

VOTO

Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (relator) : Conforme explicitado no relatório, **a questão em análise neste RE**, submetido à sistemática da repercussão geral, **cinge-se à 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 financeiras.

Para melhor esclarecimento quanto ao objeto deste recurso, transcrevo trecho do voto proferido pelo Desembargador Leandro Paulsen, relator do acórdão recorrido:

“A contribuição para o PIS das instituições financeiras teve suporte constitucional específico durante a vigência do inciso V do art. 72 do ADCT, acrescentado pela EDR 1 e alterado pela EC 10 e pela EC 17/97, segundo o qual o PIS seria cobrado, de 1994 até 1999, sobre a receita bruta operacional. Mas tratava-se de dispositivo temporário.

Após tal período, a sustentação constitucional da contribuição ao PIS dá-se, apenas, pelos arts. 239 (que teve o efeito de excepcionar o PIS da vedação do bis in idem em matéria de custeio da seguridade social) e 195, que permite a tributação do faturamento e, após a EC 20/98, da receita.

Tanto para o PIS, a partir de janeiro de 2000, quanto para a COFINS, pois, a questão é a mesma, qual seja, a da inconstitucionalidade da legislação que, anteriormente ao advento da EC 20/98 e sem outra autorização constitucional específica que não o art. 195, I, da CF, estabeleceu a tributação da receita bruta, extrapolando a norma de competência que só ensejava a tributação do faturamento” (pág. 1 do documento eletrônico 5).

Visto isso, assento, preambularmente, que o tradicional Dicionário 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 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 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 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 aporem 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).

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 Cezar Peluso, não. Ao proferir voto, na qualidade de relator, no RE 400.479-AgR, examinando a incidência do PIS e da COFINS na atividade de uma seguradora, destacou 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."

Cumprе 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 embargos de declaração,

os quais se encontram afetados ao Plenário, cujo julgamento ainda se encontra pendente.

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 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.

No item 15 da tabela que compõe o anexo desse diploma normativo estão listados os serviços bancários, conforme segue:

“15 – Serviços relacionados ao setor bancário ou financeiro, inclusive aqueles prestados por instituições financeiras autorizadas a funcionar pela União ou por quem de direito.

15.01 – Administração de fundos quaisquer, de consórcio, de cartão de crédito ou débito e congêneres, de carteira de clientes, de cheques pré-datados e congêneres.

15.02 – Abertura de contas em geral, inclusive conta-corrente, conta de investimentos e aplicação e caderneta de poupança, no País e no exterior, bem como a manutenção das referidas contas ativas e inativas. (Vide Lei Complementar nº 175, de 2020)

15.03 – Locação e manutenção de cofres particulares, de terminais eletrônicos, de terminais de atendimento e de bens e equipamentos em geral.

15.04 – Fornecimento ou emissão de atestados em geral, inclusive atestado de idoneidade, atestado de capacidade financeira e congêneres.

15.05 – Cadastro, elaboração de ficha cadastral, renovação cadastral e congêneres, inclusão ou exclusão no Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos – CCF ou em quaisquer outros bancos cadastrais.

15.06 – Emissão, reemissão e fornecimento de avisos, comprovantes e documentos em geral; abono de firmas; coleta e entrega de documentos, bens e valores; comunicação com outra agência ou com a administração central; licenciamento eletrônico de veículos; transferência de veículos; agenciamento fiduciário ou depositário; devolução de bens em custódia.

15.07 – Acesso, movimentação, atendimento e consulta a contas em geral, por qualquer meio ou processo, inclusive por telefone, fac-símile, internet e telex, acesso a terminais de atendimento, inclusive vinte e quatro horas; acesso a outro banco e a rede compartilhada; fornecimento de saldo, extrato e demais informações relativas a contas em geral, por qualquer meio ou processo.

15.08 – Emissão, reemissão, alteração, cessão, substituição, cancelamento e registro de contrato de crédito; estudo, análise e avaliação de operações de crédito; emissão, concessão, alteração ou contratação de aval, fiança, anuência e congêneres; serviços relativos a abertura de crédito, para quaisquer fins.

