

IBET - INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS

MARIA EDUARDA BORGES MESQUITA DE SOUZA

**CONTRIBUIÇÃO PARA FINANCIAMENTO DA
SEGURIDADE SOCIAL (COFINS) SOBRE AS RECEITAS DAS
INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS**

Salvador – Bahia

2010

IBET - INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS

**CONTRIBUIÇÃO PARA FINANCIAMENTO DA
SEGURIDADE SOCIAL (COFINS) SOBRE AS RECEITAS DAS
INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS**

**Monografia elaborada por Maria Eduarda
Borges Mesquita de Souza e apresentada ao
Instituto Brasileiro de Estudos Tributários -
IBET, como requisito parcial para obtenção do
Certificado de Especialista em Direito Tributário.**

Salvador - Bahia

2010

MARIA EDUARDA BORGES MESQUITA DE SOUZA

**CONTRIBUIÇÃO PARA FINANCIAMENTO DA
SEGURIDADE SOCIAL (COFINS) SOBRE AS RECEITAS DAS
INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS**

Monografia submetida à avaliação dos membros integrantes da Banca Examinadora do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários como parte dos requisitos necessários para obtenção do título de Especialista em Direito Tributário.

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA:

_____ **Membro**
_____ **Membro**
_____ **Membro**

Salvador - Bahia

2010

A meus pais, Hilda e Carlos, pelo carinho e exemplos recebidos.

“Confia no Senhor de todo o teu coração, e não te estribes no teu próprio entendimento”

Provérbios 3:5

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo discutir a incidência da Contribuição Social para Financiamento da Seguridade Social sobre as receitas financeiras apuradas pelas Instituições Financeiras. Para o deslinde da questão torna-se imperioso abordar o histórico legislativo da referida contribuição, bem como o conceito de faturamento constitucionalmente instituído e consolidado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. Neste diapasão, buscará demonstrar que a receita financeira apurada por estas instituições não compreende o conceito único de faturamento em consonância com os artigos 2º da Lei Complementar nº 70/91; 110 do Código Tributário Nacional; 195, inciso I e 150, I da Constituição Federal; e artigos 219 do Código Comercial e 1º, § 1º e 20 da Lei nº 5.474/68.

Palavras-chave: COFINS, receita financeira, faturamento, prestação de serviço.

ABSTRACT

This project has the aims to discuss the impact of the Social Contribution for Social Security Financing (COFINS) on financial income cleared by Financial Institution. For the demarcation of the question becomes imperative to address the legislative history of that contribution, and the concept of revenue constitutionally established and consolidated by the decisions of the Supreme Court on the matter. Finally, aim to show that the income derived by these financial institutions do not understand the concept of single billing, in accordance with Articles 2º of Complementary Law nº 70/91; 110 of Brazilian Tax Code; 195, I e 150, I of Brazilian Constitution; and articles 219 of Commercial Code and 1º, § 1º, and 20 of Law nº 5.474/68.

Keywords: Social Contribution for Social Security Financing (COFINS), revenue, services

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1: HISTÓRICO LEGISLATIVO DA COFINS DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS	12
CAPÍTULO 2: DO CONCEITO DE FATURAMENTO	
2.1 Do conceito vinculante de faturamento	17
2.2 Da impossibilidade de se conceituar “faturamento” como a “soma das receitas oriundas das atividades empresariais”	25
CAPÍTULO 3: DA IMPOSSIBILIDADE DE INCLUSÃO DAS OPERAÇÕES BANCÁRIAS NO CONCEITO DE “PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS”	28
CAPÍTULO 4: DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA COM A INCIDÊNCIA DA COFINS SOBRE AS RECEITAS FINANCEIRAS	36
CONCLUSÃO	38
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	41

DECLARAÇÃO

Declaro, para os fins que se fizerem necessários que possuo cunho original, não podendo configurar plágio, a Monografia que ora apresento, ao Curso de Pós-Graduação do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET, como requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Tributário, versando sobre o tema Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS) sobre as receitas das Instituições Financeiras, situadas no mesmo Estado.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo a investigação acerca da inclusão ou não das receitas financeiras auferidas pelas instituições bancárias na base de cálculo da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), sob o manto da Lei nº 9.718/98.

A presente questão ainda revela sua importância uma vez que, diferentemente do que ocorreu para as pessoas jurídicas em geral – que atualmente devem recolher a exação em questão sobre a totalidade das receitas auferidas de acordo com a Lei nº 10.833/2003, editada em consonância com a Emenda Constitucional nº 20/98 –, as instituições financeiras permanecem submetidas aos ditames da Lei nº 9.718/98, devendo, portanto, recolher a COFINS de forma “cumulativa”, com base no seu “faturamento”.

Para tanto, mesmo de forma objetiva, tornou-se necessário analisar a incidência da referida contribuição à luz da Constituição Federal, bem como da legislação infraconstitucional, especialmente os artigos 2º da Lei Complementar nº 70/91, 110 do Código Tributário Nacional, 219 do Código Comercial e 1º, § 1º e 20 da Lei nº 5.474/68, delimitando a extensão do conceito de faturamento para as instituições financeiras.

Outrossim, também investigamos se há, de fato, no sistema jurídico pátrio, conceitos constitucionais vinculantes, bem como quais seriam os limites para a fixação de conceitos pelo legislador infraconstitucional e, ainda, pelo intérprete da norma, a fim de nos concentrarmos na delimitação do conceito de “faturamento”.

Abordamos, ainda que de forma superficial, o conceito e a classificação das operações bancárias e as espécies de receitas que, em regra, as instituições bancárias auferem no exercício regular de suas atividades empresariais, para em seguida, com base no nosso conceito de “faturamento” construído pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, analisarmos a possibilidade de enquadramento nesse conceito das receitas financeiras auferidas pelas instituições financeiras.

Ao final da investigação em questão, delimitamos o conceito de “prestação de serviços”, a questão da atividade típica das pessoas jurídicas em confronto com o conceito de “faturamento”, bem como a violação ao princípio da legalidade estrita com a ampliação do conceito de faturamento para a “totalidade das receitas decorrente das atividades típicas” da empresa.

Concluimos, dessa forma, pela impossibilidade de tributação, pela COFINS, das receitas financeiras auferidas pelas instituições bancárias, sob a égide da Lei nº 9.718/98, que estabelece como base de cálculo da contribuição em questão o “faturamento” das pessoas jurídicas.

CAPÍTULO 1
DO HISTÓRICO LEGISLATIVO DA COFINS
DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

A Constituição Federal, até o advento da Emenda Constitucional nº 20/98, através de seu artigo 195, inciso I, outorgava competência à União Federal para instituir e cobrar contribuição social sobre o faturamento das pessoas jurídicas:

“Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I – dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro.”

A COFINS, por sua vez, foi instituída pela Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, que, em seu artigo 1º, assim dispôs:

“Art. 1º Sem prejuízo da cobrança das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep), fica instituída contribuição social para financiamento da Seguridade Social, nos termos do inciso I do art. 195 da Constituição Federal, devida pelas pessoas jurídicas inclusive as a elas equiparadas pela legislação do imposto de renda, destinadas exclusivamente às despesas com atividades-fins das áreas de saúde, previdência e assistência social.”

