvido em favor da primeira.²³ O que ocorre de ordinário é a plena coincidência entre as

22 **BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes.** *Comentários ao livro do direito de empresa*, In: Código Civil Comentado – Doutrina e Jurisprudência (Coord. Cezar Peluso). São Paulo: Manole, 2007, pp. 812 e 823 (g.n.).

23 Afirma **EDMAR OLIVEIRA Andrade Filho** (*PIS e Cofins: conceitos normativos de faturamento e receita*. São Paulo: MP, 2008, pp. 30-36): “O problema está na origem da tipicidade: se ela é de caráter formal, então, as receitas tributáveis são as constantes do objeto social; se, por outro

RE 400.479 AGR-ED / RJ

atividades formalmente discriminadas no contrato social e aquelas exercidas, na prática, pela empresa. Eventual problema surgiria na discrepância entre ambos. Mas, uma vez que faturamento é grandeza que se afere na dinâmica da atividade empresarial, parece evidente que:

a) uma empresa que tenha objetivos sociais excedentes, não plenamente exercidos, **jamais** obterá faturamento em relação às atividades que não desempenha, porque, com o perdão da obviedade, não poderá obter receita oriunda de algo que não faz. O critério meramente formal ou subjetivo de caracterização das atividades-fim é, portanto, desnecessário ou, no mínimo, redundante, porque a incidência sempre dependerá do efetivo exercício da atividade e da obtenção de receitas a ela vinculadas;

b) por outro lado, se a empresa exercer atividades exorbitantes do contrato social, tal conduta deverá ser tributada. Afinal, "*pecunia non olet*", o que reafirma que, para o Direito Tributário, é indiferente se o signo indicativo de riqueza é classificado como atividade lícita ou ilícita, se integra formalmente ou não o objeto social da empresa, se foi declarado ao Fisco ou não. Desde que vertidas em linguagem competente,²⁴ darão causa à obrigação tributária de pagamento das contribuições, as receitas decorrentes das atividades empresariais efetivamente desenvolvidas, ainda que não constem do contrato social da empresa.

O que é relevante, para efeitos tributários, é a existência concreta de faturamento, compreendido como a receita advinda do exercício das atividades-fim da empresa, abstraída sua regular formalização estatutária. Prevalece, sempre a perspectiva objetiva, ante os fatos do mundo. Ademais, eventuais dificuldades práticas de fiscalização ou controle desse tipo de descompasso entre a forma e o conteúdo das atividades empresariais não podem impedir que se dê adequada resposta jurídica à lide.

lado, a tipicidade for fática – baseada na recorrência – o intérprete deverá, em cada caso, erigir critérios mais ou menos objetivos para determinar essa recorrência."

24 Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 357 e ss.

RE 400.479 AGR-ED / RJ

14. E passo a tal resposta.

É óbvio que seguradoras ou bancos não emitem fatura. Não menos óbvio que sua emissão não constitui critério válido ou suficiente para configurar faturamento: *“esse fato – consistente em ‘emitir faturas’ – não tem, em si mesmo, nenhuma relevância econômica. É mera decorrência de outro acontecimento – esse sim economicamente importante – correspondente à realização de ‘operações’ ou atividades da qual esse faturamento decorre.”*²⁵

E quais seriam tais operações? Restringir-se-iam à venda de mercadorias e à prestação de serviços?

Ora, é evidente que as atividades desempenhadas pelas empresas desses dois setores não envolvem, via de regra, venda de mercadorias²⁶. Isso é inegável e não está em discussão. Por outro lado, conquanto seja discutível se prestam serviços ou não, julgo que perder-se em discussões sobre a conceituação de serviços não convém ao caso. É que, ainda sem atender aos critérios de uma definição restritiva de “serviços” e sem vender mercadorias, certos tipos de receitas auferidas por instituições bancárias e seguradoras integram seu faturamento.

O erro está em supor que o faturamento se componha somente de receitas oriundas de venda de mercadorias ou prestação de serviços. Como se viu, não o formam apenas as receitas de venda de mercadorias ou prestação de serviços: *“nesse sentido, se o faturamento, como visto, corresponde à soma das vendas ou outras operações realizadas por dado contribuinte, num certo período (...), então logicamente o cerne ou consistência traduzido financeiramente nesses faturamentos não pode deixar de ser o conjunto de negócios ou operações que a ele (faturamento) dá ensejo. Assim, para haver ‘faturamento’, é indispensável que tenham realizado operações mercantis, ou vendido produtos, ou prestado serviços, ou realizado operações*

25 ATALIBA, Geraldo & GIARDINO, Cléber. *PIS – exclusão do ICM...* cit., pp. 155-156, g.n.

26 Uma exceção que se pode vislumbrar, no caso das seguradoras, é potencial a qualificação jurídica das alienações de salvados de sinistros como operações de venda de mercadorias, para fins de incidência de ICMS (ADI nº 1.648).

RE 400.479 AGR-ED / RJ

*similares.*²⁷

Desse modo, ainda que bancos e seguradoras não vendam mercadorias, nem sua atividade principal configure serviço, a incidência das contribuições sobre o respectivo faturamento, consistente em receitas de intermediação financeira e de prêmios de seguros, é de rigor, porque integrantes do conjunto de negócios ou operações desenvolvidos por essas empresas no desempenho de suas atividades econômicas peculiares.

E não deixo dúvidas ao propósito: não considero as receitas decorrentes de prêmios de seguros ou de intermediação financeira passíveis de tributação por PIS e COFINS, porque se originariam de prestação de serviço,²⁸ nem, muito menos, de venda de mercadorias, mas pela boa razão de se conterem no âmbito do exato conceito de faturamento que extraio do texto constitucional.

15. Ora, ao elaborar suas demonstrações de resultado, as instituições financeiras partem, para chegar à conta de resultado operacional, da rubrica “receitas da intermediação financeira”, que é precisamente seu ramo de atuação principal, seu “*core business*”. Segundo **NELSON EIZIRIK et al.**, “*a caracterização jurídica da atividade de intermediação financeira verifica-se em função da existência dos seguintes elementos: (a) a ocorrência de ‘intermediação’, que significa dar e receber recursos financeiros, atuando porém o intermediário como credor e devedor; isso significa que ele capta o dinheiro alheio e o ‘vende’ com juros (...); (b) a participação na cadeia obrigacional (...); (c) a habitualidade na realização de tais atividades, ou seja, a sua repetição, de forma constante e em caráter permanente; e (d) a*

27 **ATALIBA, Geraldo & GIARDINO, Cléber.** *PIS – exclusão do ICM...* cit., p. 156, g.n.

28 É certo que “o Texto Constitucional não nos oferece o conceito de serviços”, nem sequer em relação ao ISS (**COELHO, Sacha Calmon Navarro & MARTINS, Ives Gandra da Silva.** *Distinção entre não-incidência e isenção em tema de ISS - atividades bancárias.* In: RDDT nº 126, mar. 2006, pp. 61-69). Se não o faz nem com o ISS, quanto mais em relação a uma grandeza – faturamento – cujo conteúdo não se define, em minha visão, a partir do conceito de serviço (nem de mercadoria). Assim, é desnecessário avaliar se atividades bancárias e securitárias constituem serviço ou não, para fim de determinar a incidência de PIS e Cofins.

RE 400.479 AGR-ED / RJ

profissionalidade, que implica a atividade especializada e dirigida a uma finalidade determinada, necessariamente lucrativa, desempenhada de forma pública e notória.”²⁹

Daí, a lição de **FERNANDO BOITEUX**:

“Podemos dizer, com José Luiz Bulhões Pedreira que: ‘as empresas de intermediação financeira distinguem-se – sob esse aspecto – das que exploram as demais atividades econômicas, porque sua finalidade é captar – nos mercados monetários e de capitais – recursos financeiros que aplicam em operações de crédito e em títulos ou valores mobiliários.’ Precisamente, o exercício dessa atividade de captação da poupança popular é que leva a uma regulação específica da atividade das financeiras e essa regulação tem em vista, naturalmente, a proteção do interesse público, entendido este como proteção da economia popular e regulamentação do crédito e de seu efeito multiplicador monetário. No que **não** diz respeito à proteção do interesse público as instituições financeiras **se comportam como outra sociedade qualquer**. Portanto, não é admissível, porque não encontra amparo jurídico, que se busque cindir o conceito de receita ou faturamento da instituições financeiras para efeitos tributários.”³⁰

Do mesmo modo, seguradoras auferem receitas que provêm diretamente de seu modelo de negócios, constituindo faturamento. Não colhe, portanto, a alegação de que prêmios de seguros, porque preordenados à recomposição patrimonial dos segurados em caso de sinistro, não integrariam faturamento da seguradora. A natureza particular do contrato que mantêm com os clientes, os segurados, ou o fato de suportar certos contingenciamentos específicos de seu regime jurídico, não desnaturam o caráter nitidamente empresarial de sua atuação nesse caso.

E a razão evidente é porque a lógica empresarial, a razão comercial da

29 *Mercado de capitais – regime jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 4-5.

30 *Op. cit.*, pp. 63-64.

RE 400.479 AGR-ED / RJ

existência das seguradoras, assim como a dos bancos, é auferir lucros. Embora guardem inegável relevância e sejam imprescindíveis ao funcionamento da sociedade, não se trata de atividades benemerentes ou de caridade, mas patentemente empresariais e, como tais, exercidas com o manifesto intuito de obter faturamento como passo necessário, embora nem sempre suficiente,³¹ à obtenção de lucro.³²

16. Especificamente acerca das seguradoras, que é a hipótese de que ora se trata, é possível perceber, com base em dados estatísticos oficiais, publicados pela SUSEP (Superintendência de Seguros Privados), a abissal diferença entre o valor dos prêmios captados e o valor dos sinistros ocorridos.³³ Comentando tais estatísticas, leia-se nota publicada pelo Sincor-SP (Sindicato dos Corretores de Seguros, Empresas Corretoras de Seguros de Saúde, de Vida, de Capitalização e Previdência Privada no Estado de São Paulo):

“O mercado de seguros brasileiro movimentou até julho de 2008, em **prêmios** diretos, **R\$ 38,5 bilhões**, um crescimento de 18,4% ante os R\$ 32,5 bilhões no mesmo período de 2007. Os dados, divulgados pela Susep, apontam que os **sinistros** de seguro em 2008 atingiram **R\$ 10,8 bilhões**, contra R\$ 10 bilhões até julho de 2007; os sinistros retidos saltaram de R\$ 9,7 bilhões nos sete primeiros meses do ano passado para R\$ 10,5 bilhões até julho de 2008.”³⁴

31 Como lembram juristas (SZTAJN, Rachel. “Notas...” *cit.*, p. 246) e contabilistas (MARION, José Carlos. *Contabilidade Empresarial*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1988). Afirmo o segundo autor: “o resultado do exercício pode ser lucro ou prejuízo. Comumente, de forma inadequada, substituímos a terminologia ‘resultado’ por ‘lucro’ dado que grande parte das empresas obtém lucro e uma minoria insignificante apresenta prejuízo.” (p. 107).

32 E, evidentemente, “atividade econômica organizada, profissionalmente exercida, destinada a mercados e com escopo de **lucro** são os elementos marcantes da noção de empresa.” SZTAJN, Rachel. *Notas sobre o conceito de empresário e empresa no novo código civil brasileiro*. In: Revista de Direito Privado, ano 7, n. 25, jan-mar 2006, p. 245, g.n.

33 Cf. *Boletim estatístico dos mercados supervisionados*, publicado pela SUSEP.

34 Sincor-SP em Notícia – Jornal eletrônico do Sincor-SP, newsletter nº 50, 09.09.2008,

RE 400.479 AGR-ED / RJ

Essas duas grandezas primordiais, ao lado das outras receitas, custos e despesas (de comercialização, administrativas etc.), perfazem, ao final, o lucro das seguradoras. É óbvia a identidade dessa situação com a de qualquer empresa industrial ou comercial, que parte de um montante geral obtido com a prática de suas atividades empresariais para, deduzindo custos e despesas, chegar ao lucro.

As empresas seguradoras, que se esmeram no constante aprimoramento dos cálculos atuariais, obviamente não permaneceriam no mercado, se não pudessem, usando as estatísticas a seu favor, extrair lucro de sua atividade empresarial típica. Na persecução desse objetivo, registram, antes, faturamento, composto pelo resultado financeiro do desempenho das mesmas atividades.

17. A proposta que submeto à Corte é, pois, a de reconhecer que se deva tributar, tão-somente, e de modo preciso, aquilo que cada empresa auferir em razão do exercício das atividades que lhe são próprias e típicas, enquanto lhe conferem propósito e razão de ser.

Por isso, escapam à incidência do tributo, as chamadas receitas não operacionais em geral, as receitas financeiras atípicas e outras do mesmo gênero, desde que, escusa dizê-lo, não constituam elemento principal da atividade. A Fazenda Nacional, em memoriais, demonstra ter compreensão exata dessa mecânica:

“A base de cálculo da COFINS (...) é a receita bruta operacional (faturamento) correspondente à totalidade dos ingressos auferidos mediante a **atividade típica** da empresa, de acordo com o seu **objeto social, independentemente da natureza** da atividade ou da empresa. Sendo assim, somente estarão excluídas da base de cálculo aquelas **receitas não-operacionais** ou aquelas que estejam legal e **explicitamente discriminadas.**”

disponível em http://www.sincor.org.br/newslester/index_50.html.

RE 400.479 AGR-ED / RJ

Não refogem à noção de faturamento, pois, as receitas tipicamente empresariais colhidas por bancos, seguradoras e demais empresas que, pela peculiaridade do ramo de atuação, não se devotem, contratual, estatutária e estritamente, à venda de mercadorias ou à prestação de serviços.

19. Por fim, para que não fiquem outras dúvidas, elucidado que, dentro desse marco teórico, diversas rubricas não integrarão o conceito de faturamento, dependendo da relação entre as espécies de receitas e as finalidades de cada tipo de empresa, como, a título exemplificativo, distingo e esclareço:

a) as diversas modalidades de receitas financeiras de empresas comerciais ou industriais não serão tributadas, porque não são produto de sua atividade-fim;

b) as receitas de intermediação financeira³⁵ obtidas pelas instituições financeiras serão tributadas, porque sua percepção é uma das razões de ser da própria atividade bancária. Evidentemente, o produto pecuniário da execução desses serviços, cuja remuneração é, em geral, ingrediente menos expressivo em seu faturamento,³⁶ também será tributado, porque inerentes tais serviços à atividade empresarial típica dos bancos. Estes exercem atividade empresarial típica também mediante intermediação

35 Compreende as operações de crédito, arrendamento mercantil, câmbio, títulos e valores mobiliários e aplicações compulsórias. Parte delas relaciona-se ao *spread* bancário.

36 A composição do faturamento bancário tem-se alterado nos últimos anos, mas ainda é nítida a baixa representatividade do componente *serviços bancários* em relação às receitas de intermediação financeira e, conseqüentemente, ao faturamento total: “O peso da cobrança pelos *serviços bancários* aumentou significativamente na composição da receita do setor nos últimos três anos, quando foram registrados recordes no lucro pelos bancos. Em 2002, essa rubrica, cujo principal item são as tarifas, respondeu por 12,6% do resultado; em 2003, subiu para 17,1% e, no ano passado, para 20,2%. Enquanto isso, a arrecadação com a **administração de títulos e valores** descreveu curva inversa: 37,6% em 2002, 30,6% em 2003 e 24,4% em 2004. As **operações de crédito**, principal fonte de recursos das instituições se mantiveram estáveis em 40,3%, 40,8% e 42,5%.” (O Estado de S.Paulo, 01.03.2005). Outra fonte aponta ser ainda maior a diferença, afirmando que os bancos “têm nas receitas financeiras cerca de 90% do caixa, enquanto a venda de serviços, ou seja, as tarifas, representa apenas 10%.” (“Caso da Cofins dos bancos é adiado no STF”, In: Valor Econômico, 13.12.2007).

