

V O T O

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 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 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 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. 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, 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 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 contábil preciso. Não pode, portanto, ser equiparada, sem maior reflexão, a conceitos contábeis que guardam sentido próprio consagrado, 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.*”

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.”

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.”*

Isso não significa, entretanto, haja ocorrido indevida alteração de conceito de Direito Privado para definição de competência tributária, com 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**, 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” 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: “ 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 .”

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”, por ser mais preciso que este, ainda é mais restrito do que deve ser emprestado à definição constitucional de faturamento.

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* “. 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 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.** ”

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 das anteriores.* ”

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.** ”

7. Não procede a argumentação, quer das seguradoras, quer das 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 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, 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 previstas no objeto social da pessoa jurídica (compreende ‘faturamento’ + ‘receitas operacionais’ não originadas da venda de mercadorias/prestação de serviços)*.”

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** .”

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 por absorver a primeira.

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’.*” Ora, 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 exigência 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.*” 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 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 outras, 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 empresariais 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 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."*

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. O que ocorre de ordinário é a plena coincidência entre as 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, 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.

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.***”

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 mercadorias. 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 similares .”

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

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.”

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 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, à obtenção de lucro.

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. 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.”

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** .”

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 financeira 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, também será tributado, porque inerentes tais serviços à atividade empresarial típica dos bancos. Estes exercem atividade empresarial típica também mediante intermediação 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 tributação;

- 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.”

- 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 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.