

A Cofins e a Tributação sobre as Receitas das Instituições Financeiras

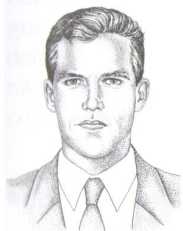
Rodrigo Caramori Petry

1. Introdução

Tema de intermináveis debates jurídicos desde há muitos anos, os conceitos tributários de “faturamento”, “receita bruta” e “receita operacional” estão intimamente envolvidos com a problemática que cerca a incidência das contribuições Cofins e PIS/Pasep.¹ O intenso questionamento da Lei nº 9.718/1998, em razão da ampliação indevida da base de cálculo das contribuições, que passou de “faturamento” para “receita bruta total” das pessoas jurídicas de direito privado, auxiliou o amadurecimento da compreensão de tais conceitos, mas não foi suficiente.²

Atualmente novos aprofundamentos sobre o tema são necessários, especialmente para solucionar questões ainda não resolvidas pela jurisprudência dos tribunais superiores, tarefa essa ultimamente em muito dificultada por abundante e recente produção legislativa, que precisa ser adequadamente interpretada e sistematizada, sob pena de favorecer equívocos e abusos do poder tributário.

O tema ganha especial relevo quando tratado sob a ótica da tributação das instituições financeiras.³ Isso porque a



Rodrigo Caramori Petry

é Professor de Direito Tributário do Centro Universitário Curitiba - UniCuritiba, Mestre em Direito Econômico e Social pela PUC/PR, Advogado e Consultor Tributário em Curitiba.

¹ Embora a “receita” ou o “faturamento” representem as duas hipóteses de incidência mais comuns para as contribuições Cofins e PIS/Pasep, devemos observar que a legislação ainda prevê como hipóteses outras 3 (três) materialidades, quais sejam: i) a “folha de salários” - hipótese exclusiva para a contribuição PIS/Pasep, e aplicável em casos bastante específicos, como, v.g., instituições sem fins lucrativos (Lei nº 9.715/1998); ii) as “receitas correntes e transferências correntes e de capital das pessoas jurídicas de direito público interno” - hipótese exclusiva para a contribuição PIS/Pasep (Lei nº 9.715/1998); iii) a “importação de bens e/ou de serviços do exterior” (Lei nº 10.865/2004). Ainda no que diz respeito às incidências sobre o “faturamento” e sobre a “receita”, podemos encontrar uma diversidade de regimes jurídicos de incidência, apuração e recolhimento, como já tivemos oportunidade de esclarecer em nosso artigo: PETRY, Rodrigo Caramori. “Os Regimes Tributários das Contribuições Cofins e PIS/Pasep - Novas Alterações e seus Contornos Constitucionais”. *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 138, pp. 96-114.

² Lembre-se que o julgamento final do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria ocorreu na análise dos Recursos Extraordinários nºs 346.084-6/PR, 390.840-5/MG, 357.950-9/RS e 358.273-9/RS (sessão plenária de 09.11.2005), onde se reconheceu por maioria de votos a inconstitucionalidade da ampliação feita na base de cálculo das contribuições pelo parágrafo 1º do art. 3º da citada Lei.

³ O art. 17, *caput*, da Lei nº 4.595/1964 assim define: “Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.”

receita principal dessas entidades, em nosso entender, não se constitui em “faturamento” no sentido estrito (receita bruta da venda de mercadorias e/ou da prestação de serviços): as “operações financeiras” em si não devem ser confundidas com a venda de mercadorias ou com prestação de serviços.⁴

Devemos lembrar ainda da diversidade de receitas auferidas pelas instituições financeiras, que podem ser basicamente de três espécies, com diversos regimes tributários em se tratando de Cofins e PIS/Pasep:

- i) receitas financeiras e assemelhadas (juros de empréstimos, ganhos cambiais etc.) - cujo conjunto forma a principal receita operacional;
- ii) receitas da prestação de serviços bancários - que também formam a receita operacional dos bancos, porém ainda são de importância secundária;
- iii) outras receitas (locação de imóveis próprios, indenizações recebidas etc.).

No presente artigo trataremos de concentrar nosso esforço de análise apenas em uma visão geral e objetiva sobre os regimes de incidência da Cofins sobre as receitas das instituições financeiras, reservando outra oportunidade para o estudo da contribuição PIS/Pasep, que possui inclusive fundamentos legais diversos.

Adotando a seguir o método da exposição histórico-evolutiva da legislação, temos a intenção de explicitar os conceitos de “faturamento”, “receita bruta” e “receita operacional” aplicáveis às instituições financeiras, e assim indicar o possível e adequado tratamento tributário. Nossa objetividade aqui será prova da ausência de pretensão em esgotar tão rico e delicado tema, tendo em mira nossas usuais limitações de espaço.

2. Ponto de Partida: a Distinção Possível entre os Conceitos de “Faturamento”, “Receita Bruta” e “Receita Operacional”

Para compreender melhor nossa proposta de estudo em torno da incidência da Cofins sobre as receitas das instituições financeiras, é necessário agora delimitar melhor as distinções possíveis entre os conceitos aqui tratados, distinções essas das quais faremos confirmação ao longo do desenvolvimento do texto, embora que de forma muito sintética.

Primeiramente, observe-se que tanto na doutrina quanto na jurisprudência pátrias o conceito tributário de “faturamento” para fins de incidência das contribuições Cofins e PIS/Pasep foi exposto por muitos como a “receita bruta da venda de mercadorias e/ou da prestação de serviços” ou também como sinônimo de “receita da atividade principal da pessoa jurídica”, na 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 uso indiscriminado e generalizante do vocábulo “faturamento” como sinônimo de “receitas resultado direto da atividade principal/objeto da pessoa jurídica” 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

⁴ Para pesquisa e aprofundamento sobre moeda e juros, veja-se: OLIVEIRA, Marcos Cavalcante de. *Moeda, Juros e Instituições Financeiras - Regime Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

da atividade principal/acessória objeto social dessas pessoas jurídicas é “faturamento”.

Lançando um breve olhar sobre a realidade econômica do País, perceberemos que a grande maioria das empresas possui efetivamente como receita da sua atividade principal a “receita bruta da venda de mercadorias e/ou da prestação de serviços” - ou seja, “faturamento”, tributável pelas contribuições Cofins e PIS/Pasep. Todavia, sabemos que existem atividades econômicas não menos importantes, porém representadas por um número muito menor de entidades, cuja natureza jurídica da principal fonte de receita não se encaixa perfeitamente ao conceito de “faturamento”.

Esse conceito - diga-se de passagem, restrito - de “faturamento”, ao qual nos referimos aqui, é aquele extraído da dicção expressa dos textos legais válidos da Cofins (LC nº 70/1991) e da contribuição PIS/Pasep (Lei nº 9.715/1995)⁵ no regime de incidência plurifásica cumulativa, qual seja: faturamento é a receita bruta da “venda de mercadorias” ou da “prestação de serviços”, apenas e tão-somente, entendidos os conceitos de “venda”, “mercadorias” e “serviços” nos termos estritamente reconhecidos com base na Constituição Federal e na legislação de direito privado.

Adotando-se essa ótica estrita do conceito de “faturamento”, concluir-se-á que determinadas atividades econômicas não geram como receita principal “faturamento”, e sim “receita de natureza diversa”, ou mais propriamente “receita operacional” (qual seja, a receita da atividade principal ou acessória que compõe o objeto da pessoa jurídica, sem qualificação específica).

Como adiantamos, um desses casos *sui generis* é o da receita da atividade de intermediação financeira dos bancos, uma vez que tal atividade econômica não implica rigorosamente “venda de mercadoria” nem “prestação de serviço”. Observe-se que esses vocábulos possuem significados determinados, não sendo meras “indicações” para interpretações que se utilizem da analogia buscando compreender todas as receitas possíveis dentro da hipótese de incidência das contribuições Cofins e PIS/Pasep enquanto incidentes sobre o “faturamento”.