RE 400.479 AGR-ED / RJ

financeira e prestação de serviços.

As receitas de prêmios obtidas pelas seguradoras, serão, por iguais razões, também tributadas. Mas, se o banco ou a seguradora lograr receitas não operacionais derivadas de atos alheios ao desempenho de seu mister, tais como, por exemplo, venda de imóvel do ativo imobilizado, evidentemente não sofrerão aí incidência;

c) a venda de imóveis será tributada, se se tratar de companhia imobiliária; não, porém, se for empresa de outro ramo de atividade que se esteja desfazendo de parcela do ativo imobilizado. E o mesmo vale para alienações de móveis, utensílios, máquinas, ferramentas, veículos etc., sob a condição de que essas operações não constituam elemento da típica atividade da empresa;

d) receitas de aluguéis de móveis ou imóveis próprios de empresa que não se dedique a alugar, essas são meras receitas financeiras, de natureza acessória, que não integram sua finalidade, de modo que devem ser excluídas da tributação. Se a empresa se dedicar a alugar bens móveis ou imóveis de terceiros, estará caracterizada a prestação de serviços, sendo regular a tributação³⁷;

- a percepção de *royalties* não ensejará tributação: “*não se encaixam no conceito de ‘faturamento’ da pessoa jurídica as receitas auferidas pelo contribuinte a título de remuneração pela cessão de direitos e/ou bens intangíveis (como royalties pela exploração de patentes de invenção ou uso de marcas de indústria ou comércio etc.*”³⁸

- reembolsos e ressarcimentos de tributos também não compõem o faturamento;

- também estão excluídos do conceito quaisquer valores que representem meros ingressos ou entradas, que, não sendo sequer receita, jamais poderão integrar a categoria de faturamento.

E assim por diante.

Não quadraria desenvolver rol exaustivo que correlacionasse todas as espécies possíveis de receitas aos variados tipos de atividades e objetos sociais empresariais, bastando que se estabeleça com segurança o critério

³⁷ PETRY, *A incidência ... (cit.)*, p. 31.

³⁸ PETRY, RODRIGO. *A incidência ... cit.*, p. 31.

RE 400.479 AGR-ED / RJ

jurídico, afirmando-se a tese de que a expressão “faturamento” corresponde, como conceito histórico, à “*soma das receitas oriundas das atividades empresariais*”. Esta grandeza compreende, além das receitas de vendas de mercadorias e serviços, as receitas decorrentes do exercício efetivo do objeto social da empresa, independentemente de seu ramo de atividade. Tudo o que desborde dessa definição específica não poderá ser tributado por PIS / Cofins.

20. Diante do exposto, acolho os embargos de declaração, para fim dos esclarecimentos já enunciados, sem alteração do teor do acórdão embargado.

19/08/2009

TRIBUNAL PLENO

EMB.DECL.NO AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 400.479 RIO DE JANEIRO

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (RELATOR) - Senhor Presidente, basicamente a pretensão da embargante, que é a seguradora - mas entre parênteses, leia-se também bancos etc -, não quer pagar a contribuição, porque alega que não vende mercadoria nem presta serviço.

A pergunta é: ela tem ou não tem faturamento?

O primeiro argumento, o da isenção da Lei nº 70/91, já foi pacificado pelo Plenário. E estou invocando, entre outros precedentes, a AC nº 1.645-RJ, relatada pelo Ministro Celso de Mello, onde ficou claro que foi revogada e, portanto, essa isenção já não perdura. Mas, além disso, há outros precedentes que cito: RE's 377.457-PR e 381.954-SC, relatados por Vossas Excelências. De modo que a revogação foi legítima pela Lei Ordinária nº 9.718/98.



19/08/2009

TRIBUNAL PLENO

EMB.DECL.NO AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 400.479 RIO DE JANEIRO

ADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (RELATOR) - Senhor

Presidente, abro parêntese para dar resposta que não está escrita, porque não me tinha ocorrido até a belíssima sustentação do advogado da embargante, quando evocou o argumento da razoabilidade, que me parece não serve para as empresas cujo faturamento é limitado às receitas de vendas de mercadorias e prestação de serviço e cujas despesas também podem ser vultosas, tais como as outras.

cez

19/08/2009

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 400.479 RIO DE JANEIRO

RELATOR : **MIN. CEZAR PELUSO**
EMBTE.(S) : AXA SEGUROS BRASIL S/A
ADV.(A/S) : GUSTAVO MIGUEZ DE MELLO
EMBDO.(A/S) : UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

TRIBUNAL PLENO

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO

REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 400.479

VISTA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, fui Relator de precedentes em que esta Corte glosou a extensão do conceito de receita. E assentou, pelo menos naqueles julgados, que se deveria compreender como tanto o faturamento decorrente da venda de mercadorias ou de serviços.

Nós, nesta assentada, estamos julgando um processo cujo precedente, em termos de pronunciamento, terá repercussão ímpar, inclusive,

RE 400479 AGR-ED / RJ

alcançando outros setores. Cito, por exemplo, o setor de bancos, cito também as "holdings" quanto a dividendos, porque, a se conferir extensão maior a faturamento, apanhar receitas financeiras, ter-se-á um conceito aberto do próprio faturamento a contrariar tudo aquilo que foi assentado até aqui pela Corte.

Nós, repito, não estamos a julgar verdadeiramente embargos declaratórios, considerada a omissão, contradição, obscuridade. Não estamos a julgar também o que já foi julgado pela Turma, o agravo regimental, nós estamos a julgar a insubstituição à própria decisão proferida monocraticamente pelo Relator, o próprio extraordinário.

Se os Colegas que me antecedem na votação permitirem, ante até mesmo o adiantado da hora, peço vista do processo.

###

EMB.DECL. NO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 400.479 RIO DE JANEIRO

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – AXA Seguros Brasil S.A., denominação atual de UAP Seguros S.A., formalizou, na origem, mandado de segurança de natureza preventiva buscando afastar a incidência da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS sobre as atividades realizadas pela recorrente, sociedade anônima que atua no ramo securitário. Os fundamentos jurídicos para tanto são, em resumo, os seguintes:

(i) o termo faturamento, versado no artigo 195, inciso I, da Carta Federal, concerniria à receita bruta oriunda das vendas de mercadorias e prestação de serviços, consoante entendimento adotado pelo Supremo antes da Emenda Constitucional nº 20/1998 e revelado na redação original do artigo 2º da Lei Complementar nº 70/91, mostrando-se inconstitucional o elastecimento promovido pelo artigo 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/1998;

(ii) a Lei nº 9.718/98, de natureza ordinária, não poderia ter alterado a Lei Complementar nº 70/1991, por encontrar-se em patamar inferior no escalonamento hierárquico do ordenamento jurídico, sendo, portanto, inconstitucional a derrogação da isenção prevista no artigo 11, parágrafo único, da norma complementar;

(iii) o aumento de alíquota, para as empresas que obtêm lucro, configuraria empréstimo compulsório instituído em desrespeito aos requisitos estampados no artigo 148 da Constituição e, para as que apresentam prejuízo, significaria violação ao princípio da isonomia tributária, consignado no artigo 150, inciso II, da Carta da República, porquanto seria maior a carga tributária de tais contribuintes;

(iv) o mesmo motivo conduziria à ofensa ao artigo 194, parágrafo único, inciso V, da Lei Fundamental;

(v) a limitação de compensação de um terço da Cofins com a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL a idêntico período de competência mostrar-se-ia inconstitucional ante a afronta ao artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Federal.

RE 400479 AGR-ED / RJ

A autoridade coatora prestou informações (folha 69 a 97), tendo defendido, com fundamento no artigo 194, incisos V e VI, bem como na cabeça do artigo 195 da Carta da República, que a incidência do tributo sobre o faturamento pode abarcar outras receitas além daquelas oriundas da venda de mercadorias e prestação de serviços. Asseverou ter o Supremo assentado a viabilidade de revogação, por lei ordinária, de isenção prevista em lei complementar. Articulou com a possibilidade de incidência da Cofins sobre as atividades empreendidas pelas seguradoras. Impugnou a alegação de que a majoração da respectiva alíquota, de 2% para 3%, violaria o princípio da equidade na forma de participação no custeio do sistema de seguridade social.

Com a sentença de folha 131 a 141, o Juízo consignou ser possível a derrogação de lei complementar por lei ordinária, ante o fato de a contribuição prevista na Lei Complementar nº 70/1991 ter por fundamento o artigo 195, inciso I, da Carta Federal. Afastou a assertiva de que a alíquota possuiria efeitos confiscatórios ou anti-isonômicos. Qualificou as seguradoras como prestadoras de serviços para fins de incidência da contribuição mencionada. Julgou, alfim, parcialmente procedente o pedido formalizado pela ora embargante, para proclamar o direito ao recolhimento da Cofins com a utilização do critério anterior à Lei nº 9.718/98, relativamente à base de cálculo.

Foram interpostos recursos de apelação. O da embargante veiculou as mesmas teses aduzidas na petição inicial (folha 158 a 167). A União defendeu a viabilidade de definição infraconstitucional do conceito de faturamento para efeitos fiscais, do que decorreria a constitucionalidade da Lei nº 9.718/1998. O Regional Federal da 2ª Região deu integral provimento ao protocolado pela União, para reformar a sentença e indeferir a segurança. O acórdão ficou assim ementado:

TRIBUTÁRIO – COFINS – LEI N. 9.718/98, ART. 3º -
CONSTITUCIONALIDADE.

I – O Plenário deste Tribunal, na Arguição de Inconstitucionalidade na AMS n. 1999.02.01.050299-6, rejeitou a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei n. 9.718/98, segundo o

RE 400479 AGR-ED / RJ

qual, para fins de cálculo do PIS/PASEP e COFINS, o “faturamento” a que se refere o artigo anterior (art. 2º) corresponde a “receita bruta” da pessoa jurídica.

II – Recurso de UAP SEGUROS S/A improvido e recurso da União Federal/Fazenda Nacional e remessa necessária providos.

Diante dessa decisão, foram protocolados recursos especial e extraordinário, ambos admitidos na origem (folha 420). O especial, autuado sob o nº 511.604/RJ, veio a ser distribuído à ministra Eliana Calmon, que lhe negou seguimento por falta de prequestionamento.

Com o ato monocrático de folha 429 a 430, o ministro Cezar Peluso, relator, deu parcial provimento ao extraordinário, para limitar a base de cálculo do PIS e da Cofins às receitas resultantes do exercício das atividades empresariais, consoante teria assentado o Supremo nos Recursos Extraordinários nº 346.084, relator ministro Ilmar Galvão, nº 357.950, nº 358.273 e nº 390.840, estes de minha relatoria. Afastou as demais impugnações, evocando os extraordinários citados, assim como o de nº 336.134, relator ministro Ilmar Galvão. O pronunciamento acabou atacado mediante agravo, no qual foram veiculadas três teses, assim sintetizadas pelo ministro Cezar Peluso:

a) a lide revela especificidades que não se exaurem com a decisão alcançada pelo Plenário da Corte declarando a inconstitucionalidade do artigo 3º, § 1º da Lei nº 9.718/98; b) a limitação do conceito de faturamento às receitas de venda de mercadorias e/ou prestação de serviços resultou na isenção das empresas seguradoras das contribuições para o PIS e COFINS, exatamente por não apresentarem nenhuma dessas receitas; c) as receitas de prêmios não podem ser tributadas pela COFINS por não integrarem sua base de cálculo, o contrato de seguro não envolve venda de mercadorias, nem tampouco prestação de serviços.

A Segunda Turma negou provimento ao agravo. Nos embargos de

RE 400479 AGR-ED / RJ

declaração a seguir interpostos, apontou-se a existência de omissão no julgado. Eis como o relator resumiu as alegações apresentadas:

(a) O acórdão embargado não teria apreciado suposta isenção das empresas seguradoras ao pagamento das contribuições para o PIS e a Cofins, assegurada pelo art. 11 da Lei Complementar nº 70/91;

(b) a decisão seria também omissa, pois ter-se-ia absterido de apreciar a tese segundo a qual *'a embargante não presta serviços nem vende mercadorias'* (fls. 455), em sendo seguradora e, como tal, não sujeita às contribuições. Em obséquio da tese, desenvolve o seguinte raciocínio: *'Como as seguradoras não se incluem (i) entre as empresas vendedoras de mercadorias, (ii) entre as prestadoras de serviços e (iii) entre as empresas mistas vendedoras de mercadorias e prestadoras de serviço, é de todo inaplicável a elas o artigo 2º e 3º da Lei nº 9.718/98. Não tendo havido inovações na legislação tributária da COFINS referente às companhias de seguros, continua sendo aplicado a elas o disposto no artigo 11, parágrafo único da Lei Complementar nº 70/91'* (fls. 456);

(c) haveria contradição no acórdão, *'(...) na medida em [que] ele dá a devida prevalência ao artigo 110 do Código Tributário Nacional, mas utilizando um conceito de faturamento (receitas decorrentes da atividade própria da empresa) que não se coaduna com o alcance de faturamento como fixado pela legislação e por este Excelso pretório'* (fls. 460).

Na sessão de 22 de setembro de 2007, a Segunda Turma decidiu afetar o processo ao Plenário, considerada a importância da questão. O julgamento foi iniciado em 19 de agosto de 2009.

Conforme o voto do ministro Cezar Peluso, o conceito jurídico-constitucional de faturamento – artigo 195, inciso I, alínea “b”, da Carta da República – alcança não apenas o resultado da venda de mercadorias ou de prestação de serviços, mas também “a soma das receitas oriundas

RE 400479 AGR-ED / RJ

do exercício das atividades empresariais". A óptica, segundo fez ver Sua Excelência, não implicaria admitir tributação das receitas não operacionais em geral, nem retroceder à noção de "receita bruta total" glosada pelo Tribunal na apreciação dos Recursos Extraordinários nº 346.084, 357.950, 358.273 e 390.840. Consignou que, à luz do ordenamento jurídico vigente e da moderna vida empresarial, a noção de "faturamento" não pode ficar adstrita às vendas representadas em faturas. E acrescentou: "embora não seja tão amplo a ponto de corresponder à chamada 'receita bruta' ou 'a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica', não é tão restrito a ponto de excluir as receitas auferidas no desempenho de atividades empresariais de seguradoras e bancos". Disse ser necessário atualizar a concepção do instituto em face da denominada "teoria da empresa", porquanto a ideia atual de atividade empresarial ultrapassa a figura do comerciante, assim entendido o vendedor de bens, de serviços ou de bens e serviços. Concluiu, então: as práticas desenvolvidas por bancos e seguradoras, a despeito de não se enquadrarem nos restritos conceitos de mercadorias ou serviços, geram faturamento e, por isso, devem ser tributados.

Pedi vista do processo ante a jurisprudência até aqui prevalente e a repercussão do enfoque quanto ao próprio sistema tributário. Passo a votar.

A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social foi instituída pela Lei Complementar nº 70/91. Conforme o artigo 2º desse diploma, a base de incidência do tributo seria o faturamento, assim considerada a receita bruta das vendas de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços:

Art. 2º A contribuição de que trata o artigo anterior será de dois por cento e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.

