

ANTONIO CEZAR PELUSO

AÇÕES E PROCEDIMENTOS FISCAIS FEDERAIS

INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718/98

CONS.: SUL AMÉRICA CIA. NACIONAL DE SEGUROS E OUTRA

P A R E C E R

I - CONSULTA

1. O ilustre advogado Maurício Faro, em nome das clientes Sul América Cia. Nacional de Seguros e Sul América Cia. de Seguros Saúde, dá-nos a honra de consulta sobre o alcance dos votos vencedores que proferimos, então como membro do Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos REs nº 390.840, nº 358.273, nº 357.950 e nº 346.084, e, como Relator, no julgamento unânime do RE nº 400.479-AgR, designadamente sobre o conteúdo ou significado normativo do vocábulo *faturamento*, constante da redação original do art. 195, inc. I, da Constituição da República, perante o disposto no art. 3º, § 1º, da Lei federal nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, que, naqueles julgamentos, foi declarado inconstitucional.

Sustenta o consulente, em resumo, que a Receita Federal tem autuado as clientes seguradoras por não incluírem, na base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS, as receitas oriundas das aplicações financeiras compulsórias das reservas técnicas, que entende comporem o *faturamento* de tais empresas, na acepção que o STF, consoante, em particular, aqueles nossos votos vencedores, fixou, de “*receita bruta de venda de mercadoria e de prestação de serviços*”, porque se trataria de ingressos financeiros advindos de atividade típica das seguradoras. Alega que tal leitura do Fisco contraria a inteligência do teor da decisão do STF, perceptível, sobretudo, a nosso pensamento, segundo o qual aquelas receitas não provêm do exercício das atividades inerentes ao objeto social das seguradoras e, como tais, não entram no conceito que o STF atribuiu ao termo *faturamento*.

Estamos em que lhe assiste inteira razão.

II - SÍNTESE DOS NOSSOS VOTOS DECLARADOS

2. Examinando, nos julgamentos referidos, a questão da constitucionalidade do disposto no art. 3º, § 1º, da Lei federal nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, partimos da observação comum de que o binômio formado pela base de cálculo e pelo fato gerador é imprescindível à determinação da espécie e natureza do



tributo, de tal arte que, em caso de conflito, a base de cálculo prevalece sobre o fato gerador como critério de identidade do tributo, como se vê, p. ex., ao imposto sobre a renda, cuja tipicidade é dada pela natureza de rendimentos tributáveis.

Na outorga de competência à União para instituir contribuições sociais, o art. 195, inc. I, na redação original, vigente à época da edição da Lei nº 9.718/98, estatua que as dos empregadores incidiam sobre folha de salário, faturamento e lucro, enquanto fatos geradores e bases de cálculo possíveis. Daí a COFINS (contribuição para financiamento da seguridade social), instituída pela Lei nº 9.718/98, ter, por hipótese constitucional de incidência, as operações que geram *faturamento* e, por base de cálculo, a sua expressão monetária. Vê-se logo, pois, a importância do significado do termo *faturamento*, adotado pelo constituinte originário, que lhe não explicitou o conteúdo semântico, de modo que a primeira tarefa do intérprete é verificar se esse conteúdo já não estava predefinido no ordenamento inferior e como tal foi tomado pela Constituição.

Já estava. O Código Comercial, de 1850, usava a palavra *fatura* em diversos textos, sempre na acepção de documento representativo da venda mercantil (art. 219), de modo que aí o substantivo *faturamento* significava o ato de faturar, ou o conjunto de faturas. O mesmo sentido de *fatura* entrou na previsão do art. 1º, *caput* e § 1º, da Lei nº 5.474, de 18 de julho de 1968 (Lei das Duplicatas).