Com base nessas observações, e como poderemos constatar no decorrer do texto, podemos partir das seguintes conceituações para avaliar as normas tributárias da Cofins editadas ao longo dos anos e determinar a incidência ou não-incidência dessa contribuição em relação às instituições financeiras:

- i) “faturamento” - receita bruta da venda de mercadorias e/ou da prestação de serviços: atingindo a receita dos serviços bancários;
- ii) “receita operacional” - receita bruta das atividades principais e acessórias previstas no objeto social da pessoa jurídica, e compreende o “faturamento” + “receitas operacionais” (que não da venda de mercadorias/ serviços);
- iii) “outras receitas” - receitas acessórias ou ocasionais das pessoas jurídicas, também referidas como “receitas não operacionais”;

⁵ Lembre-se que uma vez declarada pelo Judiciário a inconstitucionalidade e/ou ilegalidade da Lei nº 9.718/1998, ao contribuinte atingido pela citada decisão serão aplicadas para a incidência e cálculo da Cofins a LC nº 70/1991 e para a PIS/Pasep a Lei nº 9.715/1998.

iv) “receita bruta” - receita bruta total da pessoa jurídica, compreendendo o “faturamento” a “receita operacional” e “outras receitas”. Acaso seja qualificada (como no caso de “receita bruta da atividade x”), se circunscreve apenas ao indicado (v.g., “receita bruta das vendas de mercadorias”).

Passemos a seguir à abordagem da evolução histórico-normativa da incidência da Cofins sobre as instituições financeiras, esclarecendo a todo o tempo quanto à utilização dos vocábulos em comento.

3. A Antecedente “Contribuição ao Finsocial” e as Instituições Financeiras - o Uso dos Vocábulos “Receita Bruta” e “Receita Operacional” como Hipótese de Incidência Própria para atingir as Instituições Financeiras

3.1. Decreto-Lei nº 1.940/1982 - a incidência sobre a “receita bruta” das instituições financeiras

A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins -, instituída originalmente pela Lei Complementar nº 70/1991, foi antecedida por outro tributo incidente sobre a *receita bruta da venda de mercadorias e/ou da prestação de serviços*: era a chamada “contribuição ao Finsocial”, que incidia na verdade de forma mais ampla, sobre a *receita bruta* das empresas em geral.

Criada pelo Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio de 1982, a extinta “contribuição ao Finsocial” (entendida na verdade como uma espécie de “imposto” pelo STF)⁶ era aplicada de forma diferenciada para as empresas industriais/comerciais, instituições financeiras e seguradoras em relação às empresas exclusivamente de serviços, o que a aproximava do modelo adotado na mesma época para a incidência da “contribuição PIS/Pasep”. Pelo modelo adotado para a contribuição ao Finsocial, as empresas exclusivamente de serviços recolhiam a contribuição sobre o imposto de renda devido, com alíquota de 5%.

Observe-se que as instituições financeiras eram tributadas no mesmo regime aplicado às empresas industriais e comerciais.⁷ Para tanto, a legislação da época fixou como hipótese de incidência da “contribuição ao Finsocial” a chamada “receita bruta”, o que se pode entender pelo conjunto total das receitas advindas da atividade da pessoa jurídica. A base de cálculo correspondia ao montante da receita bruta da atividade, sobre a qual foi fixada alíquota de 0,5%.⁸

Nesse caso, observe-se que o Decreto-Lei nº 1.940/1982 não utilizou o vocábulo “faturamento”. Já a legislação da contribuição PIS/Pasep (LC nº 7/1970), pelo contrário, determinou como hipótese de incidência da contribuição o “faturamento”, mas apenas aplicável para as empresas industriais e comerciais (que auferem fundamentalmente “faturamento” pela venda de mercadorias), ficando as institui-

⁶ Vide julgamento proferido pelo Pleno do STF, no RE nº 103.778-4/DF, em 18.09.1985.

⁷ “Art. 1º (...) § 1º A contribuição social de que trata este artigo será de 0,5% (meio por cento), e incidirá sobre a receita bruta das empresas públicas e privadas que realizam venda de mercadorias, bem como das instituições financeiras e das sociedades seguradoras.”

⁸ Posteriormente, o Decreto-Lei nº 2.397/1987 previu um adicional de alíquota em 0,1% para vigorar apenas no exercício de 1988, razão pela qual a alíquota da contribuição passou naquela ocasião a ser de 0,6%. Mais tarde haveriam sucessivas majorações, previstas nas Leis nºs 7.787/1989, 7.894/1989 e 8.147/1990: 1% (a partir de 1º.09.1989); 1,2% (a partir de fevereiro de 1990) e 2% (a partir de março de 1991), até a substituição pela Cofins.

ções financeiras e as empresas exclusivamente de serviços com o regime de incidência da contribuição PIS/Pasep sobre o imposto de renda (“PIS-repique”).

3.2. Decreto-Lei nº 2.397/1987 - a incidência sobre as “receitas operacionais” das instituições financeiras

O Decreto-Lei nº 2.397, editado em 21 de dezembro de 1987, além de trazer alterações na legislação da contribuição PIS/Pasep, também modificou a redação do art. 1º do Decreto-Lei nº 1.940/1982, para o fim de explicitar melhor a composição da hipótese de incidência e da base de cálculo da contribuição ao Finsocial devida pelas instituições financeiras e seguradoras, diferenciando-a conceitualmente daquela aplicável às empresas industriais e comerciais.⁹

Nesse sentido, observe-se a relevante distinção que o Decreto-Lei nº 2.397/1987 fez entre:

- i) “receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços” (faturamento) - expressão utilizada para representar a hipótese de incidência da contribuição ao Finsocial devida pelas pessoas jurídicas em geral; e
- ii) “rendas e receitas operacionais” - expressão utilizada para representar a hipótese de incidência aplicável às instituições financeiras e semelhantes.

Parece-nos que essa clara distinção formulada pela redação do Decreto-Lei nº 2.397/1987 entre os vocábulos utilizados para representar as receitas das atividades das instituições financeiras (“receitas operacionais”), diferenciando-as em relação às receitas das empresas industriais, comerciais e de serviços (“receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços”), serve para fundamentar a idéia de que o conceito de “faturamento” deve ser entendido em sentido estrito.

Observe-se que essa interpretação parte também da etimologia costumeira e legal da palavra, pois “faturamento”, como se sabe, deriva do ato de emitir “faturas”, ou seja, documentos que comprovem vendas de mercadorias ou prestação de serviços. Nesse sentido, veja-se a redação original da Lei da Duplicata (Lei nº 5.474/1968), quando trata da fatura na venda comercial ou na prestação de serviço, especificamente em seus arts. 1º e 20. Mesmo antes disso, veja-se a referência à fatura como resultado de ato de comércio, constante no art. 219 do Código Comercial de 1850.¹⁰

⁹ Veja-se a redação trazida pelo Decreto-Lei nº 2.397/1987 ao Decreto-Lei nº 1.940/1982:

“Art. 1º (...) § 1º A contribuição social de que trata este artigo será de 0,5% (meio por cento) e incidirá mensalmente sobre:

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;
 b) as *rendas e receitas operacionais das instituições financeiras e entidades a elas equiparadas, permitidas as seguintes exclusões*: encargos com obrigações por refinanciamentos (...);
 c) as receitas operacionais e patrimoniais das sociedades seguradoras e entidades a elas equiparadas.” (grifos nossos)

¹⁰ Artigo esse atualmente revogado pela Lei nº 10.406/2002 (Novo Código Civil). O extinto art. 219 fazia parte do Título VII (“Da Compra e Venda Mercantil”), da Parte Primeira, do Código Comercial. Sua redação original era a seguinte: “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 se declarando na *fatura* o prazo do pagamento, presume-se que a compra foi à vista (art. 137). As *faturas* sobreditas, não sendo reclamadas pelo vendedor ou comprador, dentro de 10 (dez) dias subsequentes à entrega e recebimento (art. 135), presumem-se contas líquidas.”

Ou seja, desde há muito tempo, o conceito “faturamento” só pode dizer respeito à “receita bruta da venda de mercadorias e/ou da prestação de serviços”. É de maior relevância observar que foi esse conceito estrito de “faturamento” (Decreto-Lei nº 2.397/1987) o conceito incorporado pela Constituição Federal de 1988 para fixar a norma de competência para instituição da Cofins (art. 195, I, em sua redação original), como veremos no próximo item.