[...].

Com a Lei nº 9.718/98, alterou-se o conceito de faturamento, para

RE 400479 AGR-ED / RJ

que correspondesse à totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente da classificação contábil adotada. Eis o artigo 3º dela constante, na redação anterior à vigência da Lei nº 11.941/2009:

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

§ 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.

[...].

No julgamento dos Recursos Extraordinários nº 346.084-6/PR – no qual fui designado redator do acórdão –, 357.950-9/RS, 358.273-9/RS e 390.840-5/MG, de minha relatoria, em 9 de novembro de 2005, o Plenário declarou a inconstitucionalidade do preceito, porquanto editado anteriormente à vigência da Emenda Constitucional nº 20/98. Conforme ficou revelado na ementa que formalizei, as expressões receita bruta e faturamento são sinônimas e correspondem à soma das receitas da venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços:

CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE –
ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE
1998 – EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE
DEZEMBRO DE 1998. O sistema jurídico brasileiro não
contempla a figura da constitucionalidade superveniente.

TRIBUTÁRIO – INSTITUTOS – EXPRESSÕES E
VOCÁBULOS – SENTIDO. A norma pedagógica do artigo 110
do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a
lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de
consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado
utilizados expressa ou implicitamente. Sobrepõe-se ao aspecto
formal o princípio da realidade, considerados os elementos
tributários.

RE 400479 AGR-ED / RJ

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – PIS – RECEITA BRUTA – NOÇÃO – INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada.

Em síntese, em relação aos precedentes mencionados, o Supremo adotou entendimento único: a expressão receita bruta está necessariamente ligada a tudo que advenha da venda de mercadorias e da prestação de serviços ou de ambas simultaneamente. Por isso mesmo, fiel à conclusão da maioria, na ementa confeccionada, consta item específico sobre o assunto.

Na oportunidade, houve debate esclarecedor acerca da matéria. O ministro Carlos Velloso ponderou:

Sr. Presidente, estou inteiramente de acordo com os conceitos expendidos pelo Ministro Gilmar Mendes. Concordo que conceito de faturamento não está na Constituição – ela nunca o constitucionalizou. A questão, entretanto, que temos de decidir pode ser assim resumida, a Lei Complementar nº 70/1991, no artigo 2º, conceituou a base de cálculo da COFINS assim: “vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza”.

Notem que Sua Excelência, no trecho transcrito, reportou-se à Lei Complementar nº 70/91, mais precisamente à previsão de revelarem-se como base de cálculo da Cofins as “vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza”. Em última

RE 400479 AGR-ED / RJ

análise, o Plenário rejeitou a óptica segundo a qual a expressão receita bruta poderia alcançar qualquer aporte decorrente de atividade desenvolvida pela empresa, muito embora esta última não diga respeito a operação mercantil.

Ora, neste processo, a tese central extraída do voto do ministro Cezar Peluso é a seguinte:

[...] reconhecer que se deva tributar, tão-somente, e de modo preciso, aquilo que cada empresa auferir em razão do exercício das atividades que lhe são próprias e típicas, enquanto lhe conferem propósito e razão de ser.

Salta aos olhos o descompasso entre os precedentes e o que veiculado. A rigor, pretende-se rever a decisão proferida nos citados extraordinários e na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1. Não se trata de nova interpretação ou de questão residual, e sim de franca superação de entendimento sufragado, à luz, talvez, de mutação constitucional alusiva à interpretação do conceito de “faturamento”.

Tenho razões materiais para não aderir à proposta do relator, mas permitam-me, antes de enfrentar a questão, uma breve digressão. No campo do direito tributário, é inegável a tensão existente entre o princípio da legalidade e o da capacidade contributiva. Enquanto o primeiro pressupõe interpretação estrita dos tipos legais para que seja possível a incidência tributária, o segundo impele o intérprete a procurar indícios de potencial econômico nas relações da vida, visando legitimar a cobrança do tributo. Quando o ministro Cezar Peluso faz referência à dimensão hodierna das atividades bancárias e securitárias na economia nacional ou alude ao fato de que esses ramos da economia não gozavam de peso substancial no momento da feitura da Constituição e da Lei Complementar nº 70/91, vai buscar justamente no princípio da capacidade contributiva o vetor de inspiração da decisão que propõe.

O recurso à interpretação econômica no direito tributário foi assim descrito pelo professor Ricardo Lobo Torres:

RE 400479 AGR-ED / RJ

A interpretação fundada na jurisprudência dos interesses, que se opôs aos postulados da jurisprudência dos conceitos, projetou-se para o campo da fiscalidade por meio da ‘consideração econômica do fato gerador’ (...), prevista no artigo 4º do Código Tributário Alemão de 1919, por alguns apelidada, inclusive com sentido pejorativo, de ‘interpretação econômica’. Despreocupou-se inteiramente dos conceitos e categorias jurídicas (...).

Suas teses principais: autonomia do direito tributário frente ao direito privado; possibilidade de analogia; preeminência da capacidade contributiva sacada diretamente dos fatos sociais; função criadora do juiz; intervenção sobre a propriedade e regulamentação da vontade”. (“Normas gerais antielisivas”, *Fórum de direito tributário*, nº 1, 2003, p. 91 e 92)

Com a devida vênia, consigno o equívoco de, baseando-se em premissas econômicas, chegar-se à conclusão de que tais sociedades empresárias não de contribuir para o financiamento da seguridade social. O Direito é uma ciência. Os vocábulos e expressões possuem sentido próprio, os quais não podem ser deturpados, sob pena de converter a função jurisdicional em exercício de voluntarismo. A propósito do tema, assevera Karl Larenz:

O arrimo ao uso linguístico é o mais evidente [no exercício da atividade interpretativa], porque se pode aceitar que aquele que quer dizer algo usa as palavras no sentido em que comumente são entendidas. **O legislador serve-se da linguagem corrente porque e na medida em que se dirige ao cidadão e deseja ser entendido por ele.** Para além disso, serve-se em grande escala de uma linguagem técnico-jurídica especial, na qual ele se pode expressar com mais precisão, e cujo uso o dispensa de muitos esclarecimentos circunstanciais. No entanto, também esta linguagem técnica se apoia na linguagem geral, uma vez que o Direito, que a todos se dirige e a todos diz respeito, não pode renunciar a um mínimo de compreensibilidade geral. (*Metodologia da ciência do direito*, 3ª

RE 400479 AGR-ED / RJ

Ed., 1997, p. 451).

Expressei o ponto de vista na apreciação do Recurso Extraordinário nº 116.121/SP, relator ministro Octávio Gallotti, em que fui designado redator do acórdão. Na ocasião, o Tribunal afastou a incidência do Imposto sobre Serviços na locação de guindastes ante o fato de não se tratar de serviço, na acepção estrita do vocábulo.

Menciono ainda o Recurso Extraordinário nº 166.772/RS, de minha relatoria, quando o Supremo veio a glosar a exigência da contribuição social sobre a remuneração paga a administradores autônomos. Na ementa concernente ao julgamento, ficou revelada a óptica prevalecente:

O conteúdo político de uma Constituição não é conducente ao desprezo do sentido vernacular das palavras, muito menos ao do técnico, considerados institutos consagrados pelo Direito.

Admitir a ampla discricionariedade do legislador na concretização dos preceitos da Carta Federal levaria ao enfraquecimento da rigidez que lhe é própria. Mesmo que a atualização do conceito constitucional se mostre legítima à luz de certas premissas, incumbe ao Tribunal manter-se fiel à essência do texto formalizado pelo Constituinte, ainda mais em campo tão sensível como o do direito tributário.

Repito: descabe ao Supremo abandonar a pretensão de delimitar os conceitos utilizados pelo Constituinte. Deve protegê-los das investidas do poder constituído. O artigo 110 do Código Tributário Nacional está em harmonia com esse entendimento, ao proibir que o legislador deturpe o sentido e o alcance das expressões, estampadas no Diploma Maior, definidoras dos limites das competências tributárias. Consoante afirma Aliomar Baleeiro:

A lei complementar supre a Constituição mas não a substitui. Se esta instituiu um tributo, elegendo para fato

RE 400479 AGR-ED / RJ

gerador dele um contrato, ato ou negócio jurídico, o legislador não pode restringir, por via complementar, o campo de alcance de tal ato ou negócio, nem dilatá-lo a outras situações. A menção constitucional fixa rígidos limites. (*Direito tributário brasileiro*, 1970, p. 393)

A problemática refere-se ao conceito da expressão faturamento, considerado o ordenamento jurídico e o uso corrente da linguagem. Se faturamento não se insere em um conceito contábil, também não está incluído em algum que comporte livre interpretação. Se inexistente definição do vocábulo que se possa dizer absoluta ou correta, há, sim, um enfoque social ligado aos usos e costumes e às práticas comerciais vigentes. A toda evidência, o Constituinte de 1988 quis fazer referência à acepção social e jurídica do conceito em vigor no momento da edição da Carta, o qual, na minha óptica, permanece hígido até os dias atuais.

Dentro desse quadro, o que quer dizer faturamento? O artigo 219 do Código Comercial previa a emissão de faturas quando da realização da compra e venda mercantil. Com a edição da Lei nº 5.474/1968, a emissão de fatura tornou-se obrigatória na celebração de contratos de compra e venda com prazo não inferior a trinta dias. Desde então, a doutrina, sem discrepância, tem sido clara sobre o tema: fatura é documento que retrata o negócio jurídico de compra e venda ou de prestação de serviços. Transcrevo a definição que consta do *Dicionário Jurídico* de Maria Helena Diniz (v. 2, 1998, p. 523):

FATURA. 1. *Direito comercial*. a) Relação das mercadorias vendidas, contendo sua quantidade, qualidade, marca, peso, preço, condições de pagamento, etc., que acompanha sua remessa ao serem expedidas ao comprador. Trata-se de nota de venda; b) documento comprobatório de compra e venda mercantil, pelo qual o vendedor pode exigir o preço do comprador. Na hipótese de venda a crédito, é indispensável para a extração da duplicata mercantil; c) conta por miúdo que se forma a partir do valor de uma mercadoria que servirá, de regra, à venda; d) conta que demonstra os valores devidos por

RE 400479 AGR-ED / RJ

uma pessoa a outra, em relação aos serviços prestados.

Esse entendimento está em consonância com o que preconizado nas obras de Carvalho de Mendonça, Waldemar Ferreira e Rubens Requião. A matéria revela-se pacífica. O mesmo ocorre na doutrina estrangeira. Assim consigna o jurista italiano Alfredo Rocco:

A fatura é o título em que se discriminam, na sua qualidade e preço, as coisas móveis que são objeto dos contratos comerciais.

Daqui resulta:

1º que a fatura deve conter, pelo menos, a indicação das qualidades, da quantidade e do preço das mercadorias, embora possa também conter outras indicações; em regra, indica-se nela também a data, o nome da firma que a passa, da firma que a recebe, e o tempo e o modo do pagamento, etc.;

2º que a fatura pode passar-se por ocasião da celebração de qualquer contrato que se dê lugar à entrega de mercadorias; por exemplo, compra e venda, depósito, penhor, comodato, etc. (*Princípios de direito comercial*, 2003, p. 551)

Ainda no direito italiano, Giuseppe Pagani, em obra específica sobre o tema, datada de 1892, não discrepa desse ponto de vista. Observem:

Tudo, na verdade, diz ser a fatura, essencialmente, uma nota das mercadorias expedidas com a declaração de seu peso, qualidade, quantidade, tamanho, preço, etc.. (*Fattura commerciale*, 1892, p. 4)

No direito belga, André Cloquet fez um inventário de definições da fatura (*La facture*, 1959, pp. 42-44). Nenhuma delas é dissonante. O autor cita a definição, por exemplo, do civilista Henri Capitant:

Fatura: peça contábil, que fornece o detalhe das mercadorias ou dos trabalhos executados, com indicação em

RE 400479 AGR-ED / RJ

destaque, do preço de cada objeto ou serviço.

Também no âmbito da economia e da contabilidade, a questão é tratada de forma linear. A propósito, confirmam o que os profissionais de tais disciplinas dizem acerca do conceito em debate:

FATURAMENTO. Conjunto dos recebimentos, expresso em unidades monetárias, obtidos por uma empresa em determinado período com a venda de bens ou serviços. Em outros termos, é o número de unidades vendidas multiplicado pelo preço da venda unitário. Diferencia-se de receita, que também inclui os valores obtidos de outras fontes, como aplicações financeiras ou vendas a prazo. (Paulo Sandroni, *Novíssimo dicionário de economia*, 12ª Ed., 2003, p. 236).

FATURAMENTO – Faturamento pode significar: (1) receita (operacional), **valor total das vendas de uma empresa, num dado período** (2) o ato de emissão de faturas/cobranças/contas; (3) a cobrança/fatura/conta em si, (4) contas a receber. (Marcílio Moreira de Castro, *Dicionário de direito, economia e contabilidade*, 3ª. Ed., s/d, p. 231).

Ora, se a interpretação do Supremo sempre foi no sentido de que o faturamento representa a receita bruta oriunda da venda de mercadorias e/ou prestação de serviços e essa é a acepção corrente no vocabulário geral e no técnico-científico, descabe estendê-la a outros limites, a pretexto de fazer justiça tributária.

Segundo o relator, o conceito de faturamento necessita de atualização à luz do próprio direito comercial, em razão do abandono da teoria dos atos de comércio em favor da teoria da empresa. De fato, com o advento do Código Civil de 2002, mudou-se o eixo do direito comercial, que passou a ser empresarial. A modificação foi significativa nesse campo, mas dizer que a alteração no critério de identificação do empresário teria o condão de promover a transformação no sentido de conceito secundário e específico, como o do faturamento, é passo

RE 400479 AGR-ED / RJ

demasiadamente largo. Modificação que tem impacto significativo na incidência tributária da contribuição social em comento. Mais do que isso, que altera o sentido do vocábulo utilizado pelo constituinte com propósito específico.

A óptica do ministro Cezar Peluso implica criação de nova base de incidência da contribuição, buscando-se, por meio da interpretação, superar o que pode ser entendido como uma deficiência normativo-constitucional. É ler muito além do que está estampado no texto. A Emenda Constitucional nº 20/1998, ao incluir a alusão à receita no inciso I do artigo 195 da Carta, veio a explicitar o que se quer alcançar, neste processo, por meio da hermenêutica. Consoante lançou o embargante nas razões recursais, não se pode ter por correta interpretação jurídica que venha a tornar inútil a modificação efetuada pelo poder constituinte reformador.

De todo modo, mesmo que o Tribunal entenda que deva agasalhar o conceito de faturamento expresso na proposta do relator, é mister prover o recurso em virtude de outra premissa. Não poderia o artigo 11 da Lei Complementar nº 70/1991, a versar isenção tributária às seguradoras, ser derogado por norma de hierarquia inferior, caso da Lei nº 9.718/98.

Coerente com a posição que adotei no julgamento dos Recursos Extraordinários nº 377.457 e 381.964, ambos relatados pelo ministro Gilmar Mendes, concluo pela inviabilidade de afastar preceito de lei complementar mediante dispositivo de lei ordinária. Na oportunidade, fiz ver:

Consoante estabelece o artigo 59 da Carta da República, em verdadeira menção considerada a ordem de grandeza, o processo legislativo compreende a elaboração de emendas à Constituição, de leis complementares, de leis ordinárias, de leis delegadas, de medidas provisórias, de decretos legislativos e de resoluções. A toda evidência, fora dos casos expressamente submetidos pela Carta Federal a certos diplomas e também daqueles em que se veda a disciplina mediante determinado instrumento, não existe limitação ao Poder Legislativo. Este

RE 400479 AGR-ED / RJ

exerce opção política, adotando este ou aquele instrumento.