Assim, a fatura, emitida pelo vendedor, sempre representou a *compra e venda mercantil*, que, sob a legislação comercial então vigente, era a expressão genérica das vendas inerentes ao exercício da atividade do comerciante. Com a deslocação histórica da importância econômica e da tipificação dogmática da atividade comercial, do conceito de *comerciante* para o de *empresa*, reviu-se a noção de *faturamento*, que passou a denotar as vendas realizadas pela *empresa* e relacionadas à sua “*atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços*” (art. 966 do Código Civil), como já o preconizava



a doutrina, acentuando que seu sentido não era e não é o de ato de “emitir fatura”, “realizar faturamento”, ou conceito análogo, mas bem outro, como se verá.¹

Faturamento nesse sentido, isto é, entendido, à luz do ordenamento, como resultado econômico das operações empresariais típicas, constitui a base de cálculo da contribuição, enquanto representação quantitativa do fato econômico tributado. Noutras palavras, o fato gerador constitucional da COFINS são as operações econômicas que se exteriorizam no *faturamento* (sua base de cálculo), porque não poderia nunca corresponder a ato de emitir fatura, coisa que, como alternativa semântica, seria de todo absurda, pois bastaria à empresa não emitir faturas para se furta à tributação.

Mas convinha advertir que, ainda no âmbito normativo, *faturamento* não podia soar o mesmo que *receita*, que, à luz dos arts. 176, 177 e 187 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, designa a classe de todos os valores que, recebidos pela pessoa jurídica, se lhe incorporam à esfera patrimonial. Todo valor recebido pela pessoa jurídica, a qualquer título, será, nos termos daquelas normas, *receita* (gênero). Mas nem toda receita será operacional, porque pode havê-la não operacional, como se vê nítido à discriminação dos incisos do art. 187. É que *faturamento* também significa percepção de valores e, como tal, pertence, a título de espécie, à classe *receita*, com a diferença específica de que compreende tão só os valores oriundos do exercício da “*atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços*” (venda de mercadorias e de serviços), coincidindo com a modalidade prevista no inc. I do art. 187, ou seja, é a “*receita bruta de vendas e de serviços*”.² A conclusão imediata é, pois, que, sob o ordenamento privado, contemporâneo ao início de vigência da atual Constituição Federal, embora todo *faturamento* seja *receita*, nem toda *receita* é *faturamento*.

¹ ATALIBA, Geraldo, e GIARDINO, Cleber. *Fato gerador da obrigação tributária*. 4ª ed., SP: RT, 1986, pp. 79 e 155.

² Esta era também a concepção adotada na definição do art. 12, *caput*, do Decreto-lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, na redação original.



Esta fundada distinção acolheu-a o STF no julgamento do **RE nº 150.164**, no qual o voto do Min. ILMAR GALVÃO assentou que a o conceito legal de “*receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços*”, objeto do Decreto-lei nº 2.397/87 (art. 22), coincide com o de “*faturamento, que, para efeitos fiscais, sempre 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 nº 187/36).*”

A mesma noção foi textualmente adotada no julgamento da **ADC nº 1**, como desponta claro aos votos dos Min. MOREIRA ALVES e ILMAR GALVÃO. Em diversas passagens do julgamento, fez-se remissão ao decidido pelo Plenário no **RE nº 170.555**,³ sobre a relação lógico-jurídica entre o conceito de *faturamento* pressuposto pela Constituição e o de *receita bruta* previsto na lei de instituição do FINSOCIAL, e decidiu-se, expressamente, que *faturamento* não se confunde com *receita* (esta é mais ampla que aquele) e que o conceito de *receita bruta*, concebida como produto da venda de mercadorias e de serviços, é o que se ajusta ao de *faturamento* pressuposto na Constituição (interpretação conforme). No **RE nº 170.555**, atacava-se, dentre outras normas, a constitucionalidade do art. 28 da Lei nº 7.738, de 9 de março de 1989, e, não obstante largo debate, foi unânime o reconhecimento da distinção entre as ideias normativas de *faturamento* e de *receita bruta*: “*Há um consenso: faturamento é menos que receita bruta.*”⁴ E assentaram-se aí duas coisas irrefutáveis: **a)** o sentido normativo da expressão *receita bruta da venda de mercadorias e da prestação de serviços* corresponde ao conceito constitucional de *faturamento*; **b)** mas, porque mais amplo, o significado da locução *receita bruta* ultrapassa os limites semânticos dessoutro conceito.