4. A Norma de Competência da Cofins na Redação Original da Constituição de 1988 (art. 195, I): “Faturamento” como Hipótese Possível à Incidência da Cofins - o Conceito Constitucionalizado

A Constituição, promulgada em 5 de outubro de 1988, trouxe em seu art. 195, I, a previsão da norma de competência da contribuição Cofins. Tal norma previu a possibilidade de incidência da contribuição sobre o “faturamento”, e, assim fazendo, constitucionalizou esse conceito na forma que a legislação o definia àquela época.

Lembre-se que ao definir competências tributárias, a Constituição indica para a maior parte dos tributos quais as hipóteses de incidência possíveis, e, para tanto, indica conceitos. Para fixar o significado de tais conceitos, as normas de competência constitucionalizam as definições legais ou extralegais vigentes à época do surgimento da Constituição.

Assim sendo, o art. 195, I, da Constituição de 1988 em sua redação original albergou o conceito de “faturamento” existente à época e interpretado a partir de uma releitura das definições legais do Código Comercial (art. 219 da Lei nº 556/1850), da Lei nº 5.474/1968 e sobretudo do Decreto-Lei nº 2.397/1987, dentre outras fontes.

E como se pode facilmente concluir, esse conceito estrito de “faturamento” não compreende as receitas operacionais mais vultosas das instituições financeiras, ou seja, as receitas de intermediação financeira, pois o “faturamento” dessas entidades só pode ser representado pela receita da prestação de serviços bancários.

5. A Instituição da Contribuição sobre o “Faturamento” (Cofins) pela LC nº 70/1991 Acompanhada de Isenção para as Instituições Financeiras - Reforço à Tese do Conceito Estrito de “Faturamento”

Em data de 30 de dezembro de 1991, veio a lume a Lei Complementar nº 70, para instituir a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins - com base no art. 195, I, da Constituição de 1988. A LC nº 70/1991 fixou como hipótese de incidência da contribuição “auferir faturamento”, ou seja, a receita bruta das vendas de mercadorias e/ou da prestação de serviços,¹¹ tendo como sujeitos passivos as pessoas jurídicas em geral. Como base de cálculo, foi determinado o montante do “faturamento”.

¹¹ “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.”

As instituições financeiras e demais previstas no parágrafo 1º do art. 22 da Lei nº 8.212/1991¹² foram contempladas com “isenção” da contribuição Cofins, conforme fixado no art. 11 da LC nº 70/1991.

Lembre-se que os bancos possuem basicamente três espécies de receita: i) as receitas auferidas com prestação de serviços bancários (enquadráveis no conceito de “faturamento” em sentido estrito); ii) as receitas financeiras e assemelhadas (que compreendemos fora do conceito de “faturamento”); iii) outras receitas (também fora do conceito de “faturamento”).

Se considerarmos o conceito estrito de “faturamento” como orientador da incidência da Cofins, a isenção constante no art. 11 da LC nº 70/1991 não seria necessária para impedir a incidência da contribuição sobre as receitas financeiras dos bancos, somente servindo para isentar as receitas advindas da prestação de serviços bancários, que na verdade representam uma parcela proporcionalmente muito pequena da receita total dos bancos.

A isenção da Cofins aos bancos pela LC nº 70/1991, ao que nos parece, foi genericamente atribuída, ou seja, sem distinguir as receitas beneficiadas, também como fruto do cuidado do legislador em evitar discussões sobre a matéria, tendo em vista não restar ainda perfeitamente clara a distinção entre os conceitos de “faturamento” e “receita operacional” naquela época.

Concluimos assim que, adotado o conceito estrito de “faturamento”, as “receitas operacionais” principais das instituições financeiras, antes tributadas pela contribuição ao Finsocial (vide Decreto-Lei nº 2.397/1987), não seriam alcançadas pela incidência da Cofins enquanto incidente sobre o “faturamento”, mesmo que a LC nº 70/1991 não houvesse previsto a referida isenção.

Estaríamos, em verdade, frente a uma hipótese de não-incidência, ou seja, a receita financeira dos bancos seria fato econômico simplesmente não atingido pela Cofins, enquanto contribuição incidente apenas sobre o “faturamento” das pessoas jurídicas (receita bruta da venda de mercadorias e/ou da prestação de serviços).

Observe-se ainda que essa “isenção” da Cofins em benefício das instituições financeiras e demais pessoas previstas no parágrafo 1º do art. 22 da Lei nº 8.212/1991 foi vinculada ao correspondente aumento da alíquota da Contribuição Social sobre o Lucro (CSL), como previsto no art. 11 da LC nº 70/1991.¹³

É interessante notar o papel complementar que exercem reciprocamente as contribuições à seguridade social, enquanto incidentes sobre a “folha de salários”, o “faturamento” e o “lucro” (na redação original do art. 195, I, da Constituição),¹⁴ e

¹² Tanto na redação original da Lei nº 8.212/1991 quanto na redação dada pela Lei nº 9.876, de 26 de novembro de 1999 (atualmente em vigor), são as seguintes pessoas: i) bancos comerciais, de investimentos, ou de desenvolvimento; ii) caixas econômicas; iii) sociedades de crédito, financiamento e investimento; iv) sociedades de crédito imobiliário; v) sociedades corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários; vi) empresas de arrendamento mercantil; vii) cooperativas de crédito; viii) empresas de seguros privados e de capitalização; ix) agentes autônomos de seguros privados e de crédito; x) entidades de previdência privada abertas e fechadas.

¹³ Com essa majoração, a alíquota da CSL passou então de 15% (Lei nº 8.114/1990) para 23% (LC nº 70/1991).

¹⁴ Acreditamos que mesmo após a inserção da “receita” como hipótese possível à Cofins, vide nova redação do art. 195, I, dada pela Emenda Constitucional nº 20/1998, esse papel complementar entre as contribuições sociais ali previstas continua presente. Assim sendo, ainda atualmente as fontes “folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos à pessoa física”, “receita”, “faturamento” e “lucro” são complementares, buscando atingir como financiadores

que aqui nos auxilia a compreender inclusive pela não-incidência da Cofins sobre as receitas financeiras dos bancos.

Aprofundemos o raciocínio. Visando garantir a equidade na participação do custeio da seguridade social, a base de incidência das contribuições sociais é diversificada conforme orientação do art. 194, incisos V e VI da Constituição.¹⁵ Tal diversificação permite que fundamentalmente todas as atividades econômicas contribuam para o custeio da seguridade, seja recolhendo contribuição sobre uma, duas ou sobre as três fontes básicas de incidência: “folha de salários”, “faturamento” e “lucro” (na redação original do art. 195, I da Constituição).

Assim sendo, caso determinada atividade econômica não seja atingida pela hipótese de incidência de determinada contribuição (v.g., no caso dos bancos - cuja atividade principal não auferir “faturamento” e, portanto, não está submetida à Cofins), pode tal atividade ser onerada mais pesadamente por outra contribuição (v.g., contribuição sobre o lucro dos bancos), o que nos parece prestar homenagem à exigência constitucional de equidade na participação do custeio da seguridade social.

6. A Lei nº 9.718/1998 (Conversão da MP nº 1.724/1998) - a Revogação da Isenção da Cofins sobre o “Faturamento” das Instituições Financeiras e a Ampliação da Hipótese de Incidência (de “Faturamento” para “Receita Total”)

6.1. Os efeitos da Lei nº 9.718/1998 em relação à tributação das receitas das instituições financeiras pela Cofins e o conceito estrito de “faturamento”

Em 27 de novembro de 1998, foi instituída a Lei nº 9.718 (conversão da MP nº 1.724/1998), que ampliou a base de cálculo da Cofins das pessoas jurídicas em geral, passando-a de “faturamento” entendido como a receita bruta da venda de mercadorias e/ou de serviços, para “receita bruta” entendida *como toda e qualquer receita, independente da atividade da pessoa jurídica, denominação da receita ou sua classificação contábil*.

Sempre partindo do ponto de vista do conceito estrito de “faturamento”, repisamos agora as três espécies básicas de receitas que identificamos em relação aos bancos: i) receitas auferidas com prestação de serviços bancários (enquadráveis no conceito de “faturamento” em sentido estrito, porém isentas da Cofins pelo art. 11 da LC nº 70/1991); ii) receitas financeiras e assemelhadas (não sujeitas à incidência da Cofins com base na LC nº 70/1991); iii) outras receitas (também não sujeitas à incidência da Cofins com base na LC nº 70/1991).