Uma coisa é, por exemplo, haver a exigência expressa ou implícita, na Constituição Federal, de disciplina da matéria por meio de lei complementar ou a vedação de utilizar-se de medida provisória para tratar de tema que a própria Carta alçou a patamar superior, preconizando – repito –, de forma expressa ou implícita, a adoção de certo processo legislativo, de certo diploma. Outra diversa é, colocando em plano secundário o aspecto formal, a revelar a natureza jurídica do diploma, caminhar-se no sentido de entender que há prevalência do elemento material em detrimento do formal e, uma vez aprovada a disciplina da matéria mediante lei complementar, em relação à qual se exige a maioria absoluta, possa o legislador ordinário alterar o documento normativo, fazendo-o sem apego, portanto, às formalidades observadas quando da aprovação.

Mal comparando, raciocinando-se com extravagância maior, agasalhar tal óptica, contrária a mais não poder às balizas próprias à segurança jurídica, seria admitir, a esta altura, a possibilidade de alteração de preceitos da Constituição Federal sem o respeito à disciplina relativa à emenda constitucional, contida no artigo 60.

(...)

Sim, a partir do momento em que, numa opção político-normativa, o Congresso Nacional houve por bem disciplinar certo tema mediante lei complementar, a forma adotada não pode ser mitigada no campo da interpretação. Prevalece o aspecto formal e quanto a este não cabe dizer, ante a ausência de proibição na Constituição Federal, de vício formal.

Então, o artigo 3º, § 5º, da Lei nº 9.718/98 jamais poderia ter derogado a isenção estampada no artigo 11 da Lei Complementar nº 70/1991. O ato resultou em inconstitucionalidade formal.

Ante tais fundamentos, dou provimento aos embargos de declaração, para julgar integralmente procedente o pedido. Vale notar que o inciso II do artigo 146 da Carta Federal reserva, expressamente, à lei

RE 400479 AGR-ED / RJ

complementar a regulação das limitações constitucionais ao poder de tributar.

20/10/2016

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 400.479 RIO DE JANEIRO

VISTA

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhora Presidente, com a acuidade de sempre, alerta-me que eu sou relator do RE 609.096, que diz a respeito às instituições financeiras, exatamente sobre a constitucionalidade da COFINS e contribuições para o PIS: saber se incide sobre as receitas financeiras das instituições bancárias. O tema parece que é exatamente o mesmo ou guarda grande semelhança.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Vossa Excelência, até, também aceitou um outro recurso, o 880.143, como substituto de outro paradigma em 2015, para julgamento em conjunto. Houve até pedido, mas ...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Perfeito.

Eu, então, pela ordem, ponderaria da conveniência de eu pedir vista antecipadamente para trazer os dois juntos.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Claro! Então, Vossa Excelência antecipa o pedido de vista.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Houvesse objeção, eu pediria vista antecipada.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Apenas esses outros não estão liberados ainda, mas Vossa Excelência trará em conjunto.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Sim, mas eu liberarei e me comprometo a trazer o mais brevemente possível, em virtude da importância desse tema.

Publicado sem revisão. Art. 95 do RISTF.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

EMB.DECL. NO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 400.479

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. CEZAR PELUSO

EMBTE.(S) : AXA SEGUROS BRASIL S/A

ADV.(A/S) : GUSTAVO MIGUEZ DE MELLO (12996/RJ/)

EMBD0.(A/S) : UNIÃO

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

Decisão: A Turma, por decisão unânime, deliberou afetar o julgamento do processo ao Plenário. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Celso de Mello e Eros Grau. Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. **2ª Turma**, 25.09.2007.

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal admitiu a sustentação oral das partes em face da excepcionalidade do caso concreto. Em seguida, após o voto do Senhor Ministro Cezar Peluso (Relator), recebendo os embargos de declaração para prestar esclarecimentos, sem alteração do teor do acórdão embargado, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Marco Aurélio. Ausentes, licenciados, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Menezes Direito. Falaram, pela embargante, o Dr. Gustavo Miguez de Mello e, pela embargada, o Dr. Luiz Carlos Martins Jr., Procurador da Fazenda Nacional. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 19.08.2009.

Decisão: Após o voto-vista do Ministro Marco Aurélio, acolhendo os embargos de declaração, pediu vista dos autos o Ministro Ricardo Lewandowski. Ausentes, justificadamente, o Ministro Celso de Mello e, nesta assentada, o Ministro Gilmar Mendes. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 20.10.2016.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário

22/02/2023

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 400.479 RIO DE JANEIRO

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (vista): Trata-se de embargos de declaração no agravo regimental no **Recurso Extraordinário que aborda a definição do conceito de faturamento adotado pelo art. 195, I, da Constituição de 1988, em sua redação original**. Em outras palavras, a indagação consiste em saber se estão abrangidas nele as receitas financeiras auferidas pelas instituições seguradoras.

Para melhor esclarecimento quanto ao objeto deste recurso, transcrevo a ementa do acórdão recorrido:

“TRIBUTÁRIO – COFINS – LEI N. 9.718/1998, ART. 3º - CONSTITUCIONALIDADE.

I – O Plenário deste Tribunal, na Arguição de Inconstitucionalidade do art. 3º da Lei n. 9.718/98, segundo o qual, para fins de cálculo do PIS/PASEP e e COFINS, “faturamento” a que se refere o artigo anterior (art. 2º) corresponde a “receita bruta” da pessoa jurídica.

II – Recurso de UAP SEGUROS S/A improvido e recurso da União Federal/Fazenda Nacional e remessa necessária providos” (doc. 33).

Ou seja, em que pese a recorrente do presente caso tratar-se de empresa seguradora e não de instituição financeira propriamente dita, a matéria de fundo é semelhante aquela já apresentada para julgamento do Plenário desta Suprema Corte no tema 372 da Repercussão Geral (RE 609.096), cujo julgamento foi suspenso por pedido de vista do Ministro Dias Toffoli.

Visto isso, assento, preambularmente, que o tradicional Dicionário

RE 400479 AGR-ED / RJ

Houaiss define o vocábulo “fatura” como “relação de mercadorias, com os respectivos preços, vendidas a uma pessoa ou firma”. Já “faturamento” é “o ato ou efeito de faturar”.

O conceito jurídico de faturamento, tem o mesmo sentido, encontrando-se relacionado à emissão de faturas em contrato de compra e venda mercantil, conforme é possível extrair da leitura do art. 1º da Lei 5.478/1968, a seguir transcrito:

“Art . 1º Em todo o contrato de compra e venda mercantil entre partes domiciliadas no território brasileiro, com prazo não inferior a 30 (trinta) dias, contado da data da entrega ou despacho das mercadorias, o vendedor extrairá a respectiva fatura para apresentação ao comprador.

§ 1º A fatura discriminará as mercadorias vendidas ou, quando convier ao vendedor, indicará somente os números e valores das notas parciais expedidas por ocasião das vendas, despachos ou entregas das mercadorias.

[...]

Art. 20. Poderão emitir, na forma prevista nesta Lei, fatura e duplicata:

I - as empresas, individuais ou coletivas, fundações ou sociedades civis, **que se dediquem à prestação de serviços**; e

II - o Transportador Autônomo de Cargas - TAC, de que trata o inciso I do *caput* do art. 2º da Lei nº 11.442, de 5 de janeiro de 2007” (negritei).

Na sequência da edição desse diploma normativo, o Convênio S/Nº, de 15 de dezembro de 1970, do Ministro da Fazenda e dos Secretários de Fazenda ou de Finanças dos Estados e do Distrito Federal, criou a “nota fiscal-fatura”, não restrita apenas às vendas a prazo, mas abrangendo também todas as vendas, inclusive aquelas com pagamento à vista.

O Supremo Tribunal Federal, de seu turno, analisou, em diversas oportunidades, o conceito de faturamento, à luz da Constituição Federal

RE 400479 AGR-ED / RJ

em vigor.

Já no início da década de 1990, e passados alguns anos da promulgação da atual Carta Política, o Ministro Moreira Alves, ao julgar a ADC 1, que declarou a constitucionalidade da criação da COFINS, da qual foi relator, reafirmou, em seu voto, o entendimento do Ministro Ilmar Galvão, em julgado semelhante, qual seja, o RE 150.764, que tratava do precursor FINSOCIAL. Confira-se:

“[o] conceito de receita bruta das vendas de mercadorias e mercadorias e serviços ‘coincide com o de faturamento, que, para efeitos fiscais, sempre foi entendido como o produto de todas as vendas, e não apenas das vendas acompanhadas de fatura, formalidade exigida tão-somente nas vendas mercantis a prazo (art. 1º da Lei 187/36)’”.

Posteriormente, ao julgar o RE 346.084, o Plenário desta Suprema Corte decidiu que as expressões “receita bruta” e “faturamento” são sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços, declarando a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/1998. Assim fazendo, ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada. Veja-se:

“CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE - ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente. TRIBUTÁRIO - INSTITUTOS - EXPRESSÕES E VOCÁBULOS - SENTIDO. A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados

RE 400479 AGR-ED / RJ

expressa ou implicitamente. Sobrepõe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários. **CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - PIS - RECEITA BRUTA - NOÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada” (RE 346.084, Rel. Min. Ilmar Galvão e Red. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/11/2005; negritei).**

Ora, pela simples leitura da ementa é possível concluir que o conceito de “faturamento”, bem como o de seu sinônimo, “receita bruta”, não envolvem a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas. Disso decorre, por um raciocínio lógico, que as receitas que não forem oriundas da venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços ficam excluídas da base de cálculo dos tributos que incidem sobre o faturamento ou a receita bruta.

Em uma perspectiva distinta, mas com um sentido semelhante, esta suprema Corte, ao julgar a ADI 2591-ED, de relatoria do Ministro Eros Grau, firmou o entendimento de que existe relação de consumo entre pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito, determinando a aplicação do Código de Defesa do Consumidor – CDC em face destas instituições. Confira-se:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. LEGITIMIDADE RECURSAL LIMITADA ÀS PARTES. NÃO CABIMENTO DE RECURSO INTERPOSTO POR *AMICI CURIAE*. EMBARGOS

RE 400479 AGR-ED / RJ

DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELO PROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA CONHECIDOS. ALEGAÇÃO DE CONTRADIÇÃO. ALTERAÇÃO DA EMENTA DO JULGADO. RESTRIÇÃO. EMBARGOS PROVIDOS. 1. Embargos de declaração opostos pelo Procurador Geral da República, pelo Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor - BRASILCON e pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC. As duas últimas são instituições que ingressaram no feito na qualidade de *amici curiae*. 2. Entidades que participam na qualidade de *amicus curiae* dos processos objetivos de controle de constitucionalidade, não possuem legitimidade para recorrer, ainda que aporrem aos autos informações relevantes ou dados técnicos. Decisões monocráticas no mesmo sentido. 3. Não conhecimento dos embargos de declaração interpostos pelo BRASILCON e pelo IDEC. 4. Embargos opostos pelo Procurador Geral da República. Contradição entre a parte dispositiva da ementa e os votos proferidos, o voto condutor e os demais que compõem o acórdão. 5. Embargos de declaração providos para reduzir o teor da ementa referente ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.591, que passa a ter o seguinte conteúdo, dela excluídos enunciados em relação aos quais não há consenso: **ART. 3º, § 2º, DO CDC. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5º, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. `Consumidor`, para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. 3. Ação direta julgada improcedente” (ADI 2591-ED, Rel. Min. Eros Grau; negritei).**

RE 400479 AGR-ED / RJ

Da análise conjunta dos acórdãos proferidos no RE 346.084 e na ADI 2.591, é possível inferir que a atividade bancária, financeira e creditícia, em que figure pessoa física ou jurídica na condição de destinatária final, a qual tem origem em uma relação de consumo, pode ser caracterizada como venda de produtos, de serviços ou de produtos e serviços, mesmo que, quanto a esta, não se emita uma fatura. Isso significa que a receita proveniente de tais produtos ou serviços integra o faturamento.

Seria plausível, então, sustentar que o conceito de faturamento estaria restrito apenas ao ato de faturar?

Para o Ministro Relator Cezar Peluso, não. Ao proferir voto neste RE 400.479-AgR, examinou a incidência do PIS e da COFINS na atividade da seguradora recorrente, destacando que, “o conceito de receita bruta sujeita à exação tributária em comento envolve, não só aquela decorrente da venda de mercadorias e da prestação de serviços, mas a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais”, *verbis*:

“Seja qual for a classificação que se dê às receitas oriundas dos contratos de seguro, denominadas prêmio, o certo é que tal não implica na sua exclusão da base de incidência das contribuições para o PIS e COFINS, mormente após a declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, parágrafo 1º, da Lei 9.718/98 dada pelo Plenário do STF. É que, conforme expressamente fundamentado na decisão agravada, o conceito de receita bruta sujeita à exação tributária em comento envolve, não só aquela decorrente da venda de mercadorias e da prestação de serviços, mas a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais”.

Cumprido registrar, todavia, que, apesar de o voto do Ministro Cezar Peluso ter sido acompanhado, por unanimidade, pelos integrantes da Segunda Turma, contra tal decisão foram opostos os presentes embargos de declaração.

RE 400479 AGR-ED / RJ

Outra questão, qual seja, a extensão do conceito de faturamento para abranger atividades que não emitem fatura, veio à baila, mais recentemente, no julgamento do RE 659.412, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, onde se discute a cobrança do PIS e da COFINS em face das atividades de locação de bens móveis.

Para o Ministro Relator, a tese a ser fixada seria a de que

“Incidem o PIS e a Cofins não cumulativos sobre as receitas de locação de bens móveis a partir da instituição de regimes mediante as Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003, respectivamente, enquanto, sob a modalidade cumulativa, passaram a incidir, considerada a locação de bens móveis como atividade ou objeto principal da pessoa jurídica, com a vigência da Lei nº 12.973/2014”.

Em outros termos, para o Relator, a partir da redação do art. 195, I, da Constituição de 1988, vigente antes da edição da Emenda Constitucional 20/1998, a COFINS e o PIS apenas podiam incidir sobre receitas decorrentes da venda de mercadorias, da prestação de serviços e da venda de mercadorias e serviços, isto é, aquelas que compõe o conceito de faturamento.

Contudo, o Ministro Alexandre de Moraes apresentou proposta divergente, muito semelhante ao entendimento do Ministro Cezar Peluso já esposado pelo Plenário da Corte, no sentido de que o conceito de receita bruta sujeita ao PIS e à COFINS envolve, não só aquela decorrente da venda de mercadorias e da prestação de serviços, mas inclui a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais, apresentando a seguinte tese alternativa:

“É constitucional a incidência da contribuição para o PIS e da COFINS sobre a locação de bens móveis, considerado que o

RE 400479 AGR-ED / RJ

resultado econômico dessa atividade coincide com o conceito de faturamento ou receita bruta, tomados como a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais, pressuposto desde a redação original do art. 195, I, da Constituição Federal”.

Feitas tais considerações acerca das oscilações do STF sobre o conceito de faturamento, bem como sobre a existência de correntes divergentes quanto ao assunto, entendo que o conceito de faturamento a ser aplicado ao tema 372, correspondente à cobrança do PIS e da COFINS de instituições financeiras, há de ser alcançado por meio do cotejo do resultado do julgamento do RE 346.084 e da ADI 2591.