A questão versada nos dois casos em que votamos era, em tudo, muito semelhante à que se analisou e decidiu nos precedentes representados pelos acórdãos do **RE nº 150.164-PR** e do **RE nº 150.755-PE**, mas era – e continua a

³ Rel. p/ ac. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, RTJ 149/259-293.

⁴ Do voto do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, RTJ, v. 149, p. 287.



sê-lo para efeito desta consulta, como se verá *infra*⁵ - ainda mais grave nas consequências. É que o art. 3º da Lei nº 9.718/98 também considerou como base de cálculo da COFINS, incidente sobre as operações cuja prática se traduz na expressão econômica do *faturamento* (art. 195, I, da CF), a *receita bruta*, nos moldes do que o fizera a Lei nº 7.738, de 1989, mas, no § 1º, definiu-a como a totalidade das receitas, ou seja, tomou o gênero pela espécie:

“§ 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 tais receitas.”

Essa atribuição legal de denotação mais extensa, que compreende todos os elementos da *classe* de receitas, seria válida, se não afrontasse o alcance do texto constitucional que, para outorga de competência tributária, com sentido técnico tomado ao ordenamento subalterno, usa o termo *faturamento*, sem cuja estabilidade semântica seria impossível controlar os limites dessa mesma competência, que o disposto no art. 110 do Código Tributário tende a preservar. Ao dar competência à União para instituir contribuição sobre o *faturamento*, a Constituição indicou-lhe o fato gerador e a base de cálculo possíveis, interditando *ipso facto et iure* à lei subalterna burlar tais limites mediante subterfúgios linguísticos ou conceituais, como o de dilatação arbitrária do sentido jurídico do vocábulo *faturamento* que assumiu e lhe veio do Direito Privado. É o que de há muito proclama peremptório o STF: “*se a lei pudesse chamar de compra o que não é compra, de importação o que não é importação, de exportação o que não é exportação, de renda o que não é renda, ruiria todo o sistema constitucional tributário inscrito na Constituição.*”⁶

É que, do ângulo formal, o legislador subalterno só poderia fazê-lo de modo lícito, se, observando o disposto no art. 154, I, cc. art. 195, § 4º, da

⁵ Cf., *infra*, p. 11, nº 10.

⁶ Voto do Min. LUIZ GALLOTTI no RE nº 71.758-GB. In: *RTJ*, v. 66, p. 165. Cf., ainda, citados nos nossos votos, os acórdãos no RE nº 203.075, RE nº 166.772 e RE nº 116.121.



Constituição, fosse a contribuição criada por lei complementar, não guardasse feição cumulativa e não tivesse o mesmo fato gerador, nem base de cálculo dos impostos. Como não o fez, a definição constante do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, é ostensivamente incompatível com a Constituição da República, assim porque distendeu o conceito de *faturamento* subentendido na redação original do art. 195, I, como porque não previu nova fonte de custeio.

E não a salvou dessa invalidez original irremediável, dias depois, a Emenda Constitucional nº 20, que adicionou a palavra “*receita*” à redação do art. 195, I, *b*, não apenas porque despida de eficácia retroativa convalidante, mas sobretudo porque, supondo-se, só por argumentar, se dispusesse a autorizar incidência da contribuição também sobre fatos que produzem *receita*, tomada em acepção lata e contraposta à estrita de *faturamento*, concebido como receita bruta de venda de produtos e de serviços, só seria válida, se tivesse atendido às prescrições do art. 195, § 4º.

3. Essas foram as razões substantivas, agora sintetizadas, por que julgamos, sem dissenso, nem restrição da maioria vencedora, inconstitucional o § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, que ampliou o conceito de receita bruta para o de “*toda e qualquer receita*”, com afronta direta à noção de *faturamento* pressuposta no art. 195, I, da Constituição da República, e, ainda, ao art. 195, § 4º, se considerado para efeito de nova fonte de custeio da seguridade social, quando deveria ater-se ao significado de “*receita bruta de venda de mercadoria e de prestação de serviços*”, adotado pela legislação anterior, e que, a nosso modesto juízo, se traduz na soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais típicas, assim compreendidas as que figuram no objeto social. É o pensamento que entraremos a desdobrar em resposta aos argumentos da equivocada interpretação expansiva que, gravando as seguradoras, é por estas contestada com razão.