Analisando cuidadosamente o texto da Lei nº 9.718/1998, vemos que a nova lei modificou o regime tributário dos bancos em relação às três espécies de receitas que auferem (acima apontadas), passando a submeter todas elas à incidência da Cofins, senão vejamos:

da seguridade social um grande número de sujeitos passivos, envolvidos com as mais diversas atividades econômicas.

¹⁵ “Art. 194. (...) Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: (...) V - equidade na forma de participação no custeio; VI - diversidade da base de financiamento.”

i) o art. 2º da Lei nº 9.718/1998 reformulou a descrição da hipótese de incidência da Cofins sobre o “faturamento”, em redação quase idêntica àquela constante da LC nº 70/1991, porém, ao não ressaltar a isenção antes concedida às instituições financeiras no que toca ao seu “faturamento” (receita de serviços bancários), revogou-a implicitamente;¹⁶

ii) o parágrafo 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998 tratou de ampliar a hipótese de incidência da Cofins, de “faturamento” para “receita total”, compreendendo agora também as receitas financeiras e assemelhadas, assim como todas as demais receitas auferidas pelas instituições financeiras.¹⁷

A Lei nº 9.718/1998, admitindo agora a incidência da Cofins sobre as receitas financeiras dos bancos, inclusive previu, no parágrafo 5º de seu art. 3º, que as instituições financeiras teriam, para efeito de cálculo da Cofins sobre suas receitas financeiras, as mesmas exclusões e deduções da base de cálculo já permitidas para a contribuição PIS/Pasep enquanto incidente sobre a “receita operacional” dos bancos, com base na Lei nº 9.701/1998.¹⁸

6.2. A MP nº 1.807/1999 - diminuição da alíquota da contribuição sobre o lucro dos bancos - compensação pela incidência da Cofins (Lei nº 9.718/1998)

A substancial majoração da carga tributária das instituições financeiras causada pela ampliação da incidência da Cofins pela Lei nº 9.718/1998 - vigente a partir de 1º de fevereiro de 1999 - foi minorada com a edição da Medida Provisória nº 1.807 em 28 de janeiro de 1999, e que em seu art. 7º previu a diminuição da alíquota da Contribuição Social sobre o Lucro (CSL) incidente sobre essas instituições, que passou de 18% para 8% já a partir de 1º de janeiro de 1999.¹⁹ A MP nº 1.807/1999 também previu novas adições e exclusões da base de cálculo da Cofins em relação às instituições financeiras e outras do parágrafo 1º do art. 22 da Lei nº 8.212/1991.

Portanto, do ponto de vista do custeio da seguridade social, a diminuição da contribuição social sobre o lucro das instituições financeiras serviu como forma de compensar a incidência da Cofins sobre as receitas dessas entidades. Ficou demons-

¹⁶ Veja-se, nesse sentido, o teor do art. 2º da Lei nº 9.718/1998, *in verbis*: “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.”

A revogação da isenção dos bancos foi, portanto, implícita, nos termos do parágrafo 1º, *in fine*, do art. 2º da Lei de Introdução do Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/1942), *in verbis*: “Art. 2º (...) § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.” (grifo nosso) Notamos que revogações implícitas devem ser a todo modo evitadas, pois são contrárias à idéia de clareza e objetividade das leis, e que é diretriz central da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998 (Lei complementar que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, nos termos do art. 59 da Constituição de 1988).

¹⁷ Eis o teor do citado dispositivo da Lei nº 9.718/1998: “Art. 3º (...) § 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.”

¹⁸ “Art. 3º (...) § 5º Na hipótese das pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 [instituições financeiras e outras], 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.” (explicitação entre colchetes)

¹⁹ A MP nº 1.807/1999 foi reeditada inúmeras vezes, terminando sua última reedição como MP nº 2.158-35/2001, “fossilizada” por força da Emenda Constitucional nº 32/2001.

trada, mais uma vez, a complementaridade de incidência que exercem mutuamente as contribuições sociais elegidas como fontes primordiais da seguridade social no art. 195, I, da Constituição de 1988, como exigência da equidade na forma de participação no seu custeio.²⁰

6.3. A declaração de inconstitucionalidade do parágrafo 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998 pelo STF - efeitos em relação às instituições financeiras

O Supremo Tribunal Federal, por meio de sua composição plenária, em sessão datada de 09.11.2005, declarou inconstitucional o parágrafo 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998 no julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 346.084-6/PR, 390.840-5/MG, 357.950-9/RS e 358.273-9/RS. No julgamento, ficou declarada a ilegitimidade da ampliação feita pelo citado dispositivo na base de cálculo da Cofins, de “faturamento” para atingir a “receita bruta total”, por não ter amparo no art. 195, I, da Constituição de 1988 em sua redação original.²¹

Os julgamentos em referência foram proferidos em sede de controle difuso de constitucionalidade, gerando efeitos apenas *inter partes*. De qualquer forma, ficou reconhecido um precedente favorável às demais pessoas jurídicas não envolvidas nos recursos apontados acima, e que se interessem em excluir da incidência da Cofins as receitas que não se encaixem no conceito de “faturamento” (receita bruta da venda de mercadorias e/ou de serviços).²² Cabe-nos aqui investigar os efeitos desse julgamento no que diz respeito às instituições financeiras.

a) A não-incidência da Cofins sobre as receitas financeiras ou outras receitas das instituições financeiras em face do conceito estrito de “faturamento”

Acreditamos que o precedente construído pelo julgamento, no STF, dos Recursos Extraordinários nºs 346.084-6/PR, 390.840-5/MG, 357.950-9/RS e 358.273-9/RS, serve inclusive às instituições financeiras, especialmente no que diz respeito à ilegitimidade da incidência da Cofins sobre outras receitas, que não poderiam ser atingidas pela ampliação inconstitucional realizada pelo parágrafo 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998. E mais: as receitas financeiras dos bancos também deveriam ser excluídas com base no precedente citado, se considerarmos o conceito estrito de “faturamento”.

Alertamos, porém, que a amplitude do conceito estrito de “faturamento” não foi alvo de profundas e exaustivas considerações por parte do Pretório Excelso na ocasião em que julgou os Recursos acima indicados, uma vez que as pessoas envolvidas nos recursos tinham como em seus objetos sociais apenas atividades cujas receitas se encaixavam no conceito estrito de “faturamento”.²³ É, portanto, ainda o caso

²⁰ Como já ressaltamos, é a orientação do art. 194, incisos V e VI da Constituição de 1988.

²¹ Lembre-se que o citado julgamento também declarou inconstitucional a ampliação da base de cálculo da contribuição PIS/Pasep, porém por diversos fundamentos.

²² Os reflexos da inconstitucionalidade do parágrafo 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998 são amplos. Não temos a pretensão de abordar todos esses reflexos no presente artigo, quiçá o faremos em outro estudo.

²³ Assim, no julgamento aludido, não houveram maiores dificuldades na compreensão da diferença entre “receita total” e “faturamento”: tanto um conceito amplo quanto um conceito estrito de “faturamento” permitiriam a exclusão da Cofins sobre as “outras receitas” auferidas por aquelas pessoas jurídicas.

de aguardarmos o pronunciamento definitivo dos Ministros do STF acerca da adoção do conceito “estrito” de faturamento, aqui defendido.²⁴

Lembramos por último que o precedente do STF acima citado não tem utilidade para combater a incidência da Cofins sobre as receitas de serviços bancários, pois essas passaram a ser legitimamente tributadas em face do art. 2º da Lei nº 9.718/1998 (não declarado inconstitucional pelo STF), e que revogou implicitamente a isenção antes concedida sobre o “faturamento” das instituições financeiras pela LC nº 70/1991.

b) A tese que defende a ocorrência de “efeito repristinatório” à isenção da Cofins sobre o “faturamento” (receita de serviços) das instituições financeiras como fixado na LC nº 70/1991 - inconsistência

Tendo por base o julgamento do STF pela inconstitucionalidade do parágrafo 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998 no que ampliou indevidamente a base de cálculo da Cofins de “faturamento” para “receita total”, temos visto comentários de alguns juristas no sentido de reconhecer em tal declaração de inconstitucionalidade um “efeito repristinatório”²⁵ para a isenção antes concedida sobre o “faturamento” das instituições financeiras pelo art. 11 da LC nº 70/1991.