A contribuição em questão, cuja legislação foi recepcionada pela Constituição Federal, incide sobre o faturamento das pessoas jurídicas, expressão esta cujo significado foi logo explicitado no caput do artigo 2º da Lei Complementar nº 70/91, a seguir transcrito:

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

O artigo 11, parágrafo único, da mesma lei, contudo, excluiu da incidência da COFINS as instituições financeiras, elevando, em contrapartida, a alíquota da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) das pessoas jurídicas em questão, conforme atesta a legislação abaixo transcrita:

Lei Complementar nº 70/91

“Art. 11. Fica elevada em oito pontos percentuais a alíquota referida no § 1º do art. 23 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, relativa à contribuição social sobre o lucro das instituições a que se refere o § 1º do art. 22 da mesma lei, mantidas as demais normas da Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, com as alterações posteriormente introduzidas.

Parágrafo único. As pessoas jurídicas sujeitas ao disposto neste artigo ficam excluídas do pagamento da contribuição social sobre o faturamento, instituída pelo art. 1º desta lei complementar.”

Lei nº 8.212/91

“Art. 22. Omissis.

[...]

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

Já em 27 de novembro de 1998, foi editada a Lei nº 9.718, que previu a obrigatoriedade de as instituições financeiras, recolherem mensalmente a COFINS, bem como, em seu artigo 3º, § 5º, determinou que tais empresas observassem, para fins de apuração da contribuição em questão, as mesmas regras de exclusão e deduções previstas para o recolhimento da Contribuição ao Programa de Integração Social (PIS), nos seguintes termos:

“Art. 2º As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei.

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

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

[...]

§ 5º 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.”

Em suma, as instituições financeiras, a partir da entrada em vigor da Lei nº 9.718/98, o que se deu em 1º de fevereiro de 1999, passaram a ter de recolher a COFINS mensalmente, observando, além das regras emanadas pela própria Lei nº 9.718/98, outras normas específicas no que tange à determinação da base de cálculo da contribuição previstas no artigo 1º da Lei nº 9.701/98.38.

Com o advento da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, incluiu-se no artigo 3º da Lei nº 9.718/98 os §§ 6º e 8º, que prevêm ainda, outras hipóteses de exclusão da base de cálculo em relação às instituições financeiras.

Por fim, a Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003, elevou de 3% (três por cento) para 4% (quatro por cento) a alíquota da COFINS das instituições financeiras, nos seguintes termos:

“Art. 18. Fica elevada para quatro por cento a alíquota da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS devida pelas pessoas jurídicas referidas nos §§ 6º e 8º do art. 3º da Lei n.º 9.718, de 27 de novembro de 1998.”

Assim, em princípio, de acordo com a Lei nº 9.718/98 e legislação em vigor, as instituições financeiras têm de recolher a COFINS, à alíquota de 4%, sobre o seu

“faturamento” correspondente à sua “receita bruta” mensal, diminuída das deduções previstas expressamente na já citada legislação.

Nesse momento faz-se necessário mencionar, todavia, que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 346.084, 357.950, 358.273 e 390.840, todos sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, declarou a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, que pretendia ampliar o conceito de “faturamento” para abarcar outras receitas que não aquelas decorrentes das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza.

No entender da Corte Suprema, o § 1º do artigo 3º da Medida Provisória nº 1.724/98, convertida na Lei nº 9.718/98, ao atribuir ao conceito de “faturamento” uma significação mais ampla do que aquela delimitada pela Carta Magna, incluindo todas as receitas auferidas pela pessoa jurídica, incidiu em manifesta inconstitucionalidade e ilegalidade, por violar o artigo 195, I, da Constituição Federal, além de modificar o sentido e alcance da expressão, firmados pelo direito privado, o que não é permitido pelo artigo 110 do Código Tributário Nacional.

Não obstante a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98 ter sido realizada em sede de controle de constitucionalidade difuso, somente produzindo efeitos entre as partes dos processos em que se firmou o precedente, é certo que os precedentes em questão vêm guiando a jurisprudência dos Tribunais pátrios no que tange à questão em apreço. Outrossim, em 10 de setembro de 2008, o Ministro Cezar Peluso apresentou na sessão plenária do Supremo Tribunal Federal uma proposta de súmula vinculante sobre o tema em apreço, com a seguinte redação: “É inconstitucional o parágrafo único do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 1998”.

Nesse sentido, no presente trabalho, partiremos da premissa no sentido de que a COFINS “cumulativa”, objeto da Lei nº 9.718/98, tem como base de cálculo o “faturamento” das pessoas jurídicas, e não a sua “receita bruta”, nos termos dos mencionados precedentes da Suprema Corte.

Outrossim, faz-se importante salientar que, apesar da instituição da COFINS não-cumulativa por meio da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, tal modalidade de

tributação não se aplica às instituições financeiras, conforme prevê expressamente o inciso I do artigo 10 da Lei nº 10.833, abaixo transcrito:

“Art. 10. Permanecem sujeitas às normas da legislação da COFINS, vigentes anteriormente a esta Lei, não se lhes aplicando as disposições dos arts. 1.º a 8.º:
– as pessoas jurídicas referidas nos §§ 6.º, 8.º e 9.º do art. 3.º da Lei n.º 9.718, de 199839, e na Lei n.º 7.102, de 20 de junho de 1983.”

Ante todo o exposto, verifica-se que, em resumo, de acordo com os termos da Lei nº 9.718/98 e legislação em vigor, as instituições financeiras atualmente encontram-se obrigadas ao recolhimento da COFINS, à alíquota de 4%, sobre o seu “faturamento” diminuído das deduções previstas expressamente na legislação.

CAPÍTULO 2

DO CONCEITO DE “FATURAMENTO”

2.1 Do conceito vinculante de faturamento

A Constituição Federal repartiu as competências tributárias entre as pessoas políticas, outorgando capacidade legislativa em matéria tributária para União Federal, Estados, Distrito Federal e Municípios, de forma discriminada, ou seja, delimitando fatos, situações e pessoas que poderiam ser alcançadas pela lei tributária.

Outrossim, conforme exposto no capítulo anterior, a União Federal, ao instituir a COFINS tendo como base de cálculo o “faturamento” das instituições financeiras, o fez – ou deveria tê-lo feito – com fundamento na regra de competência estabelecida no artigo 195, I, da Carta Magna, que autoriza a União Federal a instituir e cobrar contribuição social, entre outras materialidades, sobre o “faturamento” das pessoas jurídicas.

Neste diapasão, reportando-nos à conclusão de Humberto Ávila, importa evidenciar “que a Constituição não apenas define as hipóteses de incidência, mas também predetermina o conteúdo material para o exercício da competência.”¹

Neste sentido, ainda, o trecho histórico do voto, infelizmente vencido, proferido pelo então Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Gallotti, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 71.758 em 1972, magistralmente resume a questão da seguinte forma: “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 tributário inscrito na Constituição.”²

Com efeito, a Carta Constitucional de 1988, ao definir a competência da União Federal para instituir contribuição social sobre o faturamento, buscou o significado do vocábulo

¹ ÁVILA, Humberto. Sistema constitucional tributário. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 109.