III – SUMA DOS ARGUMENTOS DA RECEITA FEDERAL

4. Na errônea intelecção e aplicação de nosso pensamento, o primeiro dos argumentos da Receita Federal está em que, por força dos arts. 28, 29 e 84 do Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, as seguradoras devem garantir o cumprimento de suas obrigações, mediante investimentos regulados de reservas técnicas, fundos especiais e provisões, cuja constituição, compulsória, se inseriria no rol das atividades habituais reveladas pela prática e assim compreendidas, por extensão, no objeto social **(a)**.

Daí infere que as receitas financeiras provenientes desses investimentos, cuja obrigatoriedade acode ao ciclo financeiro *negativo* das operações de seguros, devem ser computadas no faturamento, porque, sob tal aspecto, as seguradoras se equiparariam às instituições financeiras **(b)**.

Essas receitas, reputadas assim operacionais, distinguem-se das rendas das aplicações financeiras ordinárias, porque estas resultam de ato de escolha dos investimentos de recursos incorporados ao patrimônio da pessoa jurídica, ao contrário daquelas, que são compulsórias e se somam aos prêmios recebidos, nem seriam, a rigor, rendimentos de aplicações de recursos próprios **(c)**.

São essas as razões últimas, das quais conclui a Receita Federal que, em nossa declarada noção de *faturamento*, vista como “*receita bruta de venda de mercadoria e de prestação de serviços*”, caberiam, na base de cálculo das contribuições sociais, a despeito da amputação, por inconstitucionalidade, da norma do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, que já não vige, as receitas obtidas às aplicações financeiras compulsórias, devidas pelas seguradoras a título legal de reservas técnicas.

IV – DA INTERPRETAÇÃO CORRETA E DOS SOFISMAS DO FISCO

5. Evitando posição exegética arbitrária, que repugnaria, nosso pensamento ateve-se, nos votos declarados, e até-m-se ainda agora, às exigências da evolução



histórica da ideia normativa de *faturamento*, incorporado pela Constituição da República, e em cujo cerne está a vigente concepção da empresa como organismo preordenado à exploração, com fins lucrativos, de atividade produtiva de bens e serviços destinados à circulação econômica. Para efeito desta consulta, guarda relevo nessa fórmula o ingrediente da experiência empresarial ou mercantil que se concretiza nos rotineiros vínculos contratuais caracterizados pelo *synalagma*, cuja reciprocidade descansa na “*relação coisa/preço ou gozo/retribuição*”,⁷ a que se reduz o nexo entre **prestação** de coisa ou de serviço e a **contraprestação** do preço respectivo, cuja percepção constitui o fim lucrativo da produção mercantil.

Nesse contexto, que assinala a moldura dentro da qual ganha sentido a referência a venda de mercadoria e a prestação de serviço, como objeto específico das atividades empresariais típicas, definido nos contratos ou atos constitutivos de cada pessoa jurídica pela qual atua o empresário, é que está a raiz da noção de *faturamento*, visto como “*receita bruta de venda de mercadoria e de prestação de serviços*”, que adotamos nos votos, para traduzir a ideia de que é a *receita formada só pelos valores recebidos a título de **contraprestação** devida pela venda de mercadoria e de prestação de serviços a que se dedique, nos termos de seu objeto social, a pessoa jurídica*. Por isso é que, do conceito normativo, foi preexcluída, por inconstitucionalidade, a previsão de totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente do tipo de atividade por ela exercida e da classificação contábil adotada para tais receitas, como dispunha o § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98. Se o ingresso financeiro não representa **contraprestação** de atividade típica, segundo o objeto social, da pessoa jurídica, não entra no alcance do conceito constitucional de *faturamento*.