Ou seja, alguns defendem que, em face da declaração de inconstitucionalidade do parágrafo 1º do art. 3º, a isenção da Cofins sobre o “faturamento” (receita de serviços) das instituições financeiras, prevista originalmente no art. 11 da LC nº 70/1991, retornaria a vigorar como se nunca houvesse sido revogada pela Lei nº 9.718/1998.²⁶

Essa tese - pelo “efeito repristinatório” da inconstitucionalidade do parágrafo 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998 - derivaria da concepção, de larga data albergada no Supremo Tribunal Federal, de que toda norma inconstitucional é nula, não podendo em regra gerar efeitos (no futuro ou no passado), como, por exemplo, a revogação de normas anteriores.²⁷

²⁴ No citado julgamento, o Pretório Excelso não precisou adentrar na dimensão material dos subconceitos de “venda de mercadorias” e “prestação de serviços” para compor o conceito de “faturamento”, hipótese de incidência adequada às contribuições no caso *sub judice*. Bastou aos Ministros explicitar o que o Tribunal já entendia (há muito tempo) sobre a efetiva diferença entre os conceitos de “faturamento” e “receita bruta”, entendido aquele como a “receita bruta da venda de mercadorias e/ou da prestação de serviços”, e este como a “receita bruta total” da pessoa jurídica. O STF, ao julgar a ampliação feita pela Lei nº 9.718/1998 no conceito de “faturamento”, solucionou a questão a partir de um enfoque mais aberto, compreendendo no “faturamento” a “receita bruta da atividade principal objeto da pessoa jurídica”, mas o fez partindo do pressuposto de que as pessoas jurídicas que pleitearam a inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/1998 nos Recursos Extraordinários nºs 346.084-6/PR, 390.840-5/MG, 357.950-9/RS e 358.273-9/RS tinham como objeto social, ou seja, principal atividade econômica, a venda de bens/mercadorias e/ou a prestação de serviços.

Portanto, não foram objeto dos debates no STF as situações *sui generis*, como a das pessoas jurídicas que auferem receitas que não se encaixam no conceito estrito de “faturamento”, ou seja, que não correspondem à receita bruta da venda de mercadorias e/ou da prestação de serviços, como é o caso das receitas financeiras dos bancos.

²⁵ Sobre “efeito repristinatório” em matéria tributária, veja-se: PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade em Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2002, pp. 105-106.

²⁶ Para aqueles que acreditam que as receitas financeiras dos bancos poderiam ser atingidas pelo conceito de “faturamento” (em uma pretensa “acepção ampla”), o efeito repristinatório aqui em comento também teria o condão de excluir da incidência da Cofins as receitas financeiras dos bancos.

²⁷ Não olvidamos, porém, da possibilidade, inclusive prevista expressamente pelo art. 27 da Lei nº 9.868/1999, de o STF restringir excepcionalmente os efeitos da decisão de inconstitucionalidade de determinada norma.

Com o devido respeito às opiniões contrárias, no caso em tela discordamos do aludido “efeito repristinatório”. Com isso, não estamos negando que a declaração de inconstitucionalidade (seja ela operada em controle concentrado ou controle difuso) possa gerar o chamado “efeito repristinatório”, permitindo a continuidade da vigência dos dispositivos legais antes revogados pela norma declarada inconstitucional,²⁸ e sim apenas entendemos que a declaração de inconstitucionalidade do parágrafo 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998 não tem o condão de gerar o aludido efeito em relação à isenção da Cofins sobre o “faturamento” das instituições financeiras.

Nossa crença é motivada por uma constatação simples, já explicitada anteriormente: não foi o parágrafo 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998 que revogou a isenção da Cofins concedida às instituições financeiras, e sim o art. 2º da citada Lei, que ao redesenhar a hipótese de incidência da contribuição sobre o “faturamento”, não cuidou de ressaltar essa isenção. E o art. 2º da Lei nº 9.718/1998 não foi julgado inconstitucional pelo STF, restando, portanto, realmente revogada a isenção da Cofins sobre o “faturamento” das instituições financeiras como instituída pelo art. 11 da LC nº 70/1991.

Porém, observe-se que a revogação dessa isenção antes concedida para as instituições financeiras gera como efeito apenas a possibilidade de cobrança da Cofins sobre o “faturamento” das mesmas, ou seja, somente sobre as receitas de serviços bancários. As receitas financeiras e as demais receitas dessas instituições, em face do conceito estrito de “faturamento”, não podem ser atingidas pela Cofins, desde que se reconheça a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998, como já explicitamos.

7. A EC nº 20/1998 e a Ampliação da Norma de Competência da Cofins no art. 195, I (de “Faturamento” para “Receita”) - Irretroatividade impede Validação da Inconstitucional Lei nº 9.718/1998

Passados 18 (dezoito) dias da publicação da Lei nº 9.718, foi publicada, em 16 de dezembro de 1998, a Emenda Constitucional nº 20, para efeito de modificar a redação do art. 195, I, ou seja, a norma de competência da Cofins que limitava sua possível incidência ao “faturamento”. A EC nº 20/1998 ampliou a norma de competência do art. 195, I, que passou a autorizar a incidência da Cofins sobre a “receita ou o faturamento”. Como reconhecido pelo STF,²⁹ a Emenda nº 20/1998 não po-

²⁸ O “efeito repristinatório” a que aludimos aqui não se confunde com a chamada “repristinação”, vedada em regra pelo parágrafo 3º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/1942), *in verbis*: “§ 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.” O que denominamos de “efeito repristinatório” é resultado da declaração de inconstitucionalidade, que, ao atribuir nulidade à norma inconstitucional, permite a continuidade da vigência da norma anterior, antes revogada pela norma inconstitucional. O STF (ADIn nº 2.574-1/AP) e o STJ (EDREsp nº 445.455/BA) já pacificaram entendimento no sentido de compreender o “efeito repristinatório” como simples decorrência natural da nulidade da norma inconstitucional. Aliás, tal efeito é reconhecido inclusive legalmente, no caso de medidas cautelares em ações diretas de inconstitucionalidade, conforme disposto no parágrafo 2º do art. 11 da Lei nº 9.868/1999 (“lei das ações diretas”), *in verbis*: “Art. 11. (...) § 2º A concessão da medida cautelar [pela inconstitucionalidade da norma] torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.” (explicitamos entre colchetes)

²⁹ Vide julgamento dos REs nºs 346.084-6/PR, 390.840-5/MG, 357.950-9/RS e 358.273-9/RS.

deria retroagir para convalidar a já inconstitucional ampliação de incidência da Cofins realizada pelo parágrafo 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998 (vide subitem “6.3” anterior).

8. A EC nº 33/2001 e a Repetição da Ampliação da Norma de Competência da Cofins (de “Faturamento” para “Receita”) - Impossibilidade de validar a Inconstitucionalidade do parágrafo 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998

Três anos após a edição da EC nº 20/1998 foi editada a Emenda Constitucional nº 33, de 11 de dezembro de 2001.³⁰ Tal Emenda, dentre outras alterações no texto constitucional, inseriu novos dispositivos no art. 149, artigo este que representa a matriz constitucional de competência de todas as contribuições especiais, dentre as quais se destacam as “contribuições sociais”, grupo formado pelas contribuições Cofins, PIS/Pasep, e outras.

Pela redação introduzida no art. 149 da Constituição pela EC nº 33/2001, podemos afirmar que ocorreu uma ampliação da norma de competência matriz das contribuições “sociais”, e especialmente em relação à Cofins repetiu-se a ampliação da hipótese de incidência possível à contribuição, que passou de “faturamento” para compreender também a “receita” entendida como “receita bruta total”.

Tal ampliação já havia sido realizada no art. 195, I, por força da Emenda nº 20/1998, porém, com a redação dada ao art. 149 pela EC nº 33/2001, a regulamentação/efetivação dessa ampliação passou a ser possível inclusive mediante medida provisória, tendo em vista a alteração do limite imposto pelo art. 246 da Constituição pela EC nº 32/2001.³¹

Mas assim como a EC nº 20/1998 não pode retroagir para validar a inconstitucional ampliação feita pela Lei nº 9.718/1998, também a EC nº 33/2001 não gera efeito algum no sentido de validar a inconstitucionalidade perpetrada pelo parágrafo 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998 (vide subitem “6.3” anterior).