² STF, RE n.º 71.758, Tribunal Pleno, Rel. Min. Thompson Flores, DJ 31.08.1973. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 23 fev. 2010.

na legislação comercial, único ramo do direito que até então havia definido, positivamente, o conceito de faturamento como aquele decorrente da venda de mercadorias ou da prestação de serviços, como se depreende do artigo 219 do Código Comercial, bem como dos artigos 1º e 20, da Lei nº 5.474/68, abaixo reproduzido:

CÓDIGO COMERCIAL

“Art. 219 - Nas vendas em grosso ou por atacado entre comerciantes, o vendedor é obrigado a apresentar ao comprador por duplicado, no ato da entrega das mercadorias, a fatura ou conta dos gêneros vendidos, as quais serão por ambos assinadas, uma para ficar na mão do vendedor e outra na do comprador. Não declarado o prazo do pagamento, presume-se que a compra foi a vista (art. 137). As faturas sobreditas, não sendo reclamadas pelo vendedor ou comprador, dentro de 10 (dez) dias subseqüentes à entrega e recebimento (art. 135) presumem-se contas líquidas.”

LEI Nº 5.474/68

“Art. 1º - Em todo 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. As empresas, individuais ou coletivas, fundações ou sociedades civis, que se dediquem à prestação de serviços, poderão, também, na forma desta Lei, emitir fatura e duplicata.”

O conceito de faturamento, portanto, já havia sido determinado pelo Direito Comercial anteriormente à Carta Magna de 1988, elegendo-se, como pressuposto fundamental à sua ocorrência, a prática de operação mercantil de venda de mercadorias ou de prestação de serviços.

Inclusive, a legislação fiscal na qual se fundamentava a exigência da COFINS (Lei Complementar nº 70/91), com respaldo no conceito sedimentado pelo Direito Comercial, sempre explicitou que a expressão “faturamento” é a totalidade das receitas

decorrentes das vendas de mercadorias e/ou serviços de qualquer natureza. O mesmo ocorria com a legislação da Contribuição ao FINSOCIAL, da qual a COFINS foi sucessora:

Lei Complementar nº 70/91

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

Decreto-lei nº 1.940/82, alterado pelo Decreto Lei nº 2.397/87

“Art. 1º Fica instituída, na forma prevista neste decreto-lei, contribuição social, destinada a custear investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação, justiça e amparo ao pequeno agricultor. (Redação dada pela Lei nº 7.611, de 1987)”
[...]

a) a receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços, de qualquer natureza, das empresas públicas ou privadas definidas como pessoa jurídica ou a elas equiparadas pela legislação do Imposto de Renda; (Incluída pelo Decreto Lei nº 2.397, de 1987)”

Desse modo, antes e depois da Constituição Federal de 1988, a expressão “faturamento” sempre foi entendida para fins fiscais como a totalidade das receitas decorrentes exclusivamente das vendas de mercadorias ou de serviços de qualquer natureza ou da combinação de ambas. Faturamento, portanto, no direito brasileiro, indica a cobrança de um preço a título de contraprestação num negócio bilateral relativo unicamente à venda mercadorias ou prestação de serviços.

Foi neste sentido, ademais, que a Suprema Corte, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 150.755-1, o qual tratava da contribuição ao FINSOCIAL das empresas prestadoras de serviço, decidiu pela constitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 7.738/89, que determinava a incidência da contribuição sobre a “receita bruta” das pessoas jurídicas, conquanto para os Ministros, a imposição de uma contribuição social sobre a receita bruta, com fundamento no artigo 195, inciso I, da Constituição Federal, seria possível se a noção de “receita bruta” utilizada pela referida lei se conformasse aos limites do conceito de faturamento antes mencionado.

Portanto, restou decidido que não havia inconstitucionalidade alguma na norma, uma vez que o artigo 28 teria utilizado o conceito de “receita bruta” estabelecido pelo artigo 2º da Lei Complementar nº 70/91 e artigo 22, alínea “a”, do Decreto-lei nº 2.397/87, que a conceituava como aquela decorrente “das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços, de qualquer natureza, das empresas públicas ou privadas definidas como pessoa jurídica ou a elas equiparadas pela legislação do Imposto de Renda”.

Mais à frente, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADC nº 01 de 01/12/93, reafirmou a advertência de que o conceito de faturamento se limita à receita proveniente das vendas de mercadorias e serviços, conforme se verifica da leitura de trechos dos votos dos Ministros Moreira Alves e Ilmar Galvão:

Ministro Moreira Alves (Relator)

“Note-se que a Lei Complementar 70/91, ao considerar o faturamento como a ‘receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza’ nada mais fez do que lhe dar a conceituação do faturamento para efeitos fiscais, como bem assinalou o Ministro ILMAR GALVÃO, no voto que proferiu no RE 150.764, ao acentuar que o conceito de receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços ‘coincide com o de faturamento, que, para efeitos fiscais, foi 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 187/36)’.

Ministro Ilmar Galvão

“De efeito, o conceito de ‘receita bruta’ não discrepa do ‘faturamento’, na acepção que este termo é utilizado para efeitos fiscais, seja, o que corresponde ao produto de todas as vendas, não havendo qualquer razão para que lhe seja restringida a compreensão, estreitando-o nos limites do significado que o termo possui em direito comercial, seja, aquele que abrange tão – somente as vendas a prazo (art. 1º da Lei nº 187/68, em que emissão de uma ‘fatura’ constitui formalidade indispensável ao saque da correspondente duplicata. Entendimento neste sentido, alíás, ficou assentado pelo STF, no julgamento do RE 150.755.”.

Verifica-se, assim, que, nos termos das decisões do Supremo Tribunal Federal, faturamento, para efeitos fiscais, é o resultado de todas as vendas de mercadorias e serviços, ainda que não acompanhadas da respectiva fatura, admitindo, portanto, o faturamento se equipare exclusivamente ao conceito de receita bruta em sentido estrito assim entendido como as receitas provenientes das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, nos termos da Lei Complementar nº 70/91.

Neste diapasão, impõe-se observar que o conceito jurídico de “faturamento” é único para fins de incidência tributária, seja para uma empresa comercial, seja para uma prestadora de serviços ou para uma instituição financeira, não sendo possível admitir, em qualquer hipótese, que o conceito de “faturamento” sofra variações de acordo com a qualificação do sujeito passivo envolvido na hipótese de incidência tributária.

Assim se dá, aliás, com as demais hipóteses de incidências tributárias possíveis previstas na Constituição Federal, como renda, importação, exportação, lucro, prestação de serviços etc.³

Nesse sentido, se para as empresas em geral o conceito de “faturamento” não corresponde à totalidade das receitas operacionais auferidas pelas pessoas jurídicas, também para as instituições financeiras o conceito em questão não poderá ser diferente da soma das receitas auferidas em função da venda de mercadorias e/ou prestação de serviços. Até porque, consoante restará demonstrado, as receitas financeiras compõem as receitas operacionais auferidas por toda e qualquer pessoa jurídica.