6. Diante dessa ideia, a qual é a matriz do pensamento que expusemos, não colhem os argumentos da Receita Federal, articulados com base no pressuposto claro de lhe ser lícito dilatar, por forçada interpretação do termo constitucional,

⁷ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. Vol. VII. 3ª reimp. da 1ª ed. do tomo II parte II. Coimbra: Almedina, 2018, p. 195, nº 56.



a denotação de *faturamento*, adotado como fato gerador e base de cálculo das contribuições sociais. E está aí seu pecado original, o de supor que, abstraído o desenvolvimento histórico do conceito normativo assumido pela Constituição e da subjacente experiência econômica, pode o **intérprete** alargar onde não o pode sequer a **lei ordinária**! Não surpreende, portanto, sejam frágeis os argumentos que passamos a examinar.

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 convencionais, cujo pagamento é sempre devido por quem, na forma do contrato, se beneficia da prestação do seguro. Como as demais empresas, as seguradoras são, por lei, obrigadas a praticar diversos outros atos, sem que estes se repute inerentes, por rotineiros, a suas atividades típicas, que são sempre **voluntárias**. 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 atividades típicas, análoga, p. ex., a depósito judicial para garantia de embargos a execução, o qual também gera receita financeira, mas que se não considera no faturamento da pessoa jurídica depositante, embora a lei o exija para exercício do ônus defensivo. O que a Receita Federal não vê, nem distingue é **condição** e **atividade condicionada**, nem o fato óbvio de a receita financeira não significar aí **contraprestação** devida, pelo segurado, por **prestação** de serviço típico da seguradora. As seguradoras não prestam serviço de seguro ao Banco, quando depositam as reservas técnicas! A extensão conceitual aqui carece, pois, de todo fundamento **(a)**.

8. Não menos imprópria é a tentativa de equiparação entre as seguradoras e as instituições financeiras, baseada no só fato, adíforo, 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, 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.

Ou seja, do ponto de vista que interessa ao tema da consulta, que está em definir o conteúdo normativo de faturamento, as receitas financeiras das aplicações obrigatórias das seguradoras são idênticas, na essência, às de suas aplicações voluntárias, a alugueres de imóveis seus, a dividendos de participação no capital doutra empresa, a indenização de seguro de coisa própria sinistrada, a valores de aumento do capital social, etc., verbas todas que, cabendo no conceito mais amplo de *receita* tomada como **gênero**, se somam e incorporam aos ativos próprios, mas não compõem a noção mais restrita de *receita* que, como **espécie**, corresponde à ideia constitucional de *faturamento*, pela razão decisiva de que não significam **contraprestação** de prática **voluntária** de alguma atividade típica das seguradoras. Não se concebe atividade empresarial típica que não seja voluntária ou espontânea. É despropósito dizer que a prática de ato imposto por lei como condição para exercício regular do comércio seja atividade comercial típica da empresa. E nisto escusa insistir **(b)**.

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 seriam, a rigor, de recursos próprios. A gratuidade do raciocínio, neste passo, é manifesta. 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 *(c)*.

10. Dessas algo breves razões vê-se que a Receita Federal forceja por ampliar a noção constitucional do vocábulo *faturamento*, na dicção primitiva do art. 195, inc. I, movida mais pela conhecida voracidade que caracteriza o Fisco do que pelos fundamentos de seu raciocínio, que não resiste a esta crítica de remate, cuja relevância já antecipamos ao grifar a gravidade das consequências da questão:⁸ **a Receita quer validar interpretação expansiva do conceito de *faturamento*, que só seria concebível se fosse vigente o disposto no art. 3º, § 1º, da Lei federal nº 9.718, de 27 de novembro de 1998.**

V – CONCLUSÃO

11. Do exposto, estamos em que as receitas financeiras das aplicações a que estão obrigadas as seguradoras, *ex vi* dos arts. 28, 29 e 84 do Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, não compõem o *faturamento* de que, como fato gerador e base de cálculo das contribuições sociais, trata a redação original do art. 195, inc. I, da Constituição da República, na acepção de “*receita bruta de venda de mercadoria e de prestação de serviços*”. É o que, salvo melhor juízo, nos parece.

Brasília, 14 de dezembro de 2020.



ANTONIO CEZAR PELUSO
OAB-SP N° 18.146 E OAB-DF N° 40.000

⁸ Cf., *supra*, p. 5.