9. A Lei nº 10.684/2003 (MP nº 107/2003) e a Majoração da Alíquota da Cofins para as Instituições Financeiras - Aplicação Limitada ao “Faturamento” (Receita de Serviços) em face de seu Conceito Estrito

Em data de 10 de fevereiro de 2003, foi editada a MP nº 107, e que ao ser convertida na Lei nº 10.684/2003 (DOU de 31.05.2003) passou a prever majoração da alíquota da Cofins devida pelas instituições financeiras, que passou de 3% (três por cento) para 4% (quatro por cento), com aplicação a partir de 29.08.2003.³² Em se adotando o conceito estrito de “faturamento”, essa majoração da alíquota da Cofins

³⁰ Publicada no DOU de 12.12.2001.

³¹ Eis a redação dada pela EC nº 32/2001 ao citado artigo: “Art. 246. É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta Emenda [nº 32, de 11.09.2001], inclusive.” (grifo nosso, explicitação entre colchetes)

³² Conforme previu o art. 29, III, da Lei nº 10.684/2003, em obediência à anterioridade nonagesimal própria das contribuições sociais (vide parágrafo 6º do art. 195 da Constituição).

só atinge o “faturamento” dos bancos, qual seja: a receita bruta da prestação de serviços bancários, que pode ser tributada pela contribuição em face do art. 2º da Lei nº 9.718/1998, que revogou a isenção antes dada pelo art. 11 da LC nº 70/1991.

10. A Majoração da Hipótese de Incidência/Base de Cálculo da Cofins (de “Faturamento” para “Receita Total”) a partir da Lei nº 10.833/2003 (MP nº 135/2003) não atinge as Instituições Financeiras

Em 30 de outubro de 2003, o Governo Federal editou a Medida Provisória nº 135. Uma das importantes alterações trazidas pela MP se consubstanciou na instituição de um regime de incidência plurifásica não cumulativa para a Cofins. Tal regime passou a ser aplicado como regra geral, atingindo a maior parte das pessoas jurídicas sujeitas à incidência da contribuição.

Ao instituir o citado regime de incidência plurifásica não cumulativa da Cofins, o art. 1º da MP nº 135/2003 determinou que a hipótese de incidência (“fato gerador”) e a base de cálculo da Cofins em tal regime é o “faturamento”, porém entendido o “faturamento” como a “receita total” da pessoa jurídica. A MP nº 135/2003 foi convertida, com algumas modificações, na Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003. A hipótese de incidência e a base de cálculo da contribuição PIS/Pasep continuaram com a mesma definição antes prevista na MP nº 135/2003, agora vertidos no *caput* do art. 1º e seus parágrafos 1º e 2º da Lei nº 10.833/2003.

Porém, essa hipótese de incidência fixada para a Cofins pela Lei nº 10.833/2003 (“faturamento” entendido como “receita total”) simplesmente não se aplica às instituições financeiras, pois foram estas excepcionadas do regime de incidência plurifásica não cumulativa da Cofins.

A essas instituições continuou aplicável o regime de incidência plurifásica cumulativa, regido fundamentalmente pelos dispositivos da Lei nº 9.718/1998 que não foram julgados inconstitucionais pelo STF, com exclusão, portanto, do parágrafo 1º do art. 3º da citada Lei. Por essa razão, reportamo-nos aos comentários realizados nos itens precedentes, para concluir: sob a ótica do conceito estrito de “faturamento”, os bancos só estão sujeitos à incidência da Cofins sobre a receita dos serviços bancários, atualmente com alíquota de 4% (vide Lei nº 10.684/2003), devendo restar excluídas as receitas financeiras e outras receitas.

11. A Lei nº 11.196/2005 (Conversão da MP nº 255/2005) - Novas Regras sobre a Base de Cálculo da Cofins não possibilitam fundamentar sua Incidência sobre a “Receita Financeira” dos Bancos em Virtude da Aplicação do Conceito Estrito de “Faturamento”

Em data de 15 de junho de 2005, foi editada a MP nº 252, que, além de diversas outras modificações na legislação tributária, previu novas regras sobre a formação da base de cálculo da Cofins e também da contribuição PIS/Pasep devidas pelas instituições financeiras no caso de atividades em mercados de liquidação futura.

Entretanto, a MP nº 252/2005 perdeu sua eficácia em virtude de não ter sido aprovada e convertida em lei em tempo hábil pelo Congresso Nacional. Então o Governo buscou compor com os congressistas a possibilidade de reinserir os dispositivos antes previstos no texto da extinta MP nº 252/2005 por ocasião da vota-

ção e conversão em lei de outra medida provisória, a MP nº 255/2005, que tratava de outras questões tributárias.

A iniciativa governamental obteve êxito, e a conversão em lei da MP nº 255/2005 (Lei nº 11.196/2005) trouxe novamente à vigência os dispositivos antes previstos na extinta MP nº 252/2005.

A essa altura alguns poderiam indagar se essa modificação trazida atualmente pela Lei nº 11.196/2005, atingindo algumas regras relativas à formação da base de cálculo da Cofins sobre as receitas das instituições financeiras, poderia servir para fazer as vezes do parágrafo 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998, porém de forma regular, já com base na norma de competência ampliada da contribuição (EC nº 33/2001)³³ e que permitiria sua incidência sobre a receita financeira dos bancos e não mais apenas sobre o “faturamento” (entendido em sentido estrito).

Respondemos pela negativa, e justificamo-nos ao observar a insuficiência das normas trazidas pela Lei nº 11.196/2005 para compor um regime próprio de incidência da contribuição Cofins sobre a receita financeira dos bancos.

As normas em questão apenas explicitam quanto à forma de apuração da incidência da contribuição enquanto incidente sobre receitas derivadas de operações em mercados de liquidação futura, normas portanto paralelas à disciplina central prefixada pela Lei nº 9.718/1998. Sendo normas acessórias e complementares desse regime, deverão seguir aqui a sorte do principal: se aplicado o adequado conceito estrito de “faturamento” para fins de incidência da Cofins, as receitas financeiras e assemelhadas auferidas pelos bancos não podem ser atingidas por esse tributo, visto que o parágrafo 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998 é inconstitucional, como declarado pelo STF.

12. Conclusões

De todo o exposto, julgamos ter levantado fundamentadas razões para crer que atualmente a Cofins não deve incidir sobre as “receitas financeiras” das instituições bancárias e assemelhadas, nem sobre “outras receitas” (ditas “não operacionais”). Resta autorizada a incidência da Cofins apenas sobre o “faturamento” dessas entidades, que corresponde no caso apenas à receita bruta da prestação de serviços bancários.

Essas conclusões derivam da compreensão do conceito de “faturamento”, definido pela legislação tributária e albergado pela Constituição de 1988 ao definir as normas de competência da Cofins. Esse conceito estrito de faturamento ainda não foi devidamente aprofundado pelo STF, pois no julgamento dos RE nºs 346.084-6/PR, 390.840-5/MG, 357.950-9/RS e 358.273-9/RS as questões foram resolvidas sob a ótica de pessoas jurídicas que possuem como receita da atividade principal a venda de mercadorias e a prestação de serviços, ou seja, o “faturamento”, em sentido estrito.

³³ Lembramos que devido ao limite contido no art. 246 da Constituição, a EC nº 20/1998 não poderia servir como base para a hipótese de qualquer “regulamentação” por lei originada de medida provisória.

De qualquer forma, observa-se que, caso se dê às palavras o seu verdadeiro sentido técnico, atendendo inclusive à linha jurisprudencial exposta pelo STF em diversas oportunidades ao analisar as normas de competência tributária, pendemos a concluir que o conceito de “faturamento” comporta necessariamente um sentido estrito, e que afasta a incidência da contribuição Cofins sobre a receita principal das instituições financeiras, pois são receitas que não se enquadram no conceito de “faturamento”, ou seja, como “receita bruta da venda de mercadorias ou da prestação de serviços”.

Conclui-se assim que a incidência da Cofins só poderá atingir as receitas financeiras ou outras receitas das instituições financeiras caso seja instituída tal incidência por novo diploma legislativo, posterior ao surgimento da norma de competência ampliada pela EC nº 20/1998 (art. 195, I), ou até mesmo por meio de medida provisória se realizada a ampliação com base na EC nº 33/2001 (art. 149, parágrafo 2º), ambas Emendas que passaram a permitir como hipótese de incidência possível à Cofins não apenas o “faturamento”, mas a “receita” das pessoas jurídicas.