Reforçando tal entendimento, afirma o Professor Marco Aurélio Greco⁴ em resposta a consulta formulada pela CONSIF e FEBRABAN, a saber:

³ “Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a concepção de que há adoção de apenas um conceito em relação a cada termo ou expressão aparenta ser pacífica, sendo um pressuposto constante nas diversas argumentações empreendidas por essa Corte. Discute-se sobre qual o conceito adotado, não sobre quais os conceitos adotados pela Constituição. Trabalha-se com uma opção disjuntiva: ou a Carta acolheu um conceito ou o outro (ou ainda algum dos outros, caso coexistam três ou mais conceitos). Seria exaustivo expor todas as decisões de relevo proferidas com base nessa concepção. Basta referir a paradigmática decisão proferida no RE n. 166.772-9, em que, diante das propostas de leitura do vocábulo ‘salário’ na acepção comum (acolhida pelo Tribunal Regional Federal da 4.ª Região, na decisão *a quo*), jurídico-previdenciária e jurídico-trabalhista, foi adotado o conceito vigente no Direito do Trabalho, não se cogitando a possibilidade de incorporação de todos os conceitos em questão.” VELLOSO, Andrei Pitten. *Conceitos e competências tributárias*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 273.

⁴ GRECO, Marco Aurélio. Parecer elaborado em 27 de março de 2007 em resposta a consulta elaborada pela Federação Brasileira de Bancos – FEBRABAN e pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro – CONSIF. Cópia extraída dos autos do Mandado de Segurança n.º 2007.05.00.005835-9, ajuizada perante a Seção Judiciária de Aracaju-SE e hoje em trâmite perante a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, p. 18-19.

“Da mesma forma, o conceito de faturamento tem seus requisitos e elementos determinados no plano objetivo à luz da relação subjacente da qual resulta (emanada no âmbito de uma atividade econômica e expressa em certo tipo de negócio jurídico), independente da pessoa que o esteja auferindo.

Ou seja, faturamento é um conceito determinado objetivamente (qualidades da realidade) e não subjetivamente (qualidades da pessoa).

Esta afirmação, até certo ponto óbvia, tem um reflexo importante, pois, na medida em que este elemento objetivo da competência se reporta diretamente à realidade (sem passar por um filtro subjetivo da pessoa que o afeere), implica reconhecer que a amplitude deste conceito não varia por razões ligadas à pessoa que o afeere.

Assim, se determinada verba não configura faturamento quando vista da perspectiva objetiva, não será o fato de este mesmo tipo de verba ser auferido por outra pessoa jurídica que a tornará integrante do conceito faturamento. A natureza de uma verba – para fins de configurar, ou não, faturamento – não se transmuda ao sabor das pessoas que a recebem.

Isto é da maior importância, pois o recebimento de juros e outras receitas financeiras por pessoa jurídica que desenvolve atividade industrial ou comercial não integra o conceito constitucional de faturamento (penso que não há dúvida a este respeito).

Ora, por este tipo de receita estar fora do âmbito do conceito, assim permanece em toda e qualquer situação, seja qual for a atividade empresarial desenvolvida pela pessoa jurídica.”

Vale, outrossim, citar as palavras de Alcides Jorge Costa⁵ acerca do assunto:

“A base de cálculo da COFINS tal como prevista pela Lei Complementar n. 70/91 era o faturamento mensal, assim considerada a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza. Portanto, esta base de cálculo era o faturamento, produto da venda de mercadorias, destas e de serviços ou apenas de serviços de qualquer natureza,

⁵ COSTA, Alcides Jorge. Parecer elaborado em 22 de abril de 2007 em resposta a consulta elaborada pela Federação Brasileira de Bancos – FEBRABAN. Cópia extraída dos autos do Mandado de Segurança n.º 2007.05.00.005835-9, ajuizada perante a Seção Judiciária de Aracaju-SE e hoje em trâmite perante a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, p. 16.

não se alterando em função da atividade desenvolvida pela empresa.”

Logo, se a Constituição utiliza determinado termo, o significado desse termo deve ser interpretado como sendo aquela acepção existente na época em que foi redigida a Constituição. E nessa linha, se a baliza de “faturamento”, no momento em que foi promulgada a Constituição de 1988, era uma – inclusive sedimentada no âmbito do Direito Privado – o aplicador ao alterar esse conceito em função da qualificação do sujeito passivo está praticando uma inconstitucionalidade, visto que exorbita aos marcos fixados pela Constituição.

Aliás, e por esta razão, o artigo 110 do Código Tributário Nacional é didático ao estabelecer que a manipulação de conceitos constitucionais para fins de incidência tributária não é permitida pelo próprio sistema, ao asseverar que “a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.”

Nesse exato sentido, ademais, destaque-se o parecer elaborado pelo professor Tercio Sampaio Ferraz Junior à Federação Brasileira dos Bancos (FEBRABAN)⁶ a respeito do tema em tela:

“Ora, faturamento como expressão constitucional, é um desses termos que apontam para um conceito enraizado numa prática usual do comércio. Do ponto de vista genético, não se pode deixar de reconhecer que a palavra denota uma prática comercial referente à fatura, isto é, ao ato de faturar ou organizar fatura. Isto é, aquela escrita do vendedor que acompanha as mercadorias, na qual se insere o nome e características da mercadoria, inclusive o preço respectivo (assim, entre outros, Carvalho de Mendonça, em seu: Tratado de Direito Comercial, Rio de Janeiro, 1938). Trata-se, nesse sentido, de uma prática referente a uma técnica documental, que a distingue de outras, como a conta-corrente ou o pedido de mercadorias.

⁶ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Parecer elaborado em 02 de abril de 2007 em resposta a consulta elaborada pela Federação Brasileira de Bancos – FEBRABAN. Cópia extraída dos autos do Mandado de Segurança n.º 2007.05.00.005835-9, ajuizado perante a Seção Judiciária de Aracaju-SE e hoje em trâmite perante a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, p. 12-13.

Essa técnica ganhou conceituação doutrinária, de modo que o faturamento de uma empresa passou a referir-se a todas as vendas realizadas em determinado período. O uso comum estendeu, pois, o faturamento de vendas mercantis também a vendas de serviços prestados, com a indicação dos preços respectivos. Assim, o faturamento, que, em sentido denotativo, aponta para o ato de extrair ou formalizar a fatura, conhece uma extensão do seu sentido conotativo, que permite denotar também um rol de vendas de uma empresa.

Essa interpretação tem por base um atributo conotativo do conceito, localizado não no atributo fatura, mas no atributo venda. Entende-se, assim, o entendimento uniforme do STF de faturamento num sentido que alcança, para efeitos fiscais, todas as vendas, mesmo se não acompanhadas de fatura, admitindo, portanto, que ao faturamento se equipare a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza (teor da LC 70/91). Mas que não alcança outros numerários, aqueles que não resultam de venda, como juros, aluguéis, variações monetárias, royalties, lucros e dividendos, descontos obtidos etc.

Nesse sentido estrito de todas as vendas, o uso pelo legislador da expressão: receita bruta pôde ser assimilado à expressão constitucional faturamento. Ou seja, o STF, ao definir faturamento pelo atributo conotativo vendas, entendeu como constitucionalmente adequado o uso da expressão receita bruta, pelo legislador tributário.

Assim, quando a jurisprudência do STF reconhece que a distinção entre receita bruta e faturamento não é óbice à constitucionalidade de uma lei que os equipare, deve-se ter em conta que esse reconhecimento opera uma equiparação entre os dois termos mediante o atributo venda. Isto é, desde que entendida a receita bruta como “receita bruta das vendas de mercadorias e serviços”, ela pode ser aceita como faturamento.”