No primeiro, esta Suprema Corte estabeleceu que “receita bruta” e “faturamento” são sinônimos, referindo-se, ambos, à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços, ainda que delas não exista a obrigação legal da emissão de fatura. Já no segundo, o Plenário qualificou como “consumidor” toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. Da combinação desses entendimentos decorre que as instituições financeiras oferecem produtos ou serviços, cujas receitas integram o conceito de faturamento, repita-se, ainda que não demandem a emissão de fatura.

A Lei Complementar 116/2203, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências, abona essa compreensão, ao definir o que é serviço passível de tributação pelo ISS ou ISSQN.

Nos itens 10 e 18 da tabela que compõe o anexo desse diploma normativo estão listados os serviços bancários, conforme segue:

“10 – Serviços de intermediação e congêneres.

10.01 – Agenciamento, corretagem ou intermediação de

RE 400479 AGR-ED / RJ

câmbio, de seguros, de cartões de crédito, de planos de saúde e de planos de previdência privada.

[...]

18 – Serviços de regulação de sinistros vinculados a contratos de seguros; inspeção e avaliação de riscos para cobertura de contratos de seguros; prevenção e gerência de riscos seguráveis e congêneres.

18.01 - Serviços de regulação de sinistros vinculados a contratos de seguros; inspeção e avaliação de riscos para cobertura de contratos de seguros; prevenção e gerência de riscos seguráveis e congêneres”.

Constata-se, dessa forma, que as instituições seguradoras auferem receitas que se amoldam ao conceito de faturamento, decorrente da venda de bens e da prestação de serviços, eis que são prestadoras de serviços. De outra parte, porém, a **LC 116/2003 exclui da incidência do ISS, por não considerar prestação de serviço, “o valor intermediado no mercado de títulos e valores mobiliários, o valor dos depósitos bancários, o principal, juros e acréscimos moratórios relativos a operações de crédito realizadas por instituições financeiras”** (art. 2º, III, negritei).

Adotado esse entendimento, não se estará eximindo completamente as instituições seguradoras do pagamento do PIS e da COFINS, considerada a redação original do art. 195, I, da Constituição Federal, mas apenas reconhecendo que o conceito de faturamento não engloba a totalidade de suas receitas operacionais, eis que compreende somente aquelas provenientes da venda de produtos, de serviços ou de produtos e serviços.

Se assim não fosse, motivos não existiriam para que este Supremo Tribunal declarasse a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998, que tentou ampliar, sem supedâneo constitucional prévio, o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente das atividades por

RE 400479 AGR-ED / RJ

elas desenvolvidas e da classificação contábil adotada.

Logo, pelas razões acima explicitadas, concluo que apenas as receitas brutas oriundas da venda de produtos e prestação de serviços é que podem ser incluídas na base de cálculo da exação em comento, até a edição da Emenda Constitucional 20/1998, a qual incluiu a possibilidade de incidência sobre a “receita”, sem qualquer discriminação.

Isso posto, julgo procedente os embargos para prover o recurso extraordinário a fim de que, até o advento da Emenda Constitucional 20/1998, apenas a receita proveniente da atividade securitária resultante da venda de produtos, de serviços ou de produtos e serviços, seja reconhecida como conceito de faturamento, a servir de base de cálculo para a cobrança do PIS e da COFINS, em face das instituições seguradoras.

É como voto.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

EMB.DECL. NO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 400.479

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. CEZAR PELUSO

EMBTE.(S) : AXA SEGUROS BRASIL S/A

ADV.(A/S) : GUSTAVO MIGUEZ DE MELLO (12996/RJ/)

EMBDO.(A/S) : UNIÃO

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL (00000/DF)

Decisão: A Turma, por decisão unânime, deliberou afetar o julgamento do processo ao Plenário. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Celso de Mello e Eros Grau. Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. **2ª Turma, 25.09.2007.**

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal admitiu a sustentação oral das partes em face da excepcionalidade do caso concreto. Em seguida, após o voto do Senhor Ministro Cezar Peluso (Relator), recebendo os embargos de declaração para prestar esclarecimentos, sem alteração do teor do acórdão embargado, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Marco Aurélio. Ausentes, licenciados, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Menezes Direito. Falaram, pela embargante, o Dr. Gustavo Miguez de Mello e, pela embargada, o Dr. Luiz Carlos Martins Jr., Procurador da Fazenda Nacional. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 19.08.2009.

Decisão: Após o voto-vista do Ministro Marco Aurélio, acolhendo os embargos de declaração, pediu vista dos autos o Ministro Ricardo Lewandowski. Ausentes, justificadamente, o Ministro Celso de Mello e, nesta assentada, o Ministro Gilmar Mendes. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 20.10.2016.

Decisão: Após o voto-vista do Ministro Ricardo Lewandowski, que julgava procedentes os embargos para prover o recurso extraordinário a fim de que, até o advento da Emenda Constitucional 20/1998, apenas a receita proveniente da atividade securitária resultante da venda de produtos, de serviços ou de produtos e serviços, seja reconhecida como conceito de faturamento, a servir de base de cálculo para a cobrança do PIS e da COFINS, em face das instituições seguradoras, pediu vista dos autos o Ministro Dias Toffoli. Não votam o Ministro Alexandre de

Moraes, por suceder a cadeira do Ministro Cezar Peluso (Relator), e o Ministro André Mendonça, sucessor do Ministro Marco Aurélio, que votara em assentada anterior. Plenário, Sessão Virtual de 10.2.2023 a 17.2.2023.

Composição: Ministros Rosa Weber (Presidente), Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e André Mendonça.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

13/06/2023

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 400.479 RIO DE JANEIRO

RELATOR : **MIN. CEZAR PELUSO**
REDATOR DO : **MIN. DIAS TOFFOLI**
ACÓRDÃO RISTF
EMBTE.(S) : **AXA SEGUROS BRASIL S/A**
ADV.(A/S) : **GUSTAVO MIGUEZ DE MELLO**
EMBDO.(A/S) : **UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL**

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Inicialmente, convém esclarecer que embora não tenha participado dos momentos processuais de sustentação oral, leitura de relatório e voto do Ministro Relator, Sua Excelência o Ministro Cezar Peluso, declaro-me apto a votar, nos termos do art. 134, §2º, do RISTF, após detido exame dos autos e das notas taquigráficas deste julgamento.

Trata-se de embargos declaratórios opostos em face de acórdão da Segunda Turma desta Corte, cuja ementa reproduz-se a seguir:

“RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Jurisprudência assentada Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte.”

Nas razões recursais, sustenta-se omissão do acórdão recorrido, tendo em vista que esse absteve-se de analisar o argumento de que a parte Recorrente é seguradora, logo não auferiria receita da venda de bens e serviços.

Assevera-se, ainda, contradição da decisão recorrida, pois essa não

RE 400479 AGR-ED / RJ

observou o conceito de faturamento fixado pela jurisprudência do STF, fazendo-se expressa referência ao RE 346.084, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão e com acórdão redigido pelo Ministro Marco Aurélio.

Consta do acompanhamento processual que a Segunda Turma, deliberou afetar o julgamento do processo ao Plenário em sessão realizada em 25.09.2007.

Em sessão do Tribunal Pleno do dia 19.08.2009, o colegiado pleno admitiu sustentação oral das partes processuais em razão da excepcionalidade do caso concreto, em que pese a inexistência de previsão legal ou regimental.

Ato contínuo, o eminente Ministro Cezar Peluso proferiu detalhado voto no sentido de acolher os embargos declaratórios, sem atribuição de efeitos infringentes, com o fito exclusivo de prestar esclarecimentos.

Em breve síntese, o Ministro Relator reiterou a validade da revogação da isenção das sociedades profissionais por lei ordinária, à luz do assentado nos recursos extraordinários 377.457 e 381.964, ambos de relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

Após, com espedeque em vasta doutrina empresarial e tributarista e na jurisprudência deste Egrégio Tribunal, argumentou que o conceito jurídico-constitucional de faturamento se traduz na somatória de receitas resultantes das atividades empresariais, e não apenas da venda de bens e serviços correspondentes a emissão de faturas.

Nesse sentido, o fato de instituições financeiras e seguradoras não venderem bens e serviços não implica em inexistência de faturamento por parte dessas sociedades empresárias, tampouco indica a não incidência de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS).

Demais disso, transcreve-se excerto relevante do voto proferido por Sua Excelência:

“10. Não há contradição sincrônica entre este conceito atual de faturamento e aquele restrito à venda de mercadorias e prestação de serviços, porque, acompanhando a evolução histórica e a complexidade das atividades empresariais, o segundo foi absorvido pelo primeiro.

RE 400479 AGR-ED / RJ

(...)

O que é relevante, para efeitos tributários, é a existência concreta de faturamento, compreendido como a receita advinda do exercício das atividades-fim da empresa, abstraída sua regular formalização estatutária. Prevalece, sempre a perspectiva objetiva, ante os fatos do mundo (...) Desse modo, ainda que bancos e seguradoras não vendam mercadorias, nem sua atividade principal configure serviço, a incidência das contribuições sobre o respectiva faturamento, consistente em receitas de intermediação financeira e de prêmios de seguros, é de rigor, porque integrantes do conjunto de negócios ou operações desenvolvidos por essas empresas no desempenho de suas atividades econômicas peculiares.”

Ante dúvida acerca da possibilidade de atuação monocrática de Ministro Relator, nos termos do art. 21, §1º, do RISTF, conjugar-se com posterior afetação ao Tribunal Pleno da matéria em sede de embargos de declaração, o ilustre Ministro Marco Aurélio pediu vista em gabinete dos autos para melhor exame da matéria, cujo resultante foi o belíssimo voto que auscultamos.

Diante da retomada do julgamento já em um ambiente de Plenário Virtual (10-17/02/2023), lançados os votos Min. Marco Aurélio e Min. Ricardo Lewandowski, o Ministro Dias Toffoli pediu vista do feito trazendo agora robusto voto-vista para acompanhar Ministro-relator, nos termos das substanciosas razões trazidas em seu voto-vista no Tema 372, ressaltando, no entanto, a incidência da COFINS sobre as receitas financeiras oriundas das aplicações financeiras das reservas técnicas.

São os fatos relevantes para embasar o meu voto.

Nos termos do artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015 e do art. 535 do CPC/73, os embargos de declaração são cabíveis nos casos de obscuridade, contradição ou omissão da decisão impugnada, bem como para corrigir eventual erro material. Na hipótese, não se constatam quaisquer dos referidos vícios.

RE 400479 AGR-ED / RJ

Na verdade, observa-se nítido caráter infringente nas alegações recursais, porquanto se busca a revisão da decisão embargada. No caso, o Supremo Tribunal Federal possui entendimento reiterado no sentido de que os embargos de declaração não se prestam à rediscussão do assentado no julgado, em decorrência de inconformismo da parte Embargante.

Desse modo, podem ser citados os seguintes julgamentos: ARE 906.026 AgR-ED, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, DJe 03.11.2015; AI 768.149 AgR-ED, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, DJe 5.11.2015; Rcl 20.061 AgR-ED-ED, de relatoria do Ministro Luiz Fux, DJe 28.10.2015.

Por conseguinte, não há contradição entre as partes intrínsecas da decisão, haja vista que se prestou jurisdição a contento no caso concreto. Nesse sentido, todos os segmentos da decisão convergem ao dispositivo da decisão recorrida.

A propósito, o entendimento iterativo desta Corte é no sentido de que a contradição hábil a autorizar o acolhimento da pretensão declaratória é a intrínseca, verificada entre as partes ou proposições da decisão. Logo, ressalta-se a incompatibilidade desta via processual e a pretensão de fazer prevalecer o assentado em outros julgados do STF.

Vejam-se os seguintes julgados do Plenário do STF: ADI-ED 3.225, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, DJe 10.09.2010; e AR-ED 1.601, de relatoria da Ministra Rosa Weber, DJe 15.03.2016, este último feito assim ementado:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO RESCISÓRIA. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. NÃO AUTOAPLICABILIDADE DO ARTIGO 202, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. AUSÊNCIA DE CONTRADIÇÃO. CARÁTER MERAMENTE INFRINGENTE. 1. A contradição hábil a autorizar o acolhimento da pretensão declaratória é a intrínseca, verificada entre partes ou proposições da decisão. Precedente. 2. Condizente com a situação dos presentes autos o relatório do acórdão embargado

RE 400479 AGR-ED / RJ

e convergentes todos os segmentos dessa decisão para a improcedência do pedido deduzido na presente ação, não há falar em contradição. 3. Ausente contradição ao feito legal, justificadora da oposição de embargos declaratórios, evidenciado resta o caráter meramente infringente da insurgência. Embargos de declaração rejeitados.”

De todo modo, depreende-se também da jurisprudência desta Corte a viabilidade de acolher embargos de declaração para prestar esclarecimentos, à luz da funcionalização do sistema de precedentes e respectivo papel que os julgados do STF assumem em relação aos demais órgãos do sistema judicial.

A esse respeito, em sessão plenária do dia 18.08.2016, o Tribunal Pleno acolheu embargos declaratórios para prestar esclarecimentos, sem efeitos infringentes, assim como fixação de tese jurídica ao Tema 323 da sistemática da repercussão geral, no âmbito do RE-RG-ED 599.362, de relatoria do Ministro Dias Toffoli; o que aliado às discussões em julgamento conjunto ao Tema 372, neste ambiente de Plenário Virtual.

Nesse quadro, em razão de sua densidade argumentativa, o voto do eminente Ministro Cezar Peluso encerra *per se* a cadeia argumentativa haurida da esfera pública em relação à incidência da COFINS no faturamento das seguradoras. Desse modo, ACOMPANHO integralmente o voto de Sua Excelência com o fito de assentar a incidência da COFINS sobre todas as receitas auferidas nas atividades-fins das seguradoras, inclusive dos prêmios de seguros.

Imperativo registrar ainda, diante do voto-vista do Min.Dias Toffoli que, ao acompanhar Min.Cezar Peluso, ressalva da incidência COFINS as receitas oriundas das aplicações financeiras das reservas técnicas obrigatórias das seguradoras ao que DIVIRJO neste ponto, vez que sequer objeto de discussão no *iter* processual.

O Agravo Interno (Peça n.55, g.8-16) antes manejado pelo próprio contribuinte, ora embargante, trata apenas da incidência das contribuições sobre os prêmios pagos às seguradoras não aludindo em passagem alguma acerca das receitas decorrentes das aplicações

RE 400479 AGR-ED / RJ

financeiras das reservas técnicas das seguradoras.

Do mero compulsar dos autos constata-se que, desde a petição inicial até o julgamento do agravo (1ª Turma, STF), quando há muito estabilizada a lide, não se tratou em momento algum das receitas decorrentes das aplicações financeiras das reservas técnicas das seguradoras.

Nesse cenário processual tem-se que o voto-vista ao ressaltar a incidência sobre as receitas decorrentes das aplicações financeiras das reservas técnicas das seguradoras consubstancia julgamento *extra petita* conforme bem asseverado em memoriais PGFN que cita trecho Min.relator em momento anterior:

“...Daí que não caberia em sede de declaratórios o surgimento de matéria que não fora veiculada, tanto no julgamento do agravo, como deste recurso interposto, sob pena de ofensa aos princípios do contraditório e ampla defesa, no que revelado verdadeiro julgamento *extra petita*.”