REVISTA DIALÉTICA DE DIREITO TRIBUTÁRIO (RDDT)

Repositório autorizado de jurisprudência dos seguintes tribunais:

- do Supremo Tribunal Federal (Despacho do Exmo. Sr. Presidente no Processo nº 304743, publicado no DJU I de 18 de maio de 1998, página 1; inscrição sob nº 23/98, em 24 de junho de 1998, conforme Ofício 2434/98-SD);

- do Superior Tribunal de Justiça (sob nº 36 - Portaria nº 1, de 16 de junho de 1997, do Exmo. Sr. Ministro Diretor da Revista do STJ, publicada no DJU I de 23 de junho de 1997, página 29422);

- do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (Portaria nº 12, de 13 de agosto de 1997, do Exmo. Sr. Juiz Diretor do Gabinete da Revista do TRF da 1ª Região, publicada no DJU II de 21 de agosto de 1997, página 65574);

- do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Processo nº 97.02.16454-0, autuado em 30 de maio de 1997 e julgado em 5 de junho de 1997);

- do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (sob nº de inscrição 8 - Portaria nº 2, de 30 de maio de 1997, da Exma. Sra. Juíza Diretora da Revista do TRF da 4ª Região, publicada no DJU II de 5 de junho de 1997, página 41344); e

- do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (sob nº 7 - Despacho do Exmo. Sr. Juiz Diretor da Revista do TRF da 5ª Região, publicado no DJU II de 9 de setembro de 1997, página 72372).

REVISTA DIALÉTICA
DE DIREITO TRIBUTÁRIO

ISSN 1413-7097

145



Rosário Ferreira
é a autora da obra reproduzida
em destaque na capa desta edição.

Diretor da Revista
Valdir de Oliveira Rocha

Diretores da Editora Dialética
Lidia Lobello de Oliveira Rocha
Valdir de Oliveira Rocha
Denise Lobello de Oliveira Rocha
Trevisan

Projeto Gráfico inicial de *Escrituras*
Editora, com alterações procedidas por
Mars e Dialética

Capa (fundo)
Detalhe da obra
“100% Azul ou Quase”,
de Marola Omartem

Ilustrações de faces dos autores
Fátima Lodo Andrade da Silva

Fotolito da Capa
Duble Express

Impressão
Gráfica Palas Athena

(OUTUBRO - 2007)

Na página inicial do *site*
www.dialetica.com.br
canto superior, esquerdo, pode-se
realizar BUSCA que possivelmente
facilitará muito a localização de textos
sobre assuntos de seu interesse.

A Editora mantém em estoque os
exemplares anteriores da

Revista Dialética de Direito Tributário.

Complete sua coleção.

Os acórdãos estampados na íntegra
correspondem às cópias obtidas nas
Secretarias dos Tribunais ou se originam
de publicações oficiais de seus julgados.
Tiragem superior a 3.000 exemplares.
Distribuição em todo o País.

Os conceitos emitidos nos textos são
de responsabilidade de seus autores.



Uma publicação mensal de
Oliveira Rocha - Comércio e Serviços Ltda.

Rua Sena Madureira, 34
CEP 04021-000 - São Paulo - SP
e-mail: atendimento@dialetica.com.br
Fone/fax (0xx11) 5084-4544

www.dialetica.com.br

SUMÁRIO

Doutrina

Carlos Alexandre de Azevedo Campos - Exclusão do ICMS da base de cálculo de tributos federais

1. Introdução. 2. A *ratio decidendi* adotada pelo STF no julgado do RE nº 240.785/MG. 3. Aplicação do precedente a hipóteses diversas. 4. Objeções à tese defendida no RE nº 240.785/MG. 5. Conclusões.

7

Fábio Canazaro - A responsabilidade tributária dos sócios e dos dirigentes em relação ao passivo tributário da sociedade cooperativa

1. Introdução. 2. A sociedade cooperativa e a figura dos sócios e dos dirigentes no Código Civil. 3. A responsabilidade tributária dos sócios e administradores. Interpretação e aplicação do disposto no Código Tributário Nacional. 4. Conclusões.

23

Fábio Piovesan Bozza - Sociedade em conta de participação: natureza, regime jurídico e tributação pelo imposto de renda

1. Panorama da SCP no Direito brasileiro. 2. As disposições do Código Civil de 2002 sobre a SCP. 3. A evolução da tributação da SCP pelo imposto de renda. 4. A legalidade da equiparação da SCP a pessoa jurídica para fins fiscais. 5. Pagamento de juros sobre o capital próprio pela SCP. 6. Conclusões.

36

Hugo de Brito Machado - Confissão irretroatável de dívida tributária nos pedidos de parcelamento

1. Introdução. 2. Confissão de dívida tributária. 3. Parcelamento e desistência de ação. 4. Conclusões.

47

Igor Mauler Santiago e Frederico Menezes Breyner - Eficácia suspensiva dos embargos à execução fiscal em face do art. 739-A do Código de Processo Civil

1. Introdução. 2. A lei de execução fiscal como *lex specialis*, não atingida pela inovação legislativa. 3. Da formação dos títulos executivos extrajudiciais. 4. Do título executivo do crédito tributário. Inaplicabilidade do art. 739-A do CPC. 5. As hipóteses em que alegadamente existiria consentimento do devedor ao tributo. 6. A proteção constitucional do contribuinte. 7. Conclusão.

54

João Victor Guedes Santos - Lucros no exterior, direito comparado e o princípio da proporcionalidade

1. Introdução. 2. Legislação CFC e o direito comparado. 3. O princípio da proporcionalidade. 4. Conclusão.

70

Matheus Moraes Sacramento - A relação entre a inclusão do responsável no pólo passivo da execução fiscal e a certidão de dívida ativa

1. Uma análise da questão após o julgamento dos Embargos de Divergência no REsp 702.232/RS. 2. A inteligência do julgamento dos EREsp 702.232/RS e a metodologia para sua interpretação. 3. Breves considerações acerca do processo de execução. 4. O processo administrativo. 5. Da possibilidade de alteração subjetiva passiva da execução fiscal tributária - a jurisprudência do STJ. 6. Meio processual adequado para a inclusão de responsável cujo nome não conste da CDA. 7. Conclusão.

86

Ricardo Lodi Ribeiro - A proteção da confiança legítima do contribuinte

1) O princípio da proteção da confiança legítima e sua aplicação ao Direito Tributário. 2) A proteção da confiança e a mudança na interpretação administrativa. 3) A proteção da confiança nos atos administrativos sem fundamento legal e na valoração dos fatos. 4) A proteção da confiança e o controle da constitucionalidade da lei tributária. 5) Os efeitos prospectivos de decisão sobre a constitucionalidade de lei tributária.

99

Rodrigo Caramori Petry - A Cofins e a tributação sobre as receitas das instituições financeiras

1. Introdução. 2. Ponto de partida: a distinção possível entre os conceitos de "faturamento", "receita bruta" e "receita operacional". 3. A antecedente "contribuição ao Finsocial" e as instituições financeiras - o uso dos vocábulos "receita bruta" e "receita operacional" como hipótese de incidência própria para atingir as instituições financeiras. 4. A norma de competência da Cofins na redação original da Constituição de 1988 (art. 195, I): "faturamento" como hipótese possível à incidência da Cofins - o conceito constitucionalizado. 5. A instituição da contribuição sobre o "faturamento" (Cofins) pela LC nº 70/1991 acompanhada de isenção para as instituições financeiras - reforço à tese do conceito estrito de "faturamento". 6. A Lei nº 9.718/1998 (conversão da MP nº 1.724/1998) - a revogação da isenção da Cofins sobre o "faturamento" das instituições financeiras e a ampliação da hipótese de incidência (de "faturamento" para "receita total"). 7. A EC nº 20/1998 e a ampliação da norma de competência da Cofins no art. 195, I (de "faturamento" para "receita") - irretroatividade impede validação da inconstitucional Lei nº 9.718/1998. 8. A EC nº 33/2001 e a repetição da ampliação da norma de competência da Cofins (de "faturamento" para "receita") - impossibilidade de validar a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998. 9. A Lei nº 10.684/2003 (MP nº 107/2003) e a majoração da alíquota da Cofins para as instituições financeiras - aplicação limitada ao "faturamento" (receita de serviços) em face de seu conceito estrito. 10. A majoração da hipótese de incidência/base de cálculo da Cofins (de "faturamento" para "receita total") a partir da Lei nº 10.833/2003 (MP nº 135/2003) não atinge as instituições financeiras. 11. A Lei nº 11.196/2005 (conversão da MP nº 255/2005) - novas regras sobre a base de cálculo da Cofins não possibilitam fundamentar sua incidência sobre a "receita financeira" dos bancos em virtude da aplicação do conceito estrito de "faturamento". 12. Conclusões.