Portanto, nos termos da Constituição Federal de 1988 e anteriormente ao advento da Emenda Constitucional nº 20/98, a expressão faturamento só pode ser entendida como produto de todas as vendas de mercadorias ou serviços, à prazo ou à vista, com ou sem a emissão de fatura, conforme definido pelos artigos 219 do Código Comercial, 1º, § 1º E 20 da Lei nº 5.474/68 e decidido pelo supremo tribunal federal, sob pena de violação do artigo 195, I da Constituição Federal.

2.2 Da impossibilidade de se conceituar “faturamento” como a “soma das receitas oriundas das atividades empresariais”, ou, em outras palavras, como “receitas operacionais”

No curso do julgamento histórico dos Recursos Extraordinários nºs 346.084, 357.950, 358.273 e 390.840, no qual ficou decidido pela inconstitucionalidade do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, o Ministro Cezar Peluso, ao proferir o seu voto, destacou que, no seu ponto de vista, “faturamento” deve ser entendido como “resultado econômico das operações empresariais típicas”, o que justificaria a incidência da COFINS sobre as receitas financeiras apuradas pelas instituições financeiras.

Tal manifestação deu ensejo, inclusive, a um debate entre os Ministros Cezar Peluso e Marco Aurélio, ficando evidente, ao final, que a questão referente à inclusão, ou não, das receitas financeiras auferidas pelas instituições financeiras no conceito de “faturamento” não era objeto daquele julgamento, bem como a consolidação do conceito de faturamento como a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza. Confira-se:

“O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Mas, ministro, seria interessante, em primeiro lugar, esperar a chegada de um conflito de interesses, envolvendo uma dúvida quanto ao conceito que, por ora, não passa pela nossa cabeça.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Mas passa pela cabeça de outros. Já não temos poucas causas, Sr. Ministro, para julgar. Quanto mais claro seja o pensamento da Corte, melhor para a Corte e para a sociedade.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Não pretendo, neste julgamento, resolver todos os problemas que possam surgir, mesmo porque a atividade do homem é muito grande sobre a base de incidência desses tributos.

E, de qualquer forma, estamos julgando um processo subjetivo e não objetivo e a única controvérsia é esta: o alcance do vocábulo “faturamento”. E, a respeito desse alcance, temos já, na Corte, reiterados pronunciamentos.”

Com efeito, as “receitas operacionais”, para a contabilidade e para a ciência jurídica, são aquelas receitas auferidas pela pessoa jurídica que são relacionadas com a sua atividade ou atividades principais, com o seu objeto social, sua atividade ou atividades-fim, independentemente da sua frequência.

Portanto, as receitas operacionais, que se contrapõem, como verificado, às chamadas não-operacionais, podem justamente ser definidas como aquelas receitas oriundas das atividades empresariais típicas.

Por sua vez, as receitas não-operacionais seriam aquelas não decorrentes das atividades típicas das empresas, como ocorre com a venda de bem integrado ao seu ativo fixo, clássico exemplo citado pela doutrina que bem ilustra a hipótese em questão.

Assim, quando se quer conceituar “faturamento” como as “receitas oriundas das atividades empresariais típicas”, se está nada mais nada menos que conceituando “faturamento” como a soma das “receitas operacionais” das pessoas jurídicas.

Ocorre que, de acordo com o já exposto, as receitas financeiras, para as pessoas jurídicas em geral, são consideradas operacionais. Contudo, é certo que, ao menos para as empresas que comercializam mercadorias e/ou prestam serviços, o Supremo Tribunal Federal assentou entendimento no sentido de que as receitas financeiras não estão englobadas no conceito de “faturamento”, mas apenas e tão-somente as receitas decorrentes da venda de mercadorias, mercadorias e serviços ou apenas de serviços.

Nesse sentido, não há como se entender validamente que o conceito de “faturamento” se identifica com a soma das “receitas operacionais” da pessoa jurídica, ou, dito de outro modo, com as “receitas oriundas das atividades empresariais típicas”, na medida em que

o conceito de “faturamento”, considerado como a soma das receitas decorrentes da venda de mercadorias, mercadorias e serviços ou apenas de serviços, exclui da incidência da COFINS sobre receitas que são consideradas operacionais das pessoas jurídicas em geral (como as receitas financeiras) e que são, portanto, oriundas das suas atividades empresariais típicas.

CAPÍTULO 3

DA IMPOSSIBILIDADE DE INCLUSÃO DAS OPERAÇÕES BANCÁRIAS NO CONCEITO DE “PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS”

As instituições bancárias desempenham preponderantemente as seguintes atividades para a consecução do seu objeto social: (i) prestação de serviços aos clientes; e (ii) operações relacionadas com o crédito (ativas ou passivas).

No exercício dessas tais atividades, por sua vez, em regra, as instituições bancárias auferem receitas que podem ser assim classificadas: (i) receitas da prestação de serviços bancários aos seus clientes; (ii) receitas financeiras e assemelhadas.

Nas lições de Aires F. Barreto⁷, tributarista reconhecido pelo aprofundado estudo do Imposto sobre Serviços de qualquer natureza (ISS),

“serviço é o esforço de pessoas desenvolvido em favor de outrem, com conteúdo econômico, sob regime de direito privado, em caráter negocial, tendente a produzir uma utilidade material ou imaterial.”⁸

O conceito de serviços, portanto e cujas características foram extraídas do Texto Constitucional, exige que a prestação destes seja realizada com autonomia, sob o regime de direito privado, em regra nos termos do disposto nos artigos 593 e seguintes do Código Civil, o que exclui a prestação de serviços públicos e os serviços prestados em relação de emprego, sujeitos às leis trabalhistas.

No mais, somente pode ser considerado serviço o trabalho que alguém desempenha em favor de terceiros, visto que o conceito de serviço pressupõe uma relação com outra

⁷ BARRETO, Aires F. *ISS na Constituição e na lei*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 63.

⁸ Neste mesmo sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. *O imposto sobre serviços na Constituição*. São Paulo: RT, 1980. p. 80.; MELO, José Eduardo Soares de. *ISS – aspectos teóricos e práticos*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2003. p. 39.

pessoa, cuja prestação corresponda a um fazer⁹. Afastam-se do conceito constitucional de serviços, desta forma, as prestações de dar e os denominados “auto-serviços”, bem como aqueles insuscetíveis de conversão para valores econômicos.

Assim, apenas as receitas decorrentes dos serviços prestados pelos bancos aos seus clientes, cobrados por meio de cobrança de “tarifas” ou “remunerações” (termos utilizados pela legislação que correspondem ao efetivo “preço” cobrado pelo serviço), como a título de abertura e manutenção de conta, emissão de talão de cheques, movimentação de recursos (realização de transferências, DOCs, TEDs etc.), fornecimento de extratos, dentre tantos outros regulados por meio da Resolução do Banco Central do Brasil nº 3.518/2007, é que podem ser incluídas no conceito de “faturamento”.

A propósito, tais serviços bancários, inclusive, encontram-se sujeitos à incidência do Imposto sobre Serviços de qualquer natureza (ISS), de acordo com o estabelecido no item 15 da lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116/2003.