Ante o exposto, ACOMPANHO o Ministro-relator para acolher os embargos declaratórios, sem atribuição de efeitos infringentes, com a finalidade exclusiva de prestar esclarecimentos e DIVIRJO do voto-vista Min.Dias Toffoli na ressalva que estabelece.

13/06/2023**PLENÁRIO****EMB.DECL. NO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 400.479 RIO DE JANEIRO****VOTO-VISTA****O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Cuida-se, na origem, de mandado de segurança preventivo impetrado em abril de 1999 por UAP Seguros S/A, com pedido de medida liminar, contra o Delegado da Delegacia de Instituições Financeiras da 7ª Região Fiscal.

Disse a impetrante que a LC nº 70/91 instituiu a COFINS, conforme o art. 195, inciso I, da Constituição Federal, sobre o faturamento, o qual seria definido como receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza. Afirmou que foram excluídas dessa incidência as sociedades seguradoras, tendo sido majorada, em contrapartida, a contribuição social sobre o lucro. Mencionou que essa situação perdurou até a Lei nº 9.718/98, a qual teria ampliado o conceito de faturamento para abranger a totalidade das receitas auferidas pelas pessoas jurídicas. Em relação às sociedades seguradoras, apontou que elas passaram a ser sujeitos passivos da contribuição em referência.

Sustentou a impetrante que essa lei incidiu em inconstitucionalidade, destacando, entre outros pontos, que tal diploma não é lei complementar e foi editado anteriormente à EC nº 20/98, a qual teria autorizado a tributação da receita.

Pediu, ao fim, que fosse a segurança concedida, garantindo-lhe o direito de não pagar COFINS sobre a totalidade de suas receitas, tal como previsto na Lei nº 9.718/98, ordenando-se à autoridade coatora que se abstenha de praticar qualquer ato incompatível com esse direito e declarando-se a inexistência de relação jurídica entre ela e a União que autorize essa a exigir a COFINS em questão. Sucessivamente, pediu que a segurança fosse concedida para que possa compensar, independentemente das limitações contidas nos §§ 2º e 3º do art. 8º da Lei

RE 400479 AGR-ED / RJ

nº 9.718/98, um terço da COFINS paga com a CSLL em períodos de apuração subsequentes.

A sentença foi pela parcial concessão da segurança, para autorizar a autora a recolher a COFINS utilizando o critério anterior à Lei nº 9.718/98, relativamente à base de cálculo, nos termos da fundamentação.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Ambas as partes apelaram.

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região negou provimento à apelação da impetrante e deu provimento ao recurso da União e à remessa necessária, ressaltando que, em arguição de inconstitucionalidade, já havia sido rejeitada a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei nº 9.718/98. O julgado foi assim ementado:

**“TRIBUTÁRIO - COFINS - LEI N. 9.718/98, ART. 3º -
CONSTITUCIONALIDADE.**

I - O Plenário deste Tribunal, na Arguição de Inconstitucionalidade na AMS n. 1999.02.01.050299-6, rejeitou a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei n. 9.718/98, segundo o qual, para fins de cálculo do PIS/PASEP e COFINS, o ‘faturamento’ a que se refere o artigo anterior (2º) corresponde a ‘receita bruta’ da pessoa jurídica.

II - Recurso de UAP SEGUROS S/A improvido e recurso da União Federal/Fazenda Nacional e remessa necessária providos.”

Opostos embargos de declaração pela Axa Seguros Brasil S/A, nova denominação da UAP Seguros S/A, foram eles acolhidos, com a determinação de juntada aos autos do acórdão no julgamento da citada arguição de inconstitucionalidade.

Interpôs a impetrante recurso extraordinário com fundamento na letra a do permissivo constitucional. As razões do apelo extremo giram em torno dos seguintes argumentos: a) faturamento consiste na receita bruta de vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços ou de serviços de qualquer natureza, não podendo o legislador tributar, a título de

RE 400479 AGR-ED / RJ

COFINS, outras receitas, como as auferidas pelas seguradoras; b) a Lei nº 9.718/98 não é lei complementar, de modo que não poderia ela derogar a isenção prevista no art. 11, parágrafo único, da LC nº 70/91; c) o aumento da alíquota da COFINS promovido pela lei questionada representa, para as empresas que têm lucro, um empréstimo compulsório irregularmente criado e importa, para as empresas deficitárias, violação da isonomia; d) a imposição de maior carga tributária às empresas deficitárias também enseja ofensa à equidade no custeio da seguridade social (art. 194, parágrafo único, inciso V); e) a limitação da compensação de um terço da COFINS com a CSLL, restrita ao mesmo período de competência, viola o art. 5º, inciso XXXV.

Em decisão monocrática, o Relator, Ministro **Cezar Peluso**, deu parcial provimento ao recurso extraordinário para, concedendo em parte a ordem, excluir da base de incidência do PIS/COFINS receita estranha ao faturamento da recorrente (e-doc 55, p. 429).

Interpôs a impetrante o agravo regimental (e-doc nº 55, p. 433).

A Segunda Turma negou provimento a esse recurso (e-doc nº 55, p. 444), tendo o Relator aduzido que “seja qual for a classificação que se dê às receitas oriundas dos contratos de seguro, denominadas prêmios, o certo é que tal não implica na sua exclusão da base de incidência das contribuições para o PIS e COFINS”. Complementou Sua Excelência que o conceito de receita bruta sujeita à tributação em tela “envolve não só aquela decorrente da venda de mercadorias e da prestação de serviços, mas a *soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais*” (grifo do autor).

Opôs, então, a impetrante os presentes embargos de declaração (e-doc 55, p. 453). Aduziu que, no acórdão embargado, não se apreciou a alegação de que os prêmios por si auferidos não configuram receitas de vendas de mercadorias ou de serviços. Afirmou que “a seguradora indeniza o resultado desfavorável de danos causados aos beneficiários do seguro”. Apontou que continua aplicável o art. 11, parágrafo único, da LC nº 70/91. Realçou que grande número de segurados, caso a tributação questionada seja a esses repercutida, poderá ficar sem recursos para

RE 400479 AGR-ED / RJ

assegurar riscos à vida, à saúde, a bens etc. A impetrante destacou também que seguro é uma operação de massa e que ela não pode ser enquadrada como empresa prestadora de serviço ou vendedora de mercadorias. Afirmou que a Segunda Turma utilizou conceito de faturamento não condizente com o fixado pela legislação e pela Corte no RE nº 346.084.

Iniciado o julgamento dos presentes embargos de declaração na Segunda Turma, essa deliberou essa afetar o caso ao Plenário.

Em 19/8/09, votou o Relator pelo acolhimento dos embargos de declaração para prestar esclarecimentos, sem alteração do teor do acórdão embargado. Pediu vista o Ministro **Marco Aurélio**. Na sessão de 20/10/16, em voto-vista, Sua Excelência votou pelo provimento dos embargos de declaração, para julgar integralmente procedente o pedido. Pediu vista o Ministro **Ricardo Lewandowski**. Na sessão virtual de 10/2/23 a 17/2/23, votou Sua Excelência pelo acolhimento dos embargos de declaração, para prover o recurso extraordinário, a fim de que, até o advento da EC nº 20/98, apenas a receita proveniente da atividade securitária resultante da venda de produtos, de serviços ou de produtos e serviços seja reconhecida como conceito de faturamento, de modo a servir de base de cálculo para o PIS/COFINS, em face das instituições seguradoras.

Pedi vista dos autos para melhor apreciar a controvérsia.

É o relatório.

INTRODUÇÃO.

De início, ressalto que estão em julgamento conjunto mais três demandas, nas quais se discute o conceito de faturamento para fins de incidência do PIS/COFINS, considerando-se as atividades exercidas pelos contribuintes naquelas envolvidos. No RE nº 609.096/RS, Tema nº 372, e no RE nº 1.250.200/SP, ambos da relatoria do Ministro **Ricardo Lewandowski**, a controvérsia se dá ante as atividades devolvidas por dois bancos. No RE nº 880.143/MG, também de relatoria de Sua Excelência, a contenda se dá à luz das atividades desenvolvidas por uma sociedade corretora de câmbio e valores mobiliários.

RE 400479 AGR-ED / RJ

No presente caso concreto, são levadas em conta, no debate, as atividades realizadas por uma **seguradora**.

Rememoro que as sociedades seguradoras, até o início da vigência da Lei nº 9.718/98 (**fevereiro de 1999**), gozavam de isenção por força da LC nº 70/91. Realço, ademais, que a Segunda Turma da Corte já deu parcial provimento ao recurso extraordinário para, concedendo em parte a ordem, excluir da base de incidência do PIS/COFINS receita estranha ao faturamento da recorrente, em razão da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98.

Portanto, inexistente qualquer controvérsia em relação à impossibilidade de inclusão, **antes do advento da EC nº 20/98**, de receitas outras que não aquelas inseridas no conceito de faturamento, tal como concebido no art. 195, inciso I, da Constituição Federal em sua redação originária.

O que remanesce nos autos é saber se as receitas decorrentes de prêmios auferidos em razão dos contratos de seguro estão ou não incluídas na materialidade da contribuição para o PIS e da COFINS no período **compreendido entre fevereiro/99 e dezembro/14**, na medida em que as Leis nº 10.637/02 e 10.833/03 mantiveram as seguradoras e outras empresas equiparadas na sistemática cumulativa da Lei nº 9.718/98, cujo art. 3º somente foi alterado para remeter ao conceito de receita bruta da legislação do imposto de renda (art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598/77) com a Lei nº 12.973/14, a qual passou a produzir efeitos, nesse ponto, a partir de 1º de janeiro de 2015.

Feito esse apanhado, adianto, desde logo, que acompanho o voto proferido pelo Ministro **Cezar Peluso** no RE nº 400.479/RJ-AgR-ED. Em poucas palavras, as receitas de prêmios integram a base de cálculo do PIS/COFINS cobrado das seguradoras ante a Lei nº 9.718/98, no período em questão, ressalvadas as exclusões legalmente prescritas.

Passo a desenvolver essa compreensão.

DA INTERPRETAÇÃO HISTÓRICA DO PIS/COFINS NO CONTEXTO DA TRIBUTAÇÃO DAS SEGURADORAS.

RE 400479 AGR-ED / RJ

O atual PIS/COFINS cumulativo (Lei nº 9.718/98) tem, historicamente, importantes conexões com a LC nº 7/70 (PIS) e a legislação do Finsocial, que deu origem à COFINS disciplinada pela LC nº 70/91. Vejamos a evolução da legislação.

Em 1970, foi editada a LC nº 7/70, instituindo o Programa de Integração Social (PIS), destinado a promover a integração do empregado na vida e no desenvolvimento das empresas. Tal programa era executado mediante Fundo de Participação, o qual era constituído, conforme o art. 3º, por duas parcelas: a) a primeira, mediante uma parte deduzida do imposto de renda devido, calculada na forma do § 1º, que estipulava a proporção da dedução; b) a segunda, com recursos próprios da empresa, calculados em percentual incidente sobre o faturamento.

No tocante às instituições financeiras, às sociedades seguradoras e a outras empresas que não realizassem operações de vendas de mercadorias, previu-se (art. 3º, § 2º) que a participação seria “com uma contribuição ao Fundo de Participação de recursos próprios de valor idêntico do que for apurado” na forma daquele § 1º.

Eram essas as principais disciplinas do PIS pertinentes para a presente discussão.

Após, em 1982, adveio o Decreto-lei nº 1.940/82, instituindo o Fundo de Investimento Social (Finsocial), para dar apoio financeiro a programas e projetos de caráter assistencial relacionados com alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor.

Inicialmente, o valor previsto a título da contribuição (assim o decreto-lei em referência denominava a exação) para o Finsocial era de 0,5% incidente sobre a receita bruta das empresas públicas e privadas que realizavam venda de mercadorias e sobre a **receita bruta das instituições financeiras e das sociedades seguradoras** (como expressamente previa aquele diploma). No que diz respeito às empresas públicas e privadas que realizassem exclusivamente venda de serviços, a contribuição era de 5% sobre o valor do imposto de renda devido, ou como se devido fosse.

Alguns anos depois, sobreveio o Decreto-lei nº 2.397/87. A incidência da contribuição na alíquota de 0,5% foi separada, para fins de

RE 400479 AGR-ED / RJ

normatização, em três grupos. O primeiro abrangeu a receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços, de qualquer natureza, das empresas públicas ou privadas definidas como pessoa jurídica ou a elas equiparadas pela legislação do Imposto de Renda (art. 1º, § 1º, alínea a). O segundo abarcou “**as rendas e receitas operacionais das instituições financeiras e entidades a elas equiparadas**”, permitindo diversas exclusões da base de cálculo (art. 1º, § 1º, alínea b). E o terceiro compreendeu “as **receitas operacionais** e patrimoniais das **sociedades seguradoras** e entidades a elas equiparadas” (art. 1º, § 1º, alínea a). Ficou mantida aquela regra específica acerca das empresas públicas e privadas que realizassem exclusivamente venda de serviços.

Evidentemente, a lei do Finsocial continha outras determinações que influenciavam a contribuição em questão. Contudo, desborda dos objetivos do presente voto tecer comentários sobre essas outras normas.

Na apreciação do RE nº 103.778/DF, DJ de 13/12/85, o Relator, Ministro **Cordeiro Guerra**, ao se debruçar sobre a legislação do Finsocial, realçou que o tributo em comento “não [tinha], como pode parecer à primeira vista, a mesma base do ICM e do ISS”. De acordo com Sua Excelência, “ele incide sobre a receita bruta” (exceto naquele caso em que era calculado com base no imposto de renda).

Em junho de 1988, adveio o Decreto-lei nº 2.445/88, o qual alterava a legislação do PIS. Alguns dias após, adveio o Decreto-lei nº 2.449/88, efetuando modificações no anterior. É interessante anotar que, com essas alterações, **as instituições financeiras e as seguradoras passariam a contribuir com base na receita operacional bruta, sendo permitidas algumas exclusões e deduções**. Ocorre que, no RE nº 148.754/RJ, o Tribunal Pleno assentou a inconstitucionalidade formal de tais decretos-leis.

Em 5 de outubro de 1988, foi promulgada a Constituição Cidadã. Previu ela, no art. 195, inciso I, que a seguridade social seria financiada, entre outras, pela contribuição social “dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o **faturamento** e o lucro” (grifo nosso). A referida Carta Federal preconizou que, até que a lei tratasse de tal dispositivo, a

RE 400479 AGR-ED / RJ

contribuição ao Finsocial seria destinada à seguridade social, nos termos do art. 56 do ADCT¹. O escopo desse dispositivo era o de garantir, desde logo, recursos adequados para a implementação da seguridade social, a qual teve novos e importantes encargos atribuídos pela Constituição Federal².

Também a Constituição Federal preconizou, no art. 239 de seu corpo permanente, que o PIS passaria a financiar, nos termos que a lei dispuser, o programa do seguro-desemprego e o abono referido no § 3º desse artigo (depois, a destinação foi ampliada).

Note-se, portanto, que a Constituição Cidadã recepcionou expressamente não só a legislação do PIS, mas também a do Finsocial.

Relativamente à legislação do Finsocial, a qual, repita-se, ensejava a incidência da contribuição sobre receitas operacionais das seguradoras, **vide** o julgamento do RE nº 150.764/PE, Tribunal Pleno, DJ de 2/4/93, no qual se definiu que ela foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 até o advento da LC nº 70/91. Também para as empresas exclusivamente prestadoras de serviços, no RE nº 150.755/PE, Tribunal Pleno, DJ de 20/8/93, ficou assente que a alusão à “**receita bruta**” feita no art. 28 da Lei nº 7.738/89 conforma-se ao art. 195, inciso I, da Constituição, havendo de ser entendida “**segundo a definição do DL 2.397/87, equiparável à noção de faturamento**”.