116

Pareceres

Ives Gandra da Silva Martins - Inteligência do artigo 133 do Código Tributário Nacional - origem do dispositivo - evolução jurisprudencial e doutrinária - inaplicabilidade à hipótese consultada

Consulta. Resposta.

132

Sacha Calmon Navarro Coelho e Misabel Abreu Machado Derzi - PIS/Cofins: regime cumulativo x não cumulativo. Contratos de longo prazo. Reajuste pelo IGP-M. Instruções Normativas 468/04 e 658/06

1. Exposição e consulta. 2. Fundamentação jurídica. 3. Respostas aos quesitos.

148

Jurisprudência

Íntegras de Acórdãos

- Cofins e PIS - não-cumulatividade - prestação de serviços - duplicação da carga tributária - princípios da razoabilidade, da capacidade contributiva, da isonomia e da livre concorrência (TRF da 4ª R. - 2ª T.) 158
- Contribuição previdenciária - instituição de ensino superior - isenção/imunidade - Decreto 2.536 - percentual de gratuidade (STJ - 1ª S.) 164
- Retenção temporária de mercadorias para a fiscalização do cumprimento da legislação tributária - exercício do poder de polícia - ausência de coação indireta - inoportunidade de sanção política (STF - Pleno) 181

Decisões

- Cofins e PIS - base de cálculo - não-inclusão de ICMS - antecipação de tutela (Des. Fed. Leomar Barros Amorim de Sousa, do TRF da 1ª R.) 186
- Cofins e PIS - locação de bens móveis - período anterior à EC 20 - operação não compreendida no âmbito constitucional de incidência possível (Min. Sepúlveda Pertence, do STF) 187
- Cofins e PIS - locação de bens móveis - período anterior à EC 20 - operações não compreendidas no âmbito de incidência possível (Min. Sepúlveda Pertence, do STF) 188

- Contribuição social - prazo prescricional - regência pela lei complementar de normas gerais - CTN - declaração de inconstitucionalidade pela Corte de origem em harmonia com a CF (Min. Marco Aurélio, do STF) 189
- Execução fiscal - apelação - definitividade e provisoriedade - Lei 11.382 (Des. Fed. Maria do Carmo Cardoso, do TRF da 1ª R.) 191
- Execução fiscal - bloqueio de valores em conta bancária - Lei 11.382 - não-afastamento do art. 185-A do CTN (Des. Fed. Antônio Ezequiel da Silva, do TRF da 1ª R.) 192
- Execução fiscal - embargos - efeito suspensivo indeferido - Lei 11.382 - aplicação subsidiária (Juiz Fed. Leandro Paulsen, do TRF da 4ª R.) 193
- Execução fiscal - embargos - efeito suspensivo - Lei 11.382 - aplicação subsidiária (Juiz Fed. Luciane Amaral Corrêa Münch, do TRF da 4ª R.) 194
- Execução fiscal - embargos - garantia insuficiente - Lei 11.382 - recebimento (Des. Fed. Nery Junior, do TRF da 3ª R.) 195
- Execução fiscal - embargos - penhora sobre bem fundamental ao funcionamento da empresa e de valor muito superior à quantia executada - efeito suspensivo - Lei 11.382 (Des. Fed. Nilcéa Maria Barbosa Maggi, do TRF da 5ª R.) 196
- Execução fiscal - penhora de dinheiro - Lei 11.382 - preferência que não afasta o art. 185-A do CTN (Des. Fed. Antônio Ezequiel da Silva, do TRF da 1ª R.) 198
- Execução fiscal - penhora de imóvel - registro pelo oficial de justiça, por ordem do juízo - aplicação subsidiária do CPC - Lei 11.382 (Juiz Fed. Rafael Paulo Soares Pinto, do TRF da 1ª R.) 199
- Execução fiscal - penhora - ordem preferencial de nomeação - Lei 11.382 - depósito em conta ou aplicação em instituição financeira - exceções quanto a vencimentos do executado (Juiz Márcio Antônio Rocha, do TRF da 4ª R.) 200
- ICMS - entrada de bem importado sob regime de arrendamento mercantil ("leasing") - não-incidência (Min. Cármen Lúcia, do STF) 201
- ICMS - tratamento diferenciado a determinado contribuinte - diferimento nas operações de importação e comercialização de combustíveis - privilégio que desequilibra o mercado de distribuição (Min. Ellen Gracie, Presidente do STF) 203
- IPI - créditos - aquisição de matérias-primas não tributadas ou com alíquota zero - mudança de posicionamento do STF - recurso extraordinário (Des. Fed. Suzana Camargo, Vice-Presidente do TRF da 3ª R.) 204
- IPI - isenção na aquisição de automóvel - portador de deficiência física - veículo acidentado,

- impróprio para uso, transferido à seguradora - pagamento do tributo - aquisição de outro (Des. Fed. Regina Helena Costa, do TRF da 3ª R.) 206
- Parcelamento de débito previdenciário do município - Lei 11.457 - bloqueios mensais no FPM - certidão positiva com efeitos de negativa (Des. Fed. Maria do Carmo Cardoso, do TRF da 1ª R.) 208
- Perdimento de veículo utilizado no transporte de mercadorias contrabandeadas - desproporcionalidade entre o valor das mercadorias e o do veículo (Min. Teori Albino Zavascki, do STJ) 210
- Processo administrativo - Cofins e PIS - pedido de ressarcimento - Leis 9.784 e 11.457 - prazo para apreciação (Des. Fed. Álvaro Eduardo Junqueira, do TRF da 4ª R.) 211
- Processo administrativo - pedido de ressarcimento - omissão da Administração Pública - Lei 9.784 - prazo para apreciação - Lei 11.457 (Juiz Fed. Leandro Paulsen, do TRF da 4ª R.) 213
- Resolução do Senado Federal que revoga dispositivos outros além dos declarados inconstitucionais pelo STF - ICMS - alíquotas - restrição - medida cautelar (Min. Ellen Gracie, Presidente do STF) 214

Ementário de Acórdãos

- Ação cautelar incidental à execução fiscal - suspensão de inscrição no Cadin - adequação do meio processual eleito (TRF da 3ª R. - 3ª T.) 218
- Cofins - base de cálculo - receitas de terceiros - telefonia celular - "roaming" - não-inclusão (Câm. Sup. Rec. Fisc. - 2ª T.) 218
- Cofins - locação de imóveis - prestação de serviços - LC 70 - incidência (Câm. Sup. Rec. Fisc. - 2ª T.) 219
- Cofins - receita de locação de lojas comerciais em "shopping center" - LC 70 - incidência (STJ - 1ª S.) 219
- Contribuição ao Incri - natureza jurídica - referibilidade - não-recepção pela EC 33/01 (TRF da 4ª R. - 2ª T.) 220
- Contribuição de melhoria - requisitos para instituição e cobrança (TJRS - 2ª Câm. Cível) 220
- Contribuição previdenciária - entidade filantrópica - imunidade - legalidade do art. 3º, VI, do Decreto 2.536 - percentual de gratuidade (STJ - 1ª S.) 221
- Contribuição previdenciária - reconhecimento de vínculo empregatício pela Justiça do Trabalho - homologação de acordo - Lei 11.457 - execução "ex officio" (TST - 1ª T.) 221
- CPMF - EC 42 - anterioridade nonagesimal - aplicabilidade (TRF da 4ª R. - 2ª T.) 222
- Custas judiciais - isenção a membros do Ministério Público - afronta ao princípio da igualdade (STF - Pleno) 222

REVISTA DIALÉTICA DE DIREITO TRIBUTÁRIO



1413-7097



1413 709453

145

145