As operações bancárias relacionadas ao crédito, em contrapartida, estão sujeitas à incidência do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários (IOF)¹⁰ por determinação do artigo 1º da Lei nº 5.143/66, que elege como fato imponible do imposto em questão justamente “a entrega do respectivo valor ou sua colocação à disposição do interessado”.

⁹ “Nas obrigações de dar, o que interessa ao credor é a coisa que lhe deve ser entregue, pouco lhe importando a atividade que o devedor precisa exercer para realizar a entrega. Nas obrigações de fazer, ao contrário, o fim que se tem em mira é aproveitar o serviço contratado.” GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1961. p. 67.

¹⁰ “O imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro ou relativas a títulos e valores mobiliários, ou, na forma resumida, como é mais conhecido, imposto sobre operações financeiras – IOF, tem a função predominantemente extrafiscal. Efetivamente, o IOF é muito mais um instrumento manipulação da política de crédito, câmbio e seguro, assim como de títulos e valores mobiliários, do que um simples meio de obtenção de receitas, embora seja bastante significativa a sua função fiscal, porque enseja a arrecadação de somas consideráveis.” MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 289.

Assim, como queda evidente, o crédito, objeto do contrato bancário, diz respeito a obrigação jurídica de dar, o que já representa uma distinção essencial entre as operações relacionadas com o crédito (ativas ou passivas) e a atividade de prestação de serviços bancários, que, como verificado, indubitavelmente envolve um *facere*.

A título de exemplo, vale citar a operação ativa realizada usualmente pelos bancos que é a de empréstimo (mútuo mercantil), a qual gera obrigação apenas para o mutuário de restituir o valor principal objeto do empréstimo, acrescido de correção, juros etc. (típica obrigação de dar)¹¹.

É considerando esta distinção, inclusive, que a Lei Complementar nº 116/2003, em seu artigo 2º, inciso III, estabelece que ISS não incide sobre “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”.

Não fosse isso, diferentemente do que ocorre com as prestações de serviços, que, como verificado, envolvem a remuneração do trabalho humano, a remuneração das atividades financeiras se altera basicamente em função do risco envolvido na operação, dentre outras variáveis como o tempo da aplicação e o montante negociado.

Nesse sentido, como bem resume Eduardo Fortuna¹²,

"a formação da taxa de empréstimo, dependendo do produto/operação oferecido varia periodicamente de acordo com:

A curva dos juros futuros do mercado, que informa o custo-base de captação para o prazo do empréstimo;

Os componentes do spread (diferença entre a taxa de empréstimo e de captação), tais como os encargos da

¹¹ ABRÃO, Nelson. *Direito bancário*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 77.

¹² FORTUNA, Eduardo. *Mercado financeiro produtos e serviços*. 16. ed. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2005. p. 183.

operação (rateio dos custos internos operacionais e administrativos, mais a cunha fiscal), a margem de ganho desejada pelo banco e o risco específico do cliente tomador do empréstimo, vis-à-vis as garantias específicas da operação, também conhecido como risco de inadimplência.”

Em vista do exposto, verifica-se que as receitas financeiras auferidas pelos bancos são, de fato, decorrentes do exercício da sua atividade empresarial típica (o que não quer dizer, frise-se, que se trata de “faturamento”). Não se trata, todavia, de receitas decorrentes advindas da prestação de serviços bancários, que, como visto, são remunerados por meio das tarifas ou taxas bancárias, não se tratando, portanto, de “faturamento”.

Por fim, cumpre-nos ainda afastar, para fins de incidência da COFINS, o entendimento de que item 5 (“Definições”) do Anexo sobre Serviços Financeiros do Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (GATS), firmado na rodada Uruguai do GATT e promulgado pelo Decreto n.º 1.335, de 30 de dezembro de 1994, teria simplesmente definido as atividades financeiras e bancárias como “serviços”.

Inicialmente impõe-se observar que, assim como ocorre com o termo “faturamento”, há, sem dúvidas, um conceito constitucional de “serviços” (ou de “prestação de serviços”), visto que tal expressão foi utilizada pela Constituição Federal para a delimitação de competências tributárias tanto dos Estados e Distrito Federal (art. 155, II), quanto dos Municípios (art. 156, III).

E este conceito constitucional de “prestação de serviços”, construído com base no “conceito comum, corrente, estremando-o (...) a) de tudo o que seja próprio do conceito de serviço público e b) dos fatos compreendidos em possíveis hipóteses de incidência constitucionalmente outorgadas a outras pessoas políticas”¹³, abrange, como visto,

¹³ BARRETO, Aires F. *ISS na Constituição e na lei*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 28.

apenas e as prestações de fazer levadas a efeito sob o regime de direito privado e que revelem conteúdo econômico, realizadas em caráter negocial; o que exclui, portanto, as prestações de dar e os serviços públicos, os chamados “auto-serviços”, bem como aqueles realizados em relação de emprego ou, ainda, desinteressadamente (ou a título gratuito).

Outrossim, evidentemente diferenciam-se as “prestações de serviços” das “operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários”, eleitas pela Carta Magna como hipótese de incidência possível de outro tributo cuja competência foi outorgada à União Federal por meio do seu artigo 153, inciso V, qual seja o IOF.

Assim, ainda que se considere que o GATS possui o status normativo de lei ordinária em nosso ordenamento jurídico, o acordo internacional em questão jamais teria o condão de alterar o Texto Constitucional pátrio, especialmente para o fim de ampliar as competências tributárias atribuídas tão detalhadamente aos Entes Federados.

É que, como bem ressalta Tercio Sampaio Ferraz Junior, “tratando-se de competência constitucional, não há que se falar em prevalência de qualquer norma infraconstitucional, como, por exemplo, tratados e convenções internacionais. O que está em questão é o sentido constitucional de serviço.”¹⁴

Nesse sentido, não há como validamente se pretender tratar as operações bancárias relativas ao crédito como prestação de serviços, na medida em que, como visto, tais operações, além de terem sido apartadas pela Constituição Federal do conceito de “prestação de serviços”, a teor do arquétipo constitucional do IOF, se materializam por meio de obrigações jurídicas classificadas como de dar, e não de fazer.

¹⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Parecer elaborado em 02 de abril de 2007 em resposta a consulta elaborada pela Federação Brasileira de Bancos – FEBRABAN. Cópia extraída dos autos do Mandado de Segurança n.º 2007.05.00.005835-9, ajuizado perante a Seção Judiciária de Aracaju-SE e hoje em trâmite perante a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, p. 31

Não fosse isso, tratando-se da aplicação de recursos financeiros próprios dos bancos, jamais se poderia aventar o enquadramento de tal atividade no conceito de “prestação de serviços”, visto que qualquer possível relação jurídica dela decorrente (de dar ou mesmo de fazer) sequer envolveria os clientes das instituições bancárias.

Portanto, ainda que se admitisse o intermediação financeira como prestação de serviços, no máximo tratar-se-ia, nesse caso, de aplicação de recursos próprios, de um “auto-serviço”, o que, conforme verificado, não se enquadra no conceito constitucional de “prestação de serviços”, que pressupõe uma relação jurídica entre dois sujeitos, quais sejam o prestador e o tomador.