1 “Art. 56. Até que a lei disponha sobre o art. 195, I, a arrecadação decorrente de, no mínimo, cinco dos seis décimos percentuais correspondentes à alíquota da contribuição de que trata o Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio de 1982, alterada pelo Decreto-Lei nº 2.049, de 1º de agosto de 1983, pelo Decreto nº 91.236, de 8 de maio de 1985, e pela Lei nº 7.611, de 8 de julho de 1987, passa a integrar a receita da seguridade social, ressalvados, exclusivamente no exercício de 1988, os compromissos assumidos com programas e projetos em andamento.”

2 Sobre esse assunto, **vide**: (i) a justificativa da Emenda 2P01817-3, apresentada na Assembleia Nacional Constituinte de 1987/88, emenda essa da qual se originou o art. 56 do ADCT; e (ii) o parecer a respeito dessa emenda, disponíveis, respectivamente em: (i) https://www.camara.leg.br/internet/InfDoc/Constituicao20anos/vol-255_FaseSEmendas2P.pdf#page=321. Acesso em: 29 mai. 2023; e (ii) <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-259.pdf#page=118>. Acesso em: 29 mai. 2023.

RE 400479 AGR-ED / RJ

A interpretação histórica da noção de faturamento equiparável à receita bruta no contexto das seguradoras, portanto, sempre **esteve atrelada às receitas operacionais dessas empresas**.

Com o advento da LC nº 70/91, surgiu (sucendo o Finsocial) a contribuição social para financiamento da Seguridade Social (COFINS), nos termos do já citado art. 195, inciso I, da Constituição Federal, em sua redação originária.

Estabeleceu-se, nessa lei complementar, que a COFINS seria de 2% sobre o faturamento mensal, assim considerada a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza (art. 2º). Previu-se, em outro giro, no parágrafo único de seu art. 11, que ficavam **excluídas** (isenção) dessa contribuição as pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212/91³. Tal isenção, como se vê, abarcou as seguradoras.

Paralelamente, com a Emenda Constitucional de revisão de 1994, instituiu-se o Fundo Social de Emergência e acrescentou-se o art. 72, inciso V, no ADCT, consignando que integraria esse fundo o PIS (LC nº 7/70) devido por aquelas pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212/91, tributo que o constituinte revisor determinou que passasse a ser calculado, nos exercícios de 1994 e 1995, “mediante a aplicação da alíquota de setenta e cinco centésimos por cento sobre a **receita bruta operacional**, como definida na legislação do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza” (grifo nosso). Houve algumas modificações pelas EC nºs 10/96 e 17/97, especialmente para se ampliar

3 “Art. 22 (...)

(...)

§ 1º No caso de bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil, cooperativas de crédito, empresas de seguros privados e de capitalização, agentes autônomos de seguros privados e de crédito e entidades de previdência privada abertas e fechadas, além das contribuições referidas neste artigo e no art. 23, é devida a contribuição adicional de 2,5% (dois inteiros e cinco décimos por cento) sobre a base de cálculo definida no inciso I deste artigo.”

RE 400479 AGR-ED / RJ

aquele lapso temporal, sem, contudo, alterar essa base de cálculo.

Insta chamar a atenção para o fato de que um dos propósitos do constituinte revisor, ao fazer expressa menção a tal base de cálculo, foi **abrigar “a legislação futura que [pudesse] vir a ser editada para aperfeiçoar a definição da referida base de cálculo do PIS”**. Sobre esse assunto, **vide** parecer sobre emenda que pretendia suprimir a expressão “como definida na legislação do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza” de disposição correspondente ao citado art. 72, inciso V, do ADCT, presente em proposta de emenda constitucional de revisão⁴.

Observe-se, ainda, que a questão da base de cálculo da contribuição ao PIS definida na ECR nº 1/94 e nas EC nºs 10/96 e 17/97 como “receita bruta operacional na forma definida na legislação do imposto de renda e proventos de qualquer natureza” se entrelaçou com a MP nº 517/94 e suas reedições, a qual culminou na Lei nº 9.701/98. A referida medida provisória enumerou diversas despesas passíveis de exclusão e dedução da receita bruta operacional para efeito de determinação da base de cálculo do PIS. Eis o teor, na parte que interessa, do art. 1º da lei em questão, correspondente ao art. 1º daquela medida provisória:

“Art. 1º Para efeito de determinação da base de cálculo da Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS, de que trata o inciso V do art. 72 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, as pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, poderão efetuar as seguintes exclusões ou deduções da receita bruta operacional auferida no mês:

(...)

IV - no caso de empresas de seguros privados:

- a) cosseguro e resseguro cedidos;
- b) valores referentes a cancelamentos e restituições de prêmios que houverem sido computados como receitas;
- c) a parcela dos prêmios destinada à constituição de provisões ou reservas técnicas;

4 Disponível

em:

<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DAC0019940223000250000.PDF#page=14>.

RE 400479 AGR-ED / RJ

(...)

~~§ 1º É vedada a dedução de prejuízos, de despesas incorridas na cessão de créditos e de qualquer despesa administrativa.~~

§ 1º É vedada a dedução de qualquer despesa administrativa. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

~~§ 2º Nas operações realizadas em mercados futuros, sujeitos a ajustes diários, a base de cálculo da contribuição para o PIS é o resultado positivo dos ajustes ocorridos no mês. (Revogado pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)~~

§ 3º As exclusões e deduções previstas neste artigo restringem-se a operações autorizadas às empresas ou entidades nele referidas, desde que realizadas dentro dos limites operacionais previstos na legislação pertinente.”

Em 1995, a MP nº 1.212/95 ensejou algumas modificações no que diz respeito ao PIS (LC nº 7/70). Previu-se que, quanto às pessoas jurídicas de direito privado, o PIS seria pago com base em seu faturamento, sendo esse considerado como

“a receita bruta, como definida pela legislação do imposto de renda, proveniente da venda de bens nas operações de conta própria, do preço dos serviços prestados e do resultado auferido nas operações de conta alheia” (art. 3º).

Em seu art. 12, contudo, estabeleceu-se que

“[o] disposto nesta Medida Provisória não se aplica às pessoas jurídicas de que trata o § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, que para fins de determinação da contribuição para o PIS/PASEP observarão legislação específica”.

Tal medida provisória foi reeditada diversas vezes, resultando na

RE 400479 AGR-ED / RJ

MP nº 1.676-38, de 26 de outubro de 1998, a qual deu origem à Lei nº 9.715/98, de 25 de novembro de 1998, que manteve as normas em alusão.

Em 27 novembro de 1998, foi editada a Lei nº 9.718/98 (oriunda da MP nº 1.724/98, de 29 de outubro de 1998), disciplinando o que se conhece hoje como regime cumulativo do PIS/COFINS. Essas eram as redações originárias de seus arts. 2º e 3º, § 1º:

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

§ 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.”

Tais dispositivos produziram efeitos somente para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de fevereiro de 1999 (vide o art. 17, inciso I).

Como se sabe, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, no exame dos RE nºs 346.084, 358.273, 357.950 e 390.840. Sobre esse assunto, discorrerei com profundidade no próximo tópico. Nesse momento, apenas abro parêntese para ressaltar que essa decisão se deu pelo fato de esse dispositivo possibilitar a tributação pelo PIS/COFINS daquilo que ia além do conceito de faturamento (receita bruta operacional decorrente das atividades empresariais típicas). Ademais, destaco que não foi atingido por tal decisão o **caput** do art. 2º, o qual **continuou a prever a base faturamento para o PIS/COFINS devido por todas as pessoas jurídicas de direito privado**, e o **caput** do art. 3º, que equiparava **faturamento a receita bruta**. Fecho parêntese.

Poucos dias depois da publicação dessa lei, adveio a EC nº 20/98, que, alterando o art. 195 da Constituição Federal, incluiu, para efeito da

RE 400479 AGR-ED / RJ

tributação pelo PIS/COFINS, a base receita ao lado da base faturamento, como outra fonte de receita da seguridade social.

Já sob a égide dessa EC nº 20/98, foi editada, em 28 de janeiro de 1999, a MP nº 1.807/99 (publicada no DOU de 29/1/99, entrando em vigor na data de sua publicação), acrescentando o § 6º naquele art. 3º da Lei nº 9.718/98. Esse novo parágrafo previu que aquelas pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212/91 poderiam excluir ou deduzir da base de cálculo do PIS/COFINS cumulativo novas rubricas.

Houve diversas reedições de tal medida provisória. A última foi a MP nº 2.158-35/01, a qual pouco alterou as novas exclusões ou deduções, quando em comparação com a primeira:

"§ 6º Na determinação da base de cálculo das contribuições para o PIS/PASEP e COFINS, as pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei no 8.212, de 1991, além das exclusões e deduções mencionadas no § 5º, poderão excluir ou deduzir: (Incluído pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

(...)

II - no caso de empresas de seguros privados, o valor referente às indenizações correspondentes aos sinistros ocorridos, efetivamente pago, deduzido das importâncias recebidas a título de cosseguro e resseguro, salvados e outros ressarcimentos. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

(...)

§ 7º As exclusões previstas nos incisos III e IV do § 6º restringem-se aos rendimentos de aplicações financeiras proporcionados pelos ativos garantidores das provisões técnicas, limitados esses ativos ao montante das referidas provisões. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)."

Nos idos de 2002, surgiu o regime não cumulativo do PIS/PASEP mediante a MP nº 66/02, a qual foi convertida na Lei nº 10.637/02. O que interessa notar é que, nos termos do art. 8º, inciso I, dessa lei,

RE 400479 AGR-ED / RJ

permaneceram no regime cumulativo (Lei nº 9.718/98) as pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212/91. Nessa toada, ficaram no regime cumulativo as sociedades seguradoras.

O mesmo ocorreu com o advento da Lei nº 10.833/03 (conversão da MP nº 135/03), a qual instituiu o regime não cumulativo da COFINS. Essa lei igualmente previu (**vide** o art. 10, inciso I) que as pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212/91 deveriam permanecer no regime cumulativo (Lei nº 9.718/98).

Resumidamente, o que se depreende do histórico acima é que o conceito de faturamento sempre significou receita bruta operacional decorrente das atividades empresariais típicas das empresas.

Especificamente em relação às empresas tipicamente vendedoras de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços, a jurisprudência da Corte e a legislação histórica indicavam, à luz da conceituação em tela, que o faturamento dessas empresas seria a receita bruta decorrente de tais vendas (mercadorias, serviços ou mercadorias e serviços), as quais consistiam, evidentemente, na própria atividade empresarial típica daquelas empresas. Para que não restem dúvidas: a orientação da Corte que **explicitou** o conceito de faturamento considerando a receita bruta das vendas de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços foi firmada tendo em vista contribuintes que exerciam tipicamente essas atividades.

Nos casos em que estiveram em jogo as seguradoras, a legislação bem realçou que o faturamento dessas, à luz da referida conceituação, também seria aquela receita bruta operacional (**vide** a legislação do Finsocial, bem como o art. 72, inciso V, do ADCT), o que abrangia as receitas decorrentes dos prêmios auferidos em razão dos contratos de seguro, atividade (seguro) inequivocamente integrante de suas atividades empresariais típicas.

Corroborando esse ponto, a propósito, vale lembrar que a MP nº 2.158-35/01 (a qual sucedeu várias outras), ao alterar o § 6º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, previu que as seguradoras pudessem realizar deduções ou exclusões, as quais têm como premissa lógica e jurídica, no contexto

RE 400479 AGR-ED / RJ

desses contribuintes (seguradoras), o fato de que as receitas oriundas de prêmios estão incluídas no conceito de faturamento. Registre-se, por exemplo, que, à luz da medida provisória em questão, podem as seguradoras excluir da base do PIS/COFINS

“o valor referente às indenizações correspondentes aos sinistros ocorridos, efetivamente pago, deduzido das importâncias recebidas a título de cosseguro e resseguro, salvados e outros ressarcimentos”.

Note-se que a remissão que o art. 2º da Lei nº 9.718/98 (na redação dada pela Lei nº 12.973/14) faz ao art. 12 do DL nº 1.598/87 apenas corrobora que o conceito de faturamento se equipara ao de receita bruta, admitidas as exclusões e deduções legais.

Reitero, portanto, que, à luz da interpretação histórica, o conceito de faturamento consiste em receita bruta operacional decorrente das atividades empresariais típicas. No caso das seguradoras, o faturamento consiste na receita bruta decorrente dos prêmios auferidos em razão dos contratos de seguro. No caso das clássicas empresas vendedoras de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços, o faturamento consiste na receita bruta decorrente da venda desses itens.

Vista a interpretação histórica, passo a tratar do conceito de faturamento para fins de cobrança do PIS/COFINS.

DO CONCEITO DE FATURAMENTO PARA FINS DE COBRANÇA DO PIS/COFINS.

Como se sabe, esteve em discussão no julgamento dos RE nºs 346.084, 358.273, 357.950 e 390.840 a constitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, no qual se previa que deveria ser entendido por receita bruta para fins do PIS/COFINS “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” (grifo nosso).

Tal dispositivo determinava, assim, a incidência do PIS/COFINS sobre qualquer receita auferida pela pessoa jurídica, (a) quer fosse receita

RE 400479 AGR-ED / RJ

bruta operacional decorrente de suas atividades empresariais típicas, (b) quer fosse receita de qualquer outro tipo, mesmo não operacional.

Assim, por exemplo, em relação a uma empresa comercial, cuja atividade empresarial típica fosse apenas a venda de mercadorias, aquele dispositivo ensejava a incidência de tais contribuições não só sobre a receita auferida com essa atividade (venda de mercadorias), mas também sobre receita de qualquer tipo, como, *v.g.*, a decorrente de eventual locação de imóveis por aquela empresa.

A Suprema Corte julgou inconstitucional o dispositivo em alusão, ante a ideia de que a Constituição Federal, à época, previa como base de cálculo para tais contribuições apenas o faturamento, e não a receita (**vide** a redação original do art. 195, inciso I). Apenas com a EC nº 20/98 foi que se previu, no texto constitucional, a base receita.

É importante deixar claro, desde logo, que a declaração de inconstitucionalidade se deu por conta de aquele dispositivo resultar na tributação além daquilo que se enquadraria como faturamento, isso é, como receita bruta operacional decorrente das atividades empresariais típicas (item **a** acima). Em outras palavras, a inconstitucionalidade decorreu do fato de o § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 permitir a tributação pelo PIS/COFINS, na época em que a Constituição previa apenas faturamento como base possível para tais tributos, de qualquer outro tipo de receita (item **b** acima).

Vale consignar que o Ministro **Cezar Peluso**, em seu voto nos citados RE nºs 346.084, 358.273, 357.950 e 390.840, em nenhum momento defendeu uma acepção restrita do conceito de faturamento, e sim “a acomodação prática do conceito legal do termo faturamento, estampado na Constituição, às exigências históricas da evolução da atividade empresarial”. Nesse contexto, esclareceu que o conceito de faturamento poderia ser traduzido justamente sob a expressão receita bruta operacional, querendo significar que tal conceito está ligado à ideia de produto do exercício de atividades empresariais típicas, ou seja, que nessa expressão se incluem as receitas decorrentes do exercício de atividades empresariais típicas.