15.09 – Arrendamento mercantil (leasing) de quaisquer bens, inclusive cessão de direitos e obrigações, substituição de garantia, alteração, cancelamento e registro de contrato, e demais serviços relacionados ao arrendamento mercantil (leasing). (Vide Lei Complementar nº 175, de 2020)

15.10 – Serviços relacionados a cobranças, recebimentos ou pagamentos em geral, de títulos quaisquer, de contas ou carnês, de câmbio, de tributos e por conta de terceiros, inclusive os efetuados por meio eletrônico, automático ou por máquinas de atendimento; fornecimento de posição de cobrança, recebimento ou pagamento; emissão de carnês, fichas de compensação, impressos e documentos em geral.

15.11 – Devolução de títulos, protesto de títulos, sustação de protesto, manutenção de títulos, reapresentação de títulos, e demais serviços a eles relacionados.

15.12 – Custódia em geral, inclusive de títulos e valores mobiliários.

15.13 – Serviços relacionados a operações de câmbio em geral, edição, alteração, prorrogação, cancelamento e baixa de contrato de câmbio; emissão de registro de exportação ou de crédito; cobrança ou depósito no exterior; emissão, fornecimento e cancelamento de

cheques de viagem; fornecimento, transferência, cancelamento e demais serviços relativos a carta de crédito de importação, exportação e garantias recebidas; envio e recebimento de mensagens em geral relacionadas a operações de câmbio.

15.14 – Fornecimento, emissão, reemissão, renovação e manutenção de cartão magnético, cartão de crédito, cartão de débito, cartão salário e congêneres.

15.15 – Compensação de cheques e títulos quaisquer; serviços relacionados a depósito, inclusive depósito identificado, a saque de contas quaisquer, por qualquer meio ou processo, inclusive em terminais eletrônicos e de atendimento.

15.16 – Emissão, reemissão, liquidação, alteração, cancelamento e baixa de ordens de pagamento, ordens de crédito e similares, por qualquer meio ou processo; serviços relacionados à transferência de valores, dados, fundos, pagamentos e similares, inclusive entre contas em geral.

15.17 – Emissão, fornecimento, devolução, sustação, cancelamento e oposição de cheques quaisquer, avulso ou por talão.

15.18 – Serviços relacionados a crédito imobiliário, avaliação e vistoria de imóvel ou obra, análise técnica e jurídica, emissão, reemissão, alteração, transferência e renegociação de contrato, emissão e reemissão do termo de quitação e demais serviços relacionados a crédito imobiliário.”

Constata-se, dessa forma, que as instituições financeiras 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 financeiras 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 elas desenvolvidas e da classificação contábil adotada.

Este é precisamente o entendimento constante do acórdão recorrido, relatado pelo Desembargador Relator Leandro Paulsen, do qual convém destacar a seguinte passagem:

“[...]”

Cabe analisar, pois, apenas, se as receitas da Impetrante enquadram-se no conceito de faturamento ou não.

Tomando o faturamento como o produto da venda de mercadorias ou de prestação de serviços, tem-se que os bancos, por certo, auferem valores que se enquadram em tal conceito, porquanto são, também, prestadores de serviços.

Neste sentido, aliás, é ilustrativa a referência, feita em apelação, à posição n. 15 da lista anexa à LC 116, em que arrolados diversos serviços bancários, como a administração de fundos, abertura de contas, fornecimento ou emissão de atestados, acesso, movimentação, atendimento e consultas a contas em geral etc.

Também esclarecedor é o art. 2º da mesma LC 116 ao dispor no sentido de que o imposto sobre serviços não incide sobre ‘o valor intermediado no mercado de títulos e valores imobiliários, o valor dos depósitos bancários, o principal, juros e acréscimos moratórios relativos a operações de crédito realizadas por instituições financeiras’. É que, embora sob a denominação de não-incidência, não se trata de prestação de serviços, de modo que não pode ser tributado a título de ISS, tampouco a receita correspondente poderia ser considerada como receita de prestação de serviço.

Efetivamente, as receitas financeiras não se enquadram no conceito de faturamento” (pág. 3 do documento eletrônico 5).

Logo, pelas razões acima explicitadas, conluo 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, nego provimento ao recurso para fixar, quanto ao Tema 372 da Repercussão Geral, a seguinte tese: O conceito de faturamento como base de cálculo para a cobrança do PIS e da COFINS, em face das instituições financeiras, é a receita proveniente da atividade bancária, financeira e de crédito proveniente da venda de produtos, de serviços ou de produtos e serviços, até o advento da Emenda Constitucional 20/1998.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 09/12/2022 00:00