Finalmente, como bem colocado por Alcides Jorge Costa, Marco Aurélio Greco e Tercio Sampaio Ferraz Junior, em pareceres já citados elaborados a pedido da Febraban, apesar de o GATS se referir às atividades financeiras e bancárias como “serviço financeiro”, o próprio acordo em questão deixa claro que as definições nele contidas têm utilidade apenas para os fins ali contemplados.

Isso se verifica, justamente, porque se trata de um acordo firmado entre países que têm histórias e tradições muito distintas, o que leva à utilização de termos de tal sorte amplos que atendam à multiplicidade de experiências que permitam às partes chegar a um consenso¹⁵.

Destarte, em conclusão, não há como se enquadrar a atividade financeira exercida pelos bancos no conceito de prestação de serviço para o direito interno, especialmente em se tratando de fins tributários, não podendo, sem sombra de dúvidas, incidir a COFINS

¹⁵ GRECO, Marco Aurélio. Parecer elaborado em 27 de março de 2007 em resposta a consulta elaborada pela Federação Brasileira de Bancos – FEBRABAN e pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro – CONSIF.

sobre as receitas financeiras auferidas pelo Recorrente, devendo ser reformado o v. acórdão recorrido.

Finalmente, caso não bastassem todos os fundamentos acima para se concluir quanto à total adequação do direito creditório que assiste ao Recorrente, é fato que este, inobstante a sua condição de instituição financeira, apura sobra de recursos decorrentes de sua atividade fim e aplica tais recursos no mercado financeiro, auferindo, como qualquer outra pessoa jurídica deste País, receita financeira pela remuneração da aplicação destes recursos. Com efeito, esta receita financeira em nada, absolutamente nada difere das receitas financeiras auferidas por qualquer outra empresa, seja ela industrial ou comercial, todas elas abrangidas pelo direito à restituição de valores da COFINS indevidamente recolhidos nos termos do §1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98.

Em outras palavras, a legislação tributária relativa ao Imposto sobre a Renda estabelece que, para todas as empresas, independentemente do seu ramo de atividade, as receitas financeiras estão relacionadas ao objeto social da pessoa jurídica, à sua atividade principal ou, dito de outro modo, à sua atividade-fim.

Vale, a propósito, trazer à colação os artigos 317 do Regulamento do Imposto de Renda de 1994 (RIR/94), aprovado pelo Decreto n.º 1.041, de 11 de janeiro de 1994, e o artigo 373 do Regulamento do Imposto de Renda de 1999 (RIR/99), aprovado pelo Decreto n.º 3.000, de 26 de março de 1999:

RIR/94
Seção IV
Outros Resultados Operacionais
Subseção I
Receitas e Despesas Financeiras
Receitas

Art. 317. Os juros, o desconto, a correção monetária prefixada, o lucro na operação de reporte e o prêmio de resgate de títulos ou debêntures, ganhos pelo contribuinte, serão incluídos no lucro operacional e,

quando derivados de operações ou títulos com vencimento posterior ao encerramento do período-base, poderão ser rateados pelos períodos a que competirem (Decreto-lei n.º 1.598/77, art. 17).

RIR/99

Seção IV
Outros Resultados Operacionais
Subseção I
Receitas e Despesas Financeiras
Receitas

Art. 373. Os juros, o desconto, o lucro na operação de reporte e os rendimentos de aplicações financeiras de renda fixa, ganhos pelo contribuinte, serão incluídos no lucro operacional e, quando derivados de operações ou títulos com vencimento posterior ao encerramento do período de apuração, poderão ser rateados pelos períodos a que competirem (Decreto-lei n.º 1.598, de 1977, art. 17, e Lei n.º 8.981, de 1995, art. 76, § 2.º, e Lei n.º 9.249, de 1995, art. 11, § 3.º).

Resta evidente que o sentido dado à expressão “receita operacional” pelo Ministro Carlos Britto, em seu voto proferido no julgamento do Recurso Extraordinário nº 346.084/PR é aquele da linguagem costumeira ou vulgar, mas não técnica-contábil ou jurídica.

Destarte, em conclusão, não há como se enquadrar a atividade financeira exercida pelos bancos no conceito de prestação de serviço para o direito interno, especialmente em se tratando de fins tributários, não podendo, sem sombra de dúvidas, incidir a COFINS sobre as receitas financeiras auferidas pelas instituições financeiras.

CAPÍTULO 4

DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA

A cobrança da COFINS sobre receitas das instituições financeiras não incluídas no conceito de faturamento viola, por conseguinte, o princípio da estrita legalidade tributária previsto no artigo 150, inciso I, da Constituição Federal¹⁶, na medida em que não há na legislação pátria, após a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98 para as instituições financeiras, lei que fundamente a cobrança em questão.

Com efeito, como é cediço, o princípio da legalidade, em festejo, por sua vez, ao princípio da segurança jurídica, garante ao contribuinte que a hipótese de incidência tributária será veiculada por meio de lei em sentido formal, mais precisamente, lei ordinária.

Neste diapasão, a definição de todos os elementos da hipótese de incidência tributária, mediante lei em sentido formal, também é necessidade imperiosa à legitimidade da imposição do tributo e consubstancia outra expressão da legalidade: princípio da tipicidade.

Portanto, a lei deverá contemplar a descrição completa que ensejará o nascimento da obrigação tributária, já que esta, por sua vez, não pode ficar adstrita à vontade da autoridade fiscal, consoante lição do Mestre Luciano Amaro¹⁷:

“[...]”

Isso leva a uma outra expressão da legalidade dos tributos, que é o princípio da tipicidade tributária, dirigido ao legislador e ao aplicador da lei. Deve o legislador, ao formular a lei, definir de modo taxativo (*numerus clausus*) e completo, a situações (tipos) tributáveis, cuja ocorrência será necessária e suficiente ao

16 “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;”

17 AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

nascimento da obrigação tributária, bem como os critérios de quantificação (medida) do tributo. Por outro lado, ao aplicador da lei veda-se interpretação extensiva e a analogia, incompatíveis com a taxatividade e determinação dos tipos tributários.

À vista da impossibilidade de serem invocados, para a valorização dos fatos, elementos estranhos aos contidos no tipo legal, a tipicidade tributária costuma qualificar-se de fechada ou cerrada, de sorte que o brocardo *nullum tributum sine lege* traduz o ‘imperativo de que todos os elementos necessários à tributação do caso concreto se contenham e apenas se contenham na lei’. [...]

A lei exigida pela Constituição Federal para criação do tributo é, como regra, a lei ordinária; por exceção para alguns tributos, a Constituição requer lei complementar; é o caso por exemplo, dos impostos que podem ser criados pela União no exercício da chamada competência residual (art. 154 da CF). Ao estudarmos as fontes do direito tributário, vamos analisar essas hipóteses, e ainda examinar figuras normativas que, como sucedâneo da lei ordinária, podem fazer-lhe as vezes na criação ou modificação de tributos”. [...]

As palavras do mestre Roque Antônio Carrazza¹⁸ também são de muita valia:

“No campo tributário, o princípio da legalidade trata de garantir a exigência de auto-imposição, isto é, que sejam os próprios cidadãos, por meio de seus representantes, que determinem a repartição da carga tributária e, em consequência, os tributos que, de cada um deles, pode ser exigido.

Assim, o patrimônio dos contribuintes só pode ser atingido nos casos e modos previstos na lei, que deve ser geral, abstrata, e igual para todos, (art. 5º, I e 150, II ambos da CF), irretroativa (art. 150, III “a” da CF), não confiscatória (art. 150, IV da CF).”

Diante de todo o exposto, em vista do conceito constitucional de faturamento já delimitado nos itens anteriores, que compreende apenas as receitas decorrentes das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza, é evidente que a tributação de receitas outras auferidas pelas instituições financeiras (como as receitas financeiras) viola frontalmente o princípio da legalidade tributária, na medida em que não há no ordenamento jurídico pátrio lei que chancele a suposta incidência.

¹⁸ CARRAZA. Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 16ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CONCLUSÃO

O sistema constitucional pátrio, ao fazer referência expressa às materialidades das hipóteses de incidência passíveis de serem eleitas pelo legislador para a instituição de tributos, torna evidente a existência de conceitos constitucionais que deverão ser observados pelo legislador ordinário, sob pena de extrapolação do Texto Constitucional.

Neste sentido, o artigo 110 do Código Tributário Federal corrobora com tal entendimento ao estabelecer que “a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal [...] para definir ou limitar competências tributárias”.

De acordo com a competência tributária atribuída à União Federal pelo artigo 195, I, da Constituição Federal para a instituição de contribuições, com a legislação infraconstitucional que instituiu e regulou a Cofins, bem como tendo-se ainda em vista a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98 pelo Supremo Tribunal Federal, a base de cálculo da referida contribuição é o faturamento, assim entendido como as receitas decorrentes “das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços, de qualquer natureza, das empresas públicas ou privadas definidas como pessoa jurídica ou a elas equiparadas pela legislação do Imposto de Renda”, independentemente da emissão de faturas, posicionamento que foi reiterado em diversos julgados posteriores.

Diante do conceito de “faturamento” fixado, entendemos inequívoca a incidência da Cofins sobre receitas auferidas pelos bancos a título da cobrança das chamadas tarifas e remunerações.

No que tange às receitas financeiras auferidas pelas instituições bancárias, contudo, há defensores pela sua inclusão no conceito de “faturamento”, visto que as operações bancárias concernentes ao crédito se enquadrariam no conceito de “prestação de serviços” (por força do GATS ou do CDC) ou pelo fato de tais receitas serem decorrentes das atividades típicas dos bancos.

Ao nosso ver, entretanto, não há como enquadrar todas as operações bancárias no conceito constitucional de “prestação de serviços”, que não se inclui as “operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários”, eleitas pela Carta Magna como hipótese de incidência possível do IOF.

Assim, o GATS ou o CDC Tratando-se da aplicação de recursos financeiros próprios dos bancos, jamais se poderia aventar o enquadramento de tal atividade no conceito de “prestação de serviços”, visto que, ainda que se entendesse a intermediação financeira como prestação de serviços, no máximo tratar-se-ia, nesse caso, de um “auto-serviço”.

Finalmente, não obstante o GATS faça menção às atividades financeiras e bancárias como “serviço financeiro”, o próprio acordo esclarece que as definições nele contidas têm utilidade apenas para os fins ali contemplados, não tendo o condão de alterar a Constituição Federal, especialmente para o fim de ampliar as competências tributárias atribuídas aos Entes Federados.

Por fim, “faturamento” e “receita” não se confundem, sendo este um conceito mais amplo que aquele. Nos termos da legislação que rege o Imposto sobre a Renda, as “receitas operacionais” das pessoas jurídicas são aquelas por elas auferidas em função do exercício das suas atividades principais, atividades-fins. Ainda de acordo com a legislação do Imposto sobre a Renda, as receitas financeiras, para todas as pessoas jurídicas, são consideradas operacionais.

Outrossim, as receitas financeiras são consideradas pela legislação tributária pátria como típicas – ou relacionadas ao objeto social da empresa, à sua atividade-fim em relação a todas as pessoas jurídicas, e não apenas àquelas que pertencem ao setor financeiro da economia.

Assim, uma vez que para as pessoas jurídicas que comercializam mercadorias e/ou prestam serviços não é lícita a inclusão das receitas financeiras no conceito constitucional de “faturamento”, isso igualmente não pode se verificar para as instituições financeiras, na medida em que o conceito de “faturamento”

utilizado pela Constituição Federal para fins de fixar competência tributária é único para todas as pessoas jurídicas e não pode assumir significados diversos, em função do setor de atividade do sujeito passivo que visa atingir.

Por fim, tendo em vista do conceito constitucional de faturamento compreende apenas as receitas decorrentes das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza, a tributação de receitas outras auferidas pelas instituições financeiras (como as receitas financeiras) viola frontalmente o princípio da legalidade tributária, na medida em que não há no ordenamento jurídico pátrio lei que chancele a suposta incidência.

Conclui-se, portanto, em vista do conceito constitucional de “faturamento”, pela incidência da Cofins apenas sobre as receitas auferidas pelos bancos em decorrência da prestação de serviços aos seus clientes, excluindo-se, portanto, da incidência do tributo em questão, as receitas financeiras auferidas por tais instituições financeiras.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Nelson. Direito bancário. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008;

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. PIS e COFINS: conceitos normativos de faturamento e receita. São Paulo: MP Ed., 2008;

ATALIBA, Geraldo. Hipótese de incidência Tributária. 2ª Ed. Revista dos Tribunais, 2005;

ÁVILA, Humberto. Sistema constitucional tributário. São Paulo: Saraiva, 2004.

BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. São Paulo: Forense, 2002;

BARRETO, Aires F. ISS na Constituição e na lei. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

CARRAZA, Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 19ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004;

COSTA, Alcides Jorge. Parecer elaborado em 22 de abril de 2007 em resposta a consulta elaborada pela Federação Brasileira de Bancos – FEBRABAN. Cópia extraída dos autos do Mandado de Segurança n.º 2007.05.00.005835-9, ajuizada perante a Seção Judiciária de Aracaju-SE e hoje em trâmite perante a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Parecer elaborado em 02 de abril de 2007 em resposta a consulta elaborada pela Federação Brasileira de Bancos – FEBRABAN. Cópia extraída

dos autos do Mandado de Segurança n.º 2007.05.00.005835-9, ajuizado perante a Seção Judiciária de Aracaju-SE e hoje em trâmite perante a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

FORTUNA, Eduardo. Mercado financeiro produtos e serviços. 16. ed. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2005.

GOMES, Orlando. Obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1961.

GRECO, Marco Aurélio. Parecer elaborado em 27 de março de 2007 em resposta a consulta elaborada pela Federação Brasileira de Bancos – FEBRABAN e pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro – CONSIF. Cópia extraída dos autos do Mandado de Segurança n.º 2007.05.00.005835-9, ajuizada perante a Seção Judiciária de Aracaju-SE e hoje em trâmite perante a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

JUSTEN FILHO, Marçal. O imposto sobre serviços na Constituição. São Paulo: RT, 1980.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELO, José Eduardo Soares de. ISS – aspectos teóricos e práticos. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2003.

PRICEWATERHOUSECOOPERS. Contribuições Sociais. Série Legis-Empresa; 7. São Paulo: Atlas, 2001.

VELLOSO, Andrei Pitten. Conceitos e competências tributárias. São Paulo: Dialética, 2005.