RE 400479 AGR-ED / RJ

Esse entendimento de Sua Excelência fica claro no voto por ele proferido no RE nº 400.479/RJ-AgR-ED (ora em julgamento):

“Pretendo expor, de modo direto e objetivo, as razões pelas quais entendo que a noção de faturamento não apenas compreende a receita decorrente da venda de mercadorias, da prestação de serviços, ou de ambas, mas equivale à soma de todas as receitas oriundas do exercício das atividades empresariais. E advirto que tal moldura conceitual não implica admitir tributação por PIS/Cofins sobre receitas não operacionais em geral, nem retroceder à noção de ‘receita bruta total’, já veementemente repelida pela Corte.

(...)

17. A proposta que submeto à Corte é, pois, a de reconhecer que se deva tributar, tão-somente, e de modo preciso, aquilo que cada empresa auferir em razão do exercício das atividades que lhe são próprias e típicas, enquanto lhe conferem propósito e razão de ser.

Por isso, escapam à incidência do tributo, as chamadas receitas não operacionais em geral, as receitas financeiras atípicas e outras do mesmo gênero, desde que, escusa dizê-lo, não constituam elemento principal da atividade.

A Fazenda Nacional, em memoriais, demonstra ter compreensão exata dessa mecânica:

‘A base de cálculo da COFINS (...) é a receita bruta operacional (faturamento) correspondente à totalidade dos ingressos auferidos mediante a atividade típica da empresa, de acordo com o seu objeto social, independentemente da natureza da atividade ou da empresa. Sendo assim, somente estarão excluídas da base de cálculo aquelas receitas não-operacionais ou aquelas que estejam legal e explicitamente discriminadas.’”.

Em diversas outras situações, já tive a oportunidade de expressar que, em diversos precedentes, esta Corte passou a esclarecer o conceito de

RE 400479 AGR-ED / RJ

faturamento, **construído sobretudo no RE nº 150.755**, sob a expressão **receita bruta de venda de mercadorias ou de prestação de serviços**, querendo significar que tal conceito está ligado à ideia de produto do exercício de atividades empresariais típicas, ou seja, que nessa expressão se incluem as receitas operacionais resultantes do exercício dessas atividades. Sobre o tema, **vide**: RE nº 574.706, em que se debateu a inclusão do ICMS na base do PIS/COFINS; RE nº 718.874/RS, Tema nº 669, e ADI nº 4.395/DF, nos quais se discutiu a contribuição ao FUNRURAL do empregador rural pessoa física à luz da Lei nº 10.256/01; RE nº 700.922, Tema nº 651, em que se debateu a contribuição ao FUNRURAL da contribuição do empregador rural pessoa jurídica sobre a receita bruta proveniente da comercialização de sua produção. Cito, ainda, minha decisão monocrática no RE nº 1.368.106/SP e o ARE nº 1.397.044/ED-AgR – julgado pela Primeira Turma, no qual restou assentado que **a expressão receita bruta, para fins de incidência do PIS e da COFINS, mesmo no período anterior à EC nº 20/98, está vinculada à ideia de produto do exercício das atividades típicas empresariais.**

DA NOÇÃO DE FATURAMENTO COMO ATIVIDADE EMPRESARIAL TÍPICA DAS SEGURADORAS.

Destaco, mais uma vez, o RE nº 578.846/SP, em que se discutiam determinados aspectos relacionados (como a anterioridade e a irretroatividade tributárias) com o PIS vertido ao fundo social de emergência, nos termos do art. 72, inciso V, do ADCT, consideradas a Emenda Constitucional de Revisão nº 1/94 e as EC nºs 10/96 e 17/97. Atente-se que esse dispositivo havia (i) majorado a alíquota dessa contribuição e (ii) estabelecido que sua base de cálculo seria, propriamente, **a receita bruta operacional**, definida na legislação do imposto de renda.

Reiterando o que aduzi mais acima (**vide** o capítulo sobre o histórico do PIS/COFINS), um dos propósitos do constituinte revisor de 1994, ao deixar expresso esse último ponto, foi (além de recepcionar a legislação do imposto de renda no que diz respeito a tal matéria) o de **abrigar** “a

RE 400479 AGR-ED / RJ

legislação futura que [pudesse] vir a ser editada para aperfeiçoar a definição da referida base de cálculo do PIS”⁵.

Em meu modo de ver, isso corrobora a compreensão esposada pelo Ministro **Cezar Peluso** a respeito do conceito de faturamento. Isso é, com a EC de revisão de 1994, o próprio constituinte, conferindo uma espécie de interpretação autêntica do art. 195, inciso I (redação originária), estabeleceu, inclusive para a legislação futura, que faturamento seria receita bruta operacional, o que vai ao encontro do modo de ver de Sua Excelência.

No que diz respeito às seguradoras, não é preciso muito esforço para concluir que sua atividade empresarial típica é, justamente, oferecer o contrato de seguro. E, nesse contrato, o que as seguradoras recebem como contrapartida é justamente o prêmio, o qual geralmente varia em função dos interesses garantidos e dos riscos predeterminados.

A respeito desse assunto, transcrevo lições do Professor e Juiz de Direito Daniel Eduardo Carnacchioni:

“Para melhor compreender o contrato de seguro é preciso ter em mente os seus elementos centrais, quais sejam: (a) segurado; (b) segurador; (c) prêmio; (d) risco que recai sobre o interesse legítimo a ser garantido. A depender da forma como for contratado o seguro, haverá ainda as figuras do proponente e do beneficiário (não é parte).

Verifica-se que a obrigação principal do segurador é garantir o interesse do segurado contra os riscos que recaem sobre a pessoa ou coisa assegurada. Nas palavras de Orlando Gomes (Contratos, p. 512), ‘sua obrigação consiste em tutelar o interesse do segurado, que, pelo seguro, se cobre contra um risco. O interesse do segurado não é receber o seguro senão secundariamente’.

5 Recorde-se o parecer sobre emenda que buscava suprimir a expressão “como definida na legislação do imposto sobre renda e proventos de qualquer” da disposição sugerida em proposta de emenda constitucional de revisão. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DAC0019940223000250000.PDF#page=14>. Acesso em: 24 mar. 2023.

RE 400479 AGR-ED / RJ

Caso se concretize o risco consignado no contrato, no seguro de dano, o segurador pagará ao segurado uma indenização em dinheiro pelo prejuízo sofrido, sendo possível a convenção da reposição da coisa. Já no seguro de pessoa, ocorrendo o sinistro, é pago um montante previamente ajustado pelas partes, denominado capital segurado ou estipulado.

Por outro lado, **a obrigação principal do segurado é pagar o prêmio, o que poderá se dar em uma única vez ou parceladamente, de forma vitalícia ou temporária. O prêmio não poderá ser dispensado pela seguradora, pois é ‘a partir do conjunto dos prêmios vertidos pelos segurados que se formará o fundo de proteção securitária destinado ao pagamento de indenizações e capitais segurados’** (TEPEDINO, Gustavo. Código Civil interpretado, vol. II, p. 606).

O cálculo do valor do prêmio é feito por meio do sistema atuarial – por qual se faz a análise de riscos e expectativas econômicas e financeiras – e leva em conta, entre outros fatores, o valor da coisa segurada ou o capital estipulado no seguro de pessoa e a probabilidade de se verificar o risco. Acrescenta Paulo Nader (Curso de direito civil – Contratos, vol. III, p. 460): ‘sem este levantamento, inviável essa prática contratual, pois não se terá base para a fixação do prêmio’.

(...)

Ademais, a exigência ao segurado de pagamento do prêmio como contraprestação à garantia prestada pela seguradora, torna o contrato de seguro um contrato oneroso, em que há vantagens e sacrifícios para ambos contratantes. Afinal, à vantagem do segurado corresponde o sacrifício do segurador e vice-versa (ter seu interesse garantido/garantir o interesse; pagar o prêmio/receber o prêmio)⁶ (grifo nosso).

Por qualquer ângulo que se analise a noção de faturamento considerando-se as sociedades seguradoras, portanto, o prêmio se insere na receita bruta operacional, decorrente de sua atividade empresarial

6 CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. Curso de direito civil [livro eletrônico]: contratos em espécie. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

RE 400479 AGR-ED / RJ

típica. E, nessa toada, integra o prêmio a base de cálculo do PIS/COFINS por elas devido.

De outro giro, é certo que não decorrem da atividade empresarial típica das seguradoras as receitas financeiras oriundas das aplicações financeiras das reservas técnicas. Adoto, aqui, a compreensão do Ministro **Cezar Peluso**, cujo voto já indicava que é o **prêmio que decorre da atividade empresarial típica das seguradoras, e não outras receitas alheias ao desempenho de seu mister típico, como são as receitas financeiras em questão.**

Aliás, em primoroso parecer, Sua Excelência esclarece o voto por si proferido no que diz respeito ao ponto ora em comento, ressaltando, ainda, a impropriedade de se equipararem as seguradoras, quanto às mencionadas receitas financeiras, às instituições financeiras:

“7. É falso que, imposto por lei cogente, o ato de aplicar recursos próprios para, mediante constituição de reservas técnicas, garantir o cumprimento de suas obrigações, embora sendo por isso habitual do ponto de vista prático, configure atividade institucional típica das seguradoras, cujo objetivo social é prestar tutela jurídica aos segurados contra consequências danosas de eventuais sinistros, e a cuja prestação deve corresponder contraprestação representada pelos prêmios convencionados (...). A constituição das reservas técnicas não é atividade própria do objeto social das seguradoras, a que correspondesse alguma contraprestação do Estado ou dos segurados, mas condição de exercício regular de suas atividade típicas (...).

8. Não menos imprópria é a tentativa de equiparação entre as seguradoras e as instituições financeiras, baseada no só fato, adiáforo, de ambas terem receitas oriundas de aplicações financeiras. A diferença substancial, que obsta a qualquer analogia para efeito de apuração do fato gerador e da base de cálculo das contribuições, é que as instituições financeiras recebem valores que entram no seu faturamento a título de contraprestação dos serviços típicos que prestam aos clientes,

RE 400479 AGR-ED / RJ

ao passo que as seguradoras recebem renda financeira do que são, por lei, obrigadas a investir para garantia dos compromissos contratuais, não porque sejam contraprestação de prestação típica a terceiros, senão a título de condição da suas futuras prestações.

(...)

9. Mais inconsistente, ainda, é a argumentação de que as receitas financeiras advindas dos investimentos para fim das reservas técnicas seriam de natureza jurídico-tributária diversa das decorrentes de aplicações financeiras ordinárias, porque estas são voluntárias e de recursos próprios, e compulsórias aquelas, as quais incrementariam o total dos prêmios recebidos e, nesse sentido, nem seria, a rigor, de recursos próprios. (...) Não se descobre razão nenhuma que justifique classificação jurídica, ou contábil, distinta para essas duas modalidades de receitas financeiras, porque são ambas oriundas da aplicação financeira de recursos próprios das seguradoras, os quais, no fundo, são integrados, não apenas pelos prêmios recebidos, mas por todas as demais verbas que, como o capital social e outros ingressos ou ativos pecuniários, formam o patrimônio financeiro responsável pelas obrigações das seguradoras.”

Resumidamente, portanto, para as seguradoras, a receita decorrente do prêmio consiste em faturamento; contudo, não consistem em faturamento as receitas financeiras oriundas das aplicações financeiras das reservas técnicas.

DISPOSITIVO.

Ante o exposto, acompanho o Relator, Ministro **Cezar Peluso**, acolhendo os embargos de declaração para prestar esclarecimentos, nos termos da fundamentação supra, sem alteração do teor do acórdão embargado, deixando assente que, para as seguradoras, não consistem em faturamento as receitas financeiras oriundas das aplicações financeiras das reservas técnicas.

É como voto.

13/06/2023

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 400.479 RIO DE JANEIRO

RELATOR : **MIN. CEZAR PELUSO**
REDATOR DO : **MIN. DIAS TOFFOLI**
ACÓRDÃO RISTF
EMBTE.(S) : **AXA SEGUROS BRASIL S/A**
ADV.(A/S) : **GUSTAVO MIGUEZ DE MELLO**
EMBDO.(A/S) : **UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL**

VOTO VOGAL:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO:

Acompanho o relator, que decide sobre a incidência da tributação sobre as receitas auferidas pelas empresas em razão do exercício de suas atividades empresariais próprias e típicas, nas quais não se incluem as receitas financeiras oriundas das aplicações financeiras das reservas técnicas das sociedades seguradoras exigidas pela legislação, em linha com o voto lançado pelo Ministro Dias Toffoli.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

EMB.DECL. NO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 400.479

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. CEZAR PELUSO

REDATOR DO ACÓRDÃO RISTF : MIN. DIAS TOFFOLI

EMBTE.(S) : AXA SEGUROS BRASIL S/A

ADV.(A/S) : GUSTAVO MIGUEZ DE MELLO (12996/RJ/)

EMBDO.(A/S) : UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL (00000/DF)

Decisão: A Turma, por decisão unânime, deliberou afetar o julgamento do processo ao Plenário. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Celso de Mello e Eros Grau. Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. **2ª Turma, 25.09.2007.**

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal admitiu a sustentação oral das partes em face da excepcionalidade do caso concreto. Em seguida, após o voto do Senhor Ministro Cezar Peluso (Relator), recebendo os embargos de declaração para prestar esclarecimentos, sem alteração do teor do acórdão embargado, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Marco Aurélio. Ausentes, licenciados, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Menezes Direito. Falaram, pela embargante, o Dr. Gustavo Miguez de Mello e, pela embargada, o Dr. Luiz Carlos Martins Jr., Procurador da Fazenda Nacional. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 19.08.2009.

Decisão: Após o voto-vista do Ministro Marco Aurélio, acolhendo os embargos de declaração, pediu vista dos autos o Ministro Ricardo Lewandowski. Ausentes, justificadamente, o Ministro Celso de Mello e, nesta assentada, o Ministro Gilmar Mendes. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 20.10.2016.

Decisão: Após o voto-vista do Ministro Ricardo Lewandowski, que julgava procedentes os embargos para prover o recurso extraordinário a fim de que, até o advento da Emenda Constitucional 20/1998, apenas a receita proveniente da atividade securitária resultante da venda de produtos, de serviços ou de produtos e serviços, seja reconhecida como conceito de faturamento, a servir de base de cálculo para a cobrança do PIS e da COFINS, em face das instituições seguradoras, pediu vista dos autos o Ministro Dias Toffoli. Não votam o Ministro Alexandre de Moraes, por suceder a cadeira do Ministro Cezar Peluso (Relator), e o Ministro André Mendonça, sucessor do Ministro Marco Aurélio, que votara em assentada anterior. Plenário, Sessão Virtual de

10.2.2023 a 17.2.2023.

Decisão: O Tribunal, por maioria, acolheu os embargos de declaração para prestar esclarecimentos, sem alteração do teor do acórdão embargado, nos termos do voto do Ministro Cezar Peluso (Relator), vencidos os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, que votaram em assentadas anteriores. Não participaram deste julgamento os Ministros Alexandre de Moraes e André Mendonça, por sucederem, respectivamente, os Ministros Cezar Peluso e Marco Aurélio. Não votou o Ministro Luiz Fux. Redigirá o acórdão o Ministro Dias Toffoli (art. 38, IV, b, do RI/STF). Plenário, Sessão Virtual de 2.6.2023 a 12.6.2023.

Composição: Ministros Rosa Weber (Presidente), Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e André Mendonça.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário