

A Contribuição PIS/Pasep e a Tributação das Receitas das Instituições Financeiras

RODRIGO CARAMORI PETRY

Professor de Direito Tributário do Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba), Mestre em Direito Econômico e Social pela PUC/PR, Advogado e Consultor em Curitiba/PR.

RESUMO: O presente artigo se ocupa em investigar os fundamentos constitucionais (normas de competência legislativa tributária) e a evolução histórica da legislação da contribuição PIS/Pasep para caracterizar o regime diferenciado de incidência dessa contribuição em relação às instituições financeiras. Ao final, pretendemos ver demonstrado que o campo de incidência da contribuição PIS/Pasep é relativamente reduzido em relação às instituições financeiras (atingindo apenas seu faturamento em sentido estrito, ou seja, a receita dos serviços bancários e assemelhados), uma vez que as chamadas “receitas financeiras” (principal receita operacional dos bancos), assim como as “receitas não-operacionais” dessas entidades, não são tributáveis.

PALAVRAS-CHAVE: Contribuições sociais; PIS/Pasep; tributação sobre as receitas das pessoas jurídicas; faturamento, receitas operacionais e receitas não-operacionais; instituições financeiras; delimitação da incidência.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A contribuição PIS/Pasep devida pelas instituições financeiras antes da Constituição de 1988 (LC 7/1970 e Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449/1988); 2 A norma de competência receptiva da contribuição PIS/Pasep devida pelas instituições financeiras na Constituição de 1988 (artigo 153, III) – “imposto de renda” como hipótese de incidência possível; 3 A ECR 1/1994 e a criação de nova norma de competência da contribuição PIS/Pasep para as instituições financeiras (artigo 72, V, do ADCT) – “receita bruta operacional” como hipótese de incidência possível; 4 A MP 517/1994 (Lei nº 9.701/1998) – “regulamentação” da ECR 1/1994: a incidência da contribuição PIS/Pasep sobre a receita financeira dos bancos; 5 As Emendas nºs 10/1996 e 17/1997 e a prorrogação da norma de competência da contribuição PIS/Pasep para as instituições financeiras (artigo 72, V, do ADCT); 6 Lei nº 9.718/1998 (conversão da MP 1.724/1998): a ampliação da base de cálculo da contribuição PIS/Pasep (de “faturamento” para “receita total”) não atinge as instituições financeiras; 7 A Emenda nº 20/1998 – ausência de modificação das normas de competência da contribuição PIS/Pasep vigentes à época (artigo 239 e artigo 72, V, do ADCT); 8 A MP 1.807/1999 (convertida na MP 2.158-35/2001) – ampliação das deduções e exclusões da base de cálculo da contribuição PIS/Pasep e diminuição da alíquota; 9 O término da eficácia da norma de competência especial da contribuição PIS/Pasep (artigo 72, V, do ADCT) em 31.12.1999 – perda de fundamento constitucional à Lei nº 9.701/1998; 10 A EC 33/2001 e a ampliação da norma de competência da contribuição PIS/Pasep no artigo 149, § 2º (de “faturamento” para “receita”) – impossibilidade de validar a aplicação da Lei nº 9.701/1998; 11 A majoração da hipótese de incidência da contribuição PIS/Pasep a partir da Lei

nº 10.637/2002 (MP 66/2002) não atinge as instituições financeiras; 12 A Lei nº 11.196/2005 – novas regras sobre a base de cálculo da contribuição PIS/Pasep não possibilitam sua incidência sobre a “receita financeira” dos bancos – aplicação do conceito estrito de “faturamento”; Conclusões; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Em estudo anterior¹, já tivemos oportunidade de apresentar os aspectos centrais da problemática que envolve as receitas das instituições financeiras em face da tributação pela Cofins, enquanto contribuição social incidente sobre a receita ou sobre o faturamento das pessoas jurídicas de direito privado². No presente artigo, pretendemos avançar na pesquisa em relação à tributação das receitas das instituições financeiras, debruçando-nos, agora, no que diz respeito à incidência da contribuição PIS/Pasep.

A abordagem da contribuição PIS/Pasep em relação às instituições financeiras demanda um estudo mais alongado e complexo do que aquele dedicado à Cofins, não somente pelo maior tempo de existência dessa exação (instituída em 1970), mas, sobretudo, pela especialidade e constante mutação dos regimes de incidência da contribuição ao longo dos anos, de forma mais intensa do que ocorrido com a Cofins.

Importa-nos aqui, de modo semelhante ao que fizemos em relação à Cofins no estudo anterior, abordar os principais regimes de incidência da contribuição PIS/Pasep vigentes ao longo dos anos, construindo um histórico normativo sistemático, e que nos permita concluir, na atualidade, qual o tratamento jurídico adequado da contribuição PIS/Pasep em relação às três espécies básicas de receitas auferidas por instituições financeiras, quais sejam:

- i) receitas financeiras e assemelhadas (juros de empréstimos, ganhos cambiais etc.) – cujo conjunto forma a principal receita operacional;

1 PETRY, Rodrigo Caramori. A Cofins e a tributação sobre as receitas das instituições financeiras. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 145, p. 116-131.

2 Conforme já abordamos em estudo anterior (PETRY, Rodrigo Caramori. Os regimes tributários das contribuições Cofins e PIS/Pasep – Novas alterações e seus contornos constitucionais. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 138, p. 96-114), os regimes de incidência das contribuições Cofins e PIS/Pasep, previstos pela legislação atual, apresentam basicamente cinco hipóteses de incidência: i) o “faturamento”; ii) a “folha de salários” – hipótese exclusiva para a contribuição PIS/Pasep em casos específicos; iii) a “receita” (entendida aqui como o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica de direito privado); iv) as “receitas correntes e transferências correntes e de capital das pessoas jurídicas de direito público interno” – hipótese exclusiva para a contribuição PIS/Pasep; v) a “importação de bens e/ou de serviços do exterior”. Em relação aos bancos, interessa-nos apenas o estudo das hipóteses “i” e “iii” acima.

- ii) receitas da prestação de serviços bancários – que também formam a receita operacional dos bancos, mas ainda revelam importância secundária;
- iii) outras receitas (locação de imóveis próprios, indenizações recebidas etc.).

Tendo em vista nossas limitações de espaço, não podemos ter aqui a pretensão de abordar todas as questões jurídicas que interessam às instituições financeiras em relação à contribuição PIS/Pasep. *Dedicaremos maior atenção apenas ao estudo do regime tributário atual, marcado, a nosso ver, pelo término de aplicação da norma especial de competência legislativa tributária da contribuição PIS/Pasep prevista no inciso V do art. 72 do ADCT da Constituição, em 31.12.1999 (esclareceremos tal questão adiante).*

Assim como fizemos no estudo anterior sobre a Cofins³, no presente artigo, partiremos da idéia de que a receita principal das instituições financeiras, em nosso entender, não se constitui em “faturamento” (receita bruta da venda de mercadorias e/ou da prestação de serviços), uma vez que as “operações financeiras” em si não devem ser confundidas com a venda de mercadorias ou com a prestação de serviços.

Partindo da premissa acima, analisaremos cuidadosamente os textos legais e constitucionais havidos desde a criação da contribuição PIS/Pasep, demarcando nossa análise com o uso dos seguintes conceitos jurídico-tributários:

- 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, que compõem o objeto social da pessoa jurídica e compreende o “faturamento” + “receitas operacionais” que não advindas da venda de mercadorias/serviços;
- iii) “outras receitas” – receitas acessórias ou ocasionais das pessoas jurídicas, também referidas como “receitas não-operacionais”;
- 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

3 PETRY, Rodrigo Caramori. A Cofins e a tributação sobre as receitas das instituições financeiras. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 145, p. 116-131.

da atividade x”) se circunscreve apenas ao indicado (v.g., “receita bruta das vendas de mercadorias”).

Passemos, então, à abordagem da evolução histórico-normativa da incidência da contribuição PIS/Pasep sobre as receitas das instituições financeiras.

1 A CONTRIBUIÇÃO PIS/PASEP DEVIDA PELAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS ANTES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 (LC 7/1970 E DECRETOS-LEIS NºS 2.445 E 2.449/1988)

A Lei Complementar nº 7/1970, ao instituir a “contribuição ao PIS” (denominada “contribuição PIS/Pasep” após a unificação dos fundos PIS e Pasep pela LC 26/1975), criou um regime especial de incidência para as instituições financeiras e seguradoras, assim como para as empresas prestadoras de serviços.

Nesse regime especial, uma parcela da contribuição era resultado de mera dedução do valor devido a título de imposto de renda (IR) pela pessoa jurídica e outra parcela da “contribuição ao PIS” incidia sobre o próprio valor do imposto de renda devido ou, como se devido fosse, com alíquota percentual (2% em 1971, 3% em 1972 e 5% a partir de 1973), sistemática, essa apelidada de “PIS-Repique”.

Ou seja, a incidência nesses casos não seguia o regime comum da “contribuição ao PIS”, que fixava a incidência da contribuição sobre o montante do “faturamento” das pessoas jurídicas em geral. Esse regime de incidência geral, com hipótese centrada no “faturamento”, era dirigido apenas às empresas produtoras rurais, industriais e comerciais.

Mais tarde, os Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, de 1988, intentaram ampliar a incidência da contribuição PIS/Pasep sobre as instituições financeiras e seguradoras, ao obrigá-las a recolher a contribuição sobre a “receita operacional bruta”⁴ (inconfundível com o “faturamento”) com alíquota de 0,65% e não mais sobre o valor do “imposto de renda devido ou como se devido fosse” (com alíquota de 5%). A modificação representaria severa majoração da carga tributária das instituições financeiras, em face do substancial incremento da hipótese de incidência/base de cálculo da contribuição,

4 Entenda-se aqui “receita operacional bruta” na forma do explicitado pelo § 2º do art. 1º do Decreto-Lei nº 2.445/1988, in verbis: “§ 2º Para fins do disposto nos itens III e V considera-se receita operacional bruta o somatório das receitas que dão origem ao lucro operacional, na forma da legislação do Imposto de Renda, excluídos: a) os encargos com obrigações por refinanciamento e repasses de recursos provenientes de órgãos e entidades oficiais, quando se tratar de instituições financeiras; b) as recuperações ou devoluções de custos, deduções ou provisões, que não representam ingresso de receitas; c) as vendas canceladas e os descontos incondicionalmente concedidos”.

que incluiria, agora, todas as receitas da atividade objeto social dos bancos (inclusive “receitas financeiras”).

Entretanto, os citados decretos-leis foram julgados formalmente inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal e tiveram sua execução suspensa, posteriormente, por Resolução do Senado Federal (nº 49/1995). Com isso, voltavam a vigorar, de forma retroativa (sem solução de continuidade), os termos da LC 7/1970.

2 A NORMA DE COMPETÊNCIA RECEPTIVA DA CONTRIBUIÇÃO PIS/PASEP DEVIDA PELAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 (ARTIGO 153, III) – “IMPOSTO DE RENDA” COMO HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA POSSÍVEL

Com a promulgação de uma nova Constituição, em 05.10.1988, previu-se, em seu art. 239, uma norma de recepção da legislação que fundamentava a cobrança da contribuição “ao PIS” no regime geral (incidente sobre o “faturamento”) e também da contribuição “ao Pasep”. Tal dispositivo se caracterizou como a principal norma de competência legislativa tributária da contribuição, *in verbis*:

“Art. 239. A arrecadação decorrente das contribuições para o Programa de Integração Social [PIS], criado pela Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público [Pasep], criado pela Lei Complementar nº 8, de 3 de dezembro de 1970, passa, a partir da promulgação desta Constituição, a financiar, nos termos que a lei dispuser, o programa do seguro-desemprego e o abono de que trata o § 3º deste artigo. [...]”⁵ (grifos nossos)

Para se conformar como norma de competência, o art. 239 recepcionou expressamente os elementos básicos de incidência da contribuição vigentes àquela época, que foram, assim, “constitucionalizados”, quais sejam: i) hipótese de incidência (“fato gerador”); ii) base de cálculo. Tais elementos de incidência da contribuição estavam discriminados na redação da LC 7/1970, porque, pouco após o início da vigência da Constituição de 1988, mais precisamente em 1993, os Decretos-Leis nºs 2.445/1988 e 2.449/1988 foram julgados inconstitucionais pelo STF⁶.

5 Assim, a contribuição PIS/Pasep ganhou novo fundamento e nova destinação constitucionais, com preocupações claramente sociais, o que levou os Ministros do STF a atribuírem à contribuição o status de “contribuição para a seguridade social”, embora não prevista no art. 195, I, da Constituição. Vide julgamento do STF, RE 148.754-2/RJ, TP, Rel. p/o Ac. Min. Francisco Rezek, J. 24.06.1993.

6 Vide julgamento do RE 169.091-7/RJ, TP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, J. 07.06.1995.

Porém, lembre-se que, por ocasião da promulgação da Constituição de 1988, sob a denominação “PIS/Pasep”, tínhamos, com base na LC 7/1970, em verdade, dois tributos distintos, identificados por suas hipóteses de incidência e bases de cálculo, quais sejam:

- i) *contribuição social incidente sobre o “faturamento”* e cobrada das empresas produtoras rurais, industriais e comerciais – recepcionada, implicitamente, pelo art. 239 da CF/1988;
- ii) *imposto adicional sobre o imposto de renda* (apelidado de “PIS-Repique”) e cobrado das instituições financeiras e seguradoras, assim como das empresas de serviços – recepcionado, implicitamente, pelo art. 153, III, da CF/1988⁷.

Assim, percebe-se que o “faturamento” foi conceito constitucionalizado, no art. 239 da Constituição, apenas como hipótese de incidência e base de cálculo possível para a contribuição PIS/Pasep no regime geral (empresas produtoras rurais, industriais e comerciais).

Quanto à contribuição PIS/Pasep na forma de incidência sobre o imposto de renda (“PIS-Repique”), cobrada das instituições financeiras, seguradoras e empresas de serviços, não foi, a nosso ver, recepcionada pelo art. 239 da Constituição e, sim, pelo inciso III do art. 153, pois essa incidência diferenciada era, em verdade, um adicional do imposto sobre a renda (IR) nos termos da jurisprudência do STF.

A partir dessas observações, podemos concluir que a primeira norma de competência da contribuição PIS/Pasep devida pelas instituições financeiras foi representada pelo art. 153, III, da Constituição de 1988 e previa apenas como *hipótese de incidência possível o imposto de renda devido ou como se devido fosse*.

3 A ECR 1/1994 E A CRIAÇÃO DE NOVA NORMA DE COMPETÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PIS/PASEP PARA AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS (ARTIGO 72, V, DO ADCT) – “RECEITA BRUTA OPERACIONAL” COMO HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA POSSÍVEL

Ainda antes da edição da Resolução do Senado Federal nº 49, em outubro de 1995, que suspenderia com efeitos *erga omnes* a aplicação dos Decretos-Leis nºs 2.445/1988 e 2.449/1988, julgados inconstitucionais pelo STF, em 1993 (*vide* item 2 anterior), o Governo Federal promoveu novas modificações no regime da contribuição PIS/Pasep, especialmente para as

7 “Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: [...] III – renda e proventos de qualquer natureza; [...]”

instituições financeiras e demais entidades previstas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212/1991⁸, por meio da Emenda Constitucional de Revisão (ECR) nº 1, de 1º de março de 1994 (publicada no DOU, em 02.03.1994).

A citada emenda instituiu o chamado “Fundo Social de Emergência”, com o objetivo declarado de “saneamento financeiro da Fazenda Pública Federal e de estabilização econômica”, com vigência limitada aos exercícios de 1994 e 1995⁹.

Ao lado da criação do “Fundo Social de Emergência”, o art. 72, V, do ADCT, inserido pela ECR 1/1994, previu, em redação pouco clara, uma nova norma de competência legislativa tributária específica da contribuição PIS/Pasep¹⁰, para passar a permitir sua incidência sobre a receita principal das instituições financeiras e demais pessoas jurídicas citadas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212/1991, *in verbis*:

“Art. 72. Integram o Fundo Social de Emergência:

[...]

V – a parcela do produto da arrecadação da contribuição de que trata a Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970 [PIS/Pasep], *devida pelas pessoas jurídicas a que se refere o inciso III deste artigo [instituições financeiras e outras previstas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212/1991], a qual será calculada, nos exercícios financeiros de 1994 e 1995, mediante a aplicação da alíquota de setenta e cinco centésimos por cento [0,75%] sobre a receita bruta operacional, como definida na legislação do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza*¹¹;

[...] § 1º As alíquotas e a base de cálculo previstas nos incisos III e V aplicar-se-ão a partir do primeiro dia do mês seguinte aos noventa dias posteriores à promulgação desta Emenda.”¹² (grifo nosso, explicitação entre colchetes)

Essa nova norma de competência da contribuição PIS/Pasep autorizou como hipótese de incidência possível para a contribuição devida pelas

8 Tanto na redação original da Lei nº 8.212/1991, quanto na redação dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.1999 (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; vi) empresas de arrendamento mercantil; vii) cooperativas de crédito; viii) empresas de seguros e de capitalização; ix) agentes autônomos de seguros e de crédito; x) entidades de previdência privada abertas e fechadas.

9 Vide inserção dos arts. 71, 72 e 73 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CF/1988.

10 Lembre-se que a essa época, a norma de competência legislativa tributária da contribuição PIS/Pasep era apenas aquela constante do art. 239 da Constituição de 1988.

11 Conceito esse a ser buscado pela interpretação sistemática dos arts. 40 a 44 da Lei nº 4.506/1964, art. 11 do Decreto-Lei nº 1.598/1977 e art. 226 do Decreto nº 1.041/1994 (Regulamento do Imposto de Renda 1994), diplomas normativos vigentes à época da edição da ECR 1/1994.

12 Portanto, norma aplicável a partir de 01.06.1994 e com previsão original de término de aplicação para 31.12.1995. Tal prazo foi prorrogado, sucessivamente, pelas Emendas nºs 10/1996 e 17/1997, esta fixando termo final de aplicação para 31.12.1999, como veremos adiante.

instituições financeiras a chamada “receita bruta operacional”, e não mais o montante do “imposto de renda devido” (“PIS-Repique”), como era autorizado com base no art. 153, III, da Constituição de 1988.

Por outro lado, lembre-se, também, que a grandeza “faturamento” (receita bruta da venda de mercadorias e/ou da prestação de serviços) era a hipótese de incidência possível e adequada apenas para a contribuição PIS/Pasep no regime geral (conforme a norma receptiva do art. 239), regime aplicável às empresas produtoras rurais, industriais e comerciais e, nesse caso, a alíquota também era distinta da aplicável aos bancos: 0,65%.

Diante disso, parece-nos plausível concluir que não haveria motivo para o inciso V do art. 72 do ADCT utilizar-se da expressão “receita bruta operacional” para definir a hipótese de incidência da contribuição PIS/Pasep enquanto incidente sobre a “receita” dos bancos, se tal expressão pudesse ser substituída por “faturamento”. Ou seja, tais conceitos não se equivalem, pois, como já indicamos em nossa introdução (item 1), a receita financeira dos bancos não se encaixa no conceito de “faturamento”, pois está incluída no conceito mais amplo de “receita operacional”.

A diferença entre os vocábulos “faturamento” e “receita operacional” já havia sido identificada pelo art. 1º do Decreto-Lei nº 1.940/1982 com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 2.397/1987 que, ao prever a cobrança da “contribuição ao Finsocial”, fixou hipóteses de incidência distintas para as empresas em geral em relação às instituições financeiras: para aquelas, a contribuição incidia sobre o “faturamento” (receita bruta da venda de mercadorias e ou de serviços); e para as instituições financeiras, a contribuição incidia sobre as “receitas operacionais”¹³.

A redação do art. 72, V, do ADCT levantou muitas dúvidas, podendo levar as instituições financeiras a duas conclusões distintas e alternativas, quais sejam:

- i) O inciso V do art. 72 do ADCT teria instituído nova norma de competência contendo outra hipótese de incidência possível para a contribuição PIS/Pasep, que passaria a permitir sua incidência sobre a “receita bruta operacional” entendida como a receita da atividade objeto social das instituições financeiras (consistente de receitas financeiras (na maior parte) e de receitas de serviços). Tal conclusão partiria da interpretação da legislação do imposto de renda vigente à época (arts. 40 a 44 da Lei nº

13 Como demonstramos em estudo anterior: PETRY, Rodrigo Caramori. A Cofins e a tributação sobre as receitas das instituições financeiras. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 145, p. 116-131.

4.506/1964; art. 11 do Decreto-Lei nº 1.598/1977 e art. 224 do Decreto nº 1.041/1994)¹⁴ e da idéia de que “receita bruta operacional” não se confundiria com o conceito de “faturamento”, este restrito apenas à receita bruta da venda de mercadorias e/ou de serviços”. Ou seja, tendo em vista que a receita advinda de operações financeiras não se confundiria com “venda de mercadorias” nem com “prestação de serviços”, não poderia ser tributada se a hipótese de incidência da contribuição se restringisse apenas ao “faturamento”. Daí a função inovadora da nova norma de competência, ampliando a incidência da contribuição PIS/Pasep para passar a atingir a receita financeira dos bancos; ou

- ii O inciso V do art. 72 do ADCT instituiu uma nova norma de competência da contribuição PIS/Pasep, mas apenas para passar a permitir a incidência sobre a receita da prestação de serviços prestados pelas instituições financeiras, que seria a única espécie de receita dos bancos passível de tributação pela contribuição PIS/Pasep, porque incluída no conceito estrito de “faturamento”. Por esse raciocínio, as receitas financeiras dos bancos não seriam tributáveis, pois o conceito de “receita bruta operacional” deveria ser reconduzido ao conceito pré-existente de “faturamento” que compreende apenas a receita da venda de mercadorias e/ou de serviços, e não outras espécies de receita.

Embora nos pareça mais adequado adotar o primeiro entendimento acima, boa parte das instituições financeiras optou por defender o segundo entendimento, alegando que a base de cálculo da contribuição PIS/Pasep deveria corresponder à “receita bruta operacional”, entendida como “receita bruta da venda de mercadorias e da prestação de serviços” adicionada de apenas algumas outras receitas. Para essas instituições financeiras, o conceito de “receita bruta operacional” deveria ser encontrado na interpretação literal e restrita do art. 44 da Lei nº 4.506/1964 e seria muito próximo ao conceito estrito de “faturamento”¹⁵.

14 A definição de “receita bruta operacional”, embora não expressa pela legislação, deveria ser extraída da interpretação sistemática dos arts. 40 a 44 da Lei nº 4.506/1964 (que, a nosso ver, definem “receita bruta operacional” como sinônimo de “receita operacional”, representativa do conjunto de receitas advindas das atividades principais ou acessórias que compõem o objeto social da pessoa jurídica), do art. 11 do Decreto-Lei nº 1.598/1977 e do art. 224 do Regulamento do Imposto de Renda vigente à época (Decreto nº 1.041/1994). Vejamos o teor do caput do citado artigo: “Art. 224. Será classificado como lucro operacional o resultado das atividades, principais ou acessórias que constituam objeto da pessoa jurídica (Decreto-Lei nº 1.598/77, art. 11).” Ou seja, a receita que dá origem ao lucro/resultado operacional deve ser a “receita operacional” ou “receita bruta operacional”.

15 Veja-se a redação do art. 44 da Lei nº 4.506/1964, ao tratar de receitas que compunham a “receita bruta operacional”:

Ou seja, nesse raciocínio, o art. 44 traria verdadeiro conceito de “receita bruta operacional”, independente e diverso do conceito de “receita operacional” e jamais poderia compreender receitas de outra natureza, como o são as receitas financeiras dos bancos, pois o inciso V do art. 72 do ADCT da Constituição teria aproximado (quase igualado) o conceito de “receita bruta operacional” ao de “faturamento”, para definição da possível hipótese de incidência da contribuição PIS/Pasep das instituições financeiras.

A Medida Provisória nº 517/1994, editada logo após a ECR 1/1994, causaria grande polêmica entre as instituições financeiras ao indicar que a redação do inciso V do art. 72 do ADCT (introduzido pela ECR 1/1994) c/c a legislação do imposto de renda à qual se reporta citado dispositivo permitiria a incidência da contribuição PIS/Pasep sobre as receitas financeiras dos bancos e não apenas sobre o “faturamento” em sentido estrito. Vejamos a seguir.

4 A MP 517/1994 (LEI Nº 9.701/1998) – “REGULAMENTAÇÃO” DA ECR 1/1994: A INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PIS/PASEP SOBRE A RECEITA FINANCEIRA DOS BANCOS

Em complemento à ECR 1/1994 acima comentada, o Governo Federal editou a Medida Provisória nº 517, de 31.05.1994¹⁶, dispondo sobre a base de cálculo da contribuição PIS/Pasep prevista no inciso V do art. 72 do ADCT da CF/1988, especialmente para prever a possibilidade das instituições financeiras procederem a diversas exclusões ou deduções da base de cálculo, qual seja, a “receita bruta operacional”.

Entretanto, ao permitir diversas deduções da base de cálculo (“receita bruta operacional”), que possuíam íntima relação com a receita de atividades financeiras, a MP 517/1994 deu a entender, de maneira reflexa, que compreendia, de regra incluídas na base de cálculo da contribuição PIS/Pasep, todas as receitas de intermediação financeira. Ou seja, na visão do Governo, os bancos deveriam passar a recolher a contribuição PIS/Pasep com alíquota de 0,75% incidente sobre todas as receitas advindas de suas atividades-objeto, ou seja, as receitas financeiras, assim como as receitas dos serviços bancários, pois estariam compreendidas no conceito de “recei-

“Art. 44. Integram a receita bruta operacional:

I – o produto da venda dos bens e serviços nas transações ou operações de conta própria; II – o resultado auferido nas operações de conta alheia; III – as recuperações ou devoluções de custo, deduções ou provisões; IV – as subvenções correntes, para custeio ou operação, recebidas de pessoas jurídicas de direito público ou privado, ou de pessoas naturais.”

ta bruta operacional”. Tal interpretação encontraria supedâneo na legislação do imposto de renda vigente à época, como já comentamos (arts. 40 a 44 da Lei nº 4.506/1964, art. 11 do Decreto-Lei nº 1.598/1977 e art. 224 do Decreto nº 1.041/1994 – RIR).

Essa interpretação governamental expressa na MP 517 favorece o raciocínio de que realmente a norma do art. 72, V, do ADCT serviu para atingir a receita financeira dos bancos: para tanto, foi necessário fixar como hipótese de incidência da contribuição PIS/Pasep a “receita bruta operacional”, pois se a hipótese ficasse restrita ao “faturamento”, a contribuição só atingiria a receita de serviços bancários.

De qualquer forma, importa esclarecer que os bancos não concordaram com a interpretação dada pela MP 517/1994 ao conceito de “receita bruta operacional” e passaram a ajuizar medidas buscando declarar inaplicável a MP 517/1994 por ser inconstitucional, uma vez que estaria tentando alterar o conceito de “receita bruta operacional”, ao qual se reportaria o inciso V do art. 72 do ADCT, e que, na visão das instituições financeiras, compreenderia apenas e tão-somente a receita dos serviços bancários e não as receitas financeiras¹⁷. Instalou-se, então, uma grande polêmica sobre o assunto, que só veio a enfraquecer alguns anos depois¹⁸.

Posteriormente, já com a conversão da MP 517/1994 na Lei nº 9.701/1998, houve diversos julgamentos no sentido de que o conceito de “receita bruta operacional” seria abrangente das receitas de todas as atividades componentes do objeto social da pessoa jurídica, compreendendo assim a receita financeira dos bancos¹⁹.

16 Produzindo efeitos a partir de 01.06.1994, conforme prescreveu o art. 3º da citada MP. Observe-se que essa MP 517/1994 foi editada logo no 1º dia de vigência da incidência majorada da contribuição PIS/Pasep na forma do inciso V do art. 72 do ADCT da Constituição de 1988 (31.05.1994, ou seja, 90 dias após a publicação da ECR 1/1994).

17 Veja-se, também, sobre o assunto, especialmente sobre a ECR 1/1994 e a EC 10/1996: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *PIS – Problemas jurídicos relevantes*. São Paulo: Dialética, 1996.

18 Demonstrando a polêmica, vejam-se alguns julgamentos dos tribunais regionais federais:

i) pela inaplicabilidade do conceito de “receita bruta operacional” da MP 517/1994: TRF 3ª R., MC 124/SP, 4ª T., Rel. Juiz Homar Cais, por maioria, J. 06.09.1995; TRF 2ª R., 4ª T., REO-MS 95.02.22221-0/RJ, Rel. Des. Fed. Clélio Erthal, unânime, J. 06.05.1996.

ii) pela aplicabilidade do conceito de “receita bruta operacional” da MP 517/1994: TRF 2ª R., AMS 95.02.25605-0, 1ª T., unânime, J. 28.08.1996.

No TRF da 3ª Região, a polêmica dividiu os juízes no início, mas a tese favorável às instituições financeiras chegou a receber maioria na Arguição de Inconstitucionalidade em AMS nº 95.030.523.761/SP. Ou seja, o TRF da 3ª Região chegou a inclinar seu entendimento de forma claramente majoritária em favor da tese pela inconstitucionalidade da MP 517/1994, declarando-a no tribunal, em 1996.

19 Nesse sentido: “[...] PIS – INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS – LEI Nº 9.701/1998 – [...] II – Não há de se falar que tais instituições só o devem recolher quanto aos serviços, mas sim quanto ao resultado das atividades, principais ou acessórias, que constituam objeto da pessoa jurídica”. [...] VIII – O PIS das instituições financeiras, como claríssimo dita o mandamento constitucional, deve ser recolhido com base de cálculo na receita

5 AS EMENDAS NºS 10/1996 E 17/1997 E A PRORROGAÇÃO DA NORMA DE COMPETÊNCIA ESPECIAL DA CONTRIBUIÇÃO PIS/PASEP PARA AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS (ARTIGO 72, V, DO ADCT)

A norma de competência da contribuição PIS/Pasep específica para as instituições financeiras e outras do § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212/1991, surgida com a ECR 1/1994 (art. 72, V, do ADCT da Constituição) e com termo final de aplicabilidade fixado para 31.12.1995, foi sucessivamente prorrogada pelas Emendas nºs 10, de 04.03.1996 (DOU, em 07.03.1996) e 17, de 22.11.1997 (DOU, em 25.11.1997).

Observamos que, pouco antes do surgimento da EC 10/1996, a qual prorrogaria pela primeira vez a norma de competência especial da contribuição PIS/Pasep para as instituições financeiras como acima exposto, houve diminuição da contribuição social sobre o lucro devido por essas instituições, que baixou de 23% para 18% a partir de 01.01.1996, como determinou a Lei nº 9.249/1995. Tal diminuição de alíquota da CSLL gerou o efeito prático de compensar parcialmente o peso econômico da contribuição PIS/Pasep incidente sobre a atividade das referidas pessoas jurídicas²⁰.

Porém, as Emendas Constitucionais nºs 10/1996 e 17/1997 foram editadas sempre quando já expirada a eficácia do inciso V do art. 72 do ADCT da Constituição e, inclusive, determinando aplicação retroativa da cobrança da majoração da contribuição PIS/Pasep para as instituições financeiras e demais previstas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212/1991. Além disso, ambas as emendas deveriam atender ao prazo de anterioridade do art. 195, § 6º, da Constituição Federal, para gerar efeitos²¹.

Em face disso, diversas instituições financeiras, atingidas pela majoração da contribuição PIS/Pasep prevista pelo art. 72, V, do ADCT, ajuizaram medidas buscando declarar inaplicáveis as disposições da EC 10/1996²² no

bruta, entendida tal como a somatória das atividades principais e acessórias, o que, sabidamente, é o disposto na legislação do IR. IX – São os rendimentos das aplicações dos recursos financeiros considerados parte integrante das atividades principais das impetrantes” (TRF 3ª R., Ag 98.030.904.027/SP, 3ª T., Rel. Des. Fed. Baptista Pereira, J. 05.12.2001, DJU 28.05.2003). (grifos nossos)

20 Em estudo anterior, já tivemos oportunidade de explicar a complementariedade que exercem reciprocamente as contribuições sociais previstas no art. 195 da Constituição em relação à distribuição da carga tributária entre os agentes econômicos, com vistas a buscar a equidade na participação no custeio da seguridade social (art. 194, V, da CF): PETRY, Rodrigo Caramori. *A Cofins e a tributação sobre as receitas das instituições financeiras*. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 145, p. 116-131.

21 Considerando-se a contribuição PIS/Pasep uma contribuição “social”, conforme entendimento do STF.

22 Também abordando as inconstitucionalidades perpetradas pela EC 10/1996, veja-se: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *PIS – Problemas jurídicos relevantes*. São Paulo: Dialética, 1996.

período entre 1º.01.1996 e 02.06.1996, e da EC 17/1997²³ no período entre 1º.07.1997 e 23.02.1998, em obediência aos princípios da irretroatividade e anterioridade.

A jurisprudência, em sua maior parte, acabou por acolher a tese das instituições financeiras²⁴, embora alguns julgamentos tenham entendido que as Emendas nºs 10/1996 e 17/1997 apenas “prorrogaram” a vigência das normas anteriores, não havendo razão para atendimento aos princípios constitucionais supra-referidos²⁵.

Por último, cumpre, ainda, ressaltar que, conforme constou da Emenda nº 17/1997, os recursos arrecadados com a cobrança da contribuição PIS/Pasep das instituições financeiras (art. 72, V, do ADCT) continuariam sendo dirigidos ao fundo especial lá previsto, tendo como termo final para existência a data de 31.12.1999.

6 LEI Nº 9.718/1998 (CONVERSÃO DA MP 1.724/1998): A AMPLIAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO GERAL DA CONTRIBUIÇÃO PIS/PASEP (DE “FATURAMENTO” PARA “RECEITA TOTAL”) NÃO ATINGE AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

Em 17.11.1998, foi editada a Lei nº 9.701, como conversão da última reedição da MP 517/1994 (comentada no item 5). Nessa mesma época, houve a promulgação da Lei nº 9.718/1998, que ampliou a base de cálculo da contribuição PIS/Pasep (e também da Cofins) das pessoas jurídicas em geral, passando-a de “faturamento”, entendido como a receita bruta da venda de mercadorias e serviços, para compreender a “receita bruta” entendida como toda e qualquer receita, independente da atividade da pessoa jurídica, denominação da receita ou sua classificação contábil²⁶.

Porém, lembre-se que, à época da publicação da Lei nº 9.718/1998 e do início de sua aplicação (fev. 1999), a contribuição PIS/Pasep tinha

23 Sobre as inconstitucionalidades da EC 17/1997, recomendamos, também, a leitura dos trabalhos de Gabriel Lacerda Troianelli: A inconstitucionalidade do PIS exigido nos termos da Emenda Constitucional nº 17/1997. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 29, p. 45-51; e A permanência da inconstitucionalidade do PIS exigido nos termos da Emenda Constitucional nº 17/1997. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 42, p. 43-47).

24 Nesse sentido: TRF 3ª R., AI 96.03.032526-0, 6ª T., Relª Desª Fed. Marli Ferreira, unânime, J. 16.12.1996, DJU 05.02.1997; TRF 5ª R., Des. Fed. Nereu Santos (Presidente do Tribunal), no julgamento da Suspensão de Segurança nº 2.468/PE, J. 06.08.1996, DJU 16.08.1996.

25 Nesse sentido, vejam-se: TRF 2ª R., 4ª T., AMS 97.02.09039-3, unânime, J. 26.04.2000, DJU 31.08.2000; e TRF da 1ª R., Despacho do Exmo. Juiz Leite Soares, Presidente do Tribunal, na Suspensão de Segurança nº 96.01.20546-2/MG, J. 04.06.1996, DJU 10.06.1996.

26 Ampliação declarada inconstitucional pelo STF (sessão plenária de 09.11.2005) em face da ausência de norma de competência autorizativa à época (vide julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 346.084-6/PR, 390.840-5/MG, 357.950-9/RS e 358.273-9/RS).

regime especial de incidência sobre as instituições financeiras e demais do § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212/1991, regime esse determinado pela norma de competência do inciso V do art. 72 do ADCT (com a redação da EC 17/1997) e regulamentado pela Lei nº 9.701/1998.

Como já visto, nesse regime específico, a contribuição PIS/Pasep tinha como hipótese de incidência a “receita bruta operacional”²⁷, não sendo aplicável, aqui, a ampliação feita pela Lei nº 9.718/1998 na base de cálculo da contribuição PIS/Pasep (de “faturamento” para “receita total”).

7 A EMENDA Nº 20/1998 – AUSÊNCIA DE MODIFICAÇÃO DAS NORMAS DE COMPETÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PIS/PASEP VIGENTES À ÉPOCA (ARTIGO 239 E ARTIGO 72, V, DO ADCT)

Em 16.12.1998, foi publicada a Emenda Constitucional nº 20, para efeito de, além de outras alterações, modificar a redação do art. 195, I, ou seja, a norma de competência da Cofins, que passou a autorizar a incidência sobre a “receita ou o faturamento”, ampliando, assim, o espectro de incidência possível dessa contribuição, que antes era restrito ao “faturamento” (receita da venda de mercadorias e/ou da prestação de serviços).

Mas a norma de competência do art. 195, I, não serve à contribuição PIS/Pasep. Assim sendo, a EC 20/1998 não modificou as hipóteses de incidência possíveis para a contribuição PIS/Pasep devida pelas pessoas jurídicas de direito privado com finalidades lucrativas e que, naquele momento, eram denominadas como: i) o “faturamento”, no caso das empresas em geral (art. 239); ii) a “receita bruta operacional”, no caso das instituições financeiras e outras do § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212/1991 (art. 72, V, do ADCT).

8 A MP 1.807/1999 (CONVERTIDA NA MP 2.158-35/2001) – AMPLIAÇÃO DAS DEDUÇÕES E EXCLUSÕES DA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO PIS/PASEP E DIMINUIÇÃO DA ALÍQUOTA

Poucos dias após a publicação da EC 20/1998, em data de 28.01.1999, foi editada a MP 1.807, para efeito de ampliar para as instituições financeiras as deduções e exclusões da base de cálculo da contribuição PIS/Pasep já existentes e previstas na Lei nº 9.701/1998, além de reduzir a alíquota da contribuição PIS/Pasep para essas entidades, de 0,75% para 0,65%. A MP 1.807/1999 foi sucessivamente reeditada pelo Governo Federal, quando

27 Podendo ser interpretada como o conjunto das receitas auferidas com as atividades principais e acessórias que compõem o objeto social da pessoa jurídica, sem incluir “receitas não-operacionais” ou “outras receitas”.

então a reedição de nº 2.158-35, de 24.08.2001, se tornou a versão final, “fossilizada” pela EC 32/2001²⁸.

Ainda, observamos que a mesma MP 1.807/1999 reduziu a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) devida pelas instituições financeiras, que baixou de 18% para 8%, a partir de 01.01.1999, diminuindo novamente o peso econômico dessa contribuição sobre as referidas pessoas jurídicas²⁹.

9 O TÉRMINO DA EFICÁCIA DA NORMA DE COMPETÊNCIA ESPECIAL DA CONTRIBUIÇÃO PIS/PASEP (ARTIGO 72, V, DO ADCT) EM 31.12.1999 – PERDA DE FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL À LEI Nº 9.701/1998

Como já era previsto pelo próprio inciso V do art. 72 do ADCT, na redação dada pela EC 17/1997, na data de 31.12.1999 terminou a vigência da norma de competência especial da contribuição PIS/Pasep devida pelas instituições financeiras e demais pessoas citadas pelo § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212/1991 e que, ao prever como hipótese de incidência possível a “receita bruta operacional”, a nosso ver, permitiria a incidência da contribuição PIS/Pasep sobre a receita financeira, assim como sobre a receita da prestação de serviços financeiros daquelas entidades.

Em conseqüência disso, seria, em tese, possível extrair ao menos três conclusões distintas e alternativas, dentre as mais prováveis:

- i) a partir do dia 01.01.2000, a norma de competência da contribuição PIS/Pasep voltaria a ser apenas e tão-somente a constante no art. 239 da Constituição de 1988 e se entendermos que tal norma permite a incidência apenas sobre o “faturamento em sentido estrito” (receita bruta da venda de mercadorias e/ou da prestação de serviços), como já exposto, ela não daria mais fundamento de validade à Lei nº 9.701/1998, pois essa lei prevê a incidência não apenas sobre o “faturamento entendido em sentido estrito”, mas sobre a “receita bruta operacional”, o que inclui as receitas financeiras dos bancos³⁰; ou

28 A MP 2.158-35/2001 continua em vigor até hoje, pois está “fossilizada” em virtude da regra contida no art. 2º da Emenda Constitucional nº 32/2001 acerca do regime jurídico das medidas provisórias, in verbis: “Art. 2º As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional”.

29 Lembre-se que a Lei nº 9.249/1995 já havia reduzido a alíquota da CSLL para as instituições financeiras, de 23% para 18%, vide nosso comentário no item 6.

30 Ou seja, a Lei nº 9.701/1998, no que previa a incidência da contribuição PIS/Pasep sobre a “receita bruta operacional” (incluindo receitas financeiras) dos bancos, não encontrou suporte no art. 239 da Constituição nem em nenhuma outra norma constitucional, a não ser no art. 72, V, do ADCT, e somente enquanto este

- ii) A partir de 01.01.2000, a norma de competência da contribuição PIS/Pasep voltaria a ser apenas a contida no art. 239, e que, permitindo a incidência da contribuição sobre um conceito ampliado de “faturamento” (ou seja, como a receita bruta das atividades principais ou acessórias objeto das pessoas jurídicas, conceito idêntico ao de “receita operacional”), daria fundamento à continuidade da aplicação da Lei nº 9.701/1998, autorizando, assim, a continuação da incidência da contribuição PIS/Pasep sobre a receita financeira dos bancos; ou
- iii) a partir do dia 01.01.2000, a norma de competência da contribuição PIS/Pasep voltaria a ser apenas a constante no art. 195, I, da Constituição de 1988 e subsidiariamente a prevista no art. 239 (tal conclusão só serve para aqueles que acreditam que o art. 195, I, também fundamenta a competência para instituição da contribuição PIS/Pasep além de servir à instituição da Cofins, tese com a qual não concordamos). Nessa hipótese, a EC 20/1998, desde 16.12.1998 (início de sua vigência), teria alterado a norma de competência da contribuição PIS/Pasep “pretensamente” fixada no art. 195, I, para fazer essa contribuição comportar, além da incidência sobre o “faturamento” (já prevista nos arts. 239 e 195, I, na redação original), também a incidência sobre a “receita” das pessoas jurídicas, o que abarcaria inclusive a receita financeira dos bancos, permitindo, assim, a continuidade da aplicação da Lei nº 9.701/1998 mesmo diante da perda da vigência da norma de competência especial da contribuição PIS/Pasep, contida no art. 72, V, do ADCT³¹.

Acaso apliquemos o conceito estrito de “faturamento” para circunscrever a hipótese de incidência da contribuição PIS/Pasep, será preciso defender a primeira conclusão (item “i” acima), a ser justificada nas premissas que exporemos com maiores detalhes abaixo, baseados na configuração lógica das normas de competência constitucional das contribuições PIS/Pasep e Cofins.

Como já vimos anteriormente, a norma de competência contida no art. 239 da Constituição de 1988 recepcionou expressamente os elemen-

dispositivo esteve vigente. Ou seja, a Lei nº 9.701/1998 perdeu seu fundamento de validade a partir de 01.01.2000, no que pretendia fazer a contribuição PIS/Pasep incidir sobre as receitas financeiras, resultado da atividade principal dos bancos.

31 Ou seja, a partir de 01.01.2000, o fundamento constitucional da Lei nº 9.701/1998 passaria a ser o art. 195, I, já com a redação dada pela EC 20/1998, permitindo a incidência da contribuição PIS/Pasep sobre a “receita” dos bancos, o que inclui a “receita financeira” dessas instituições.

tos básicos de incidência da contribuição PIS/Pasep vigentes àquela época (05.10.1988) e que foram, assim, “constitucionalizados”, quais sejam: a hipótese de incidência e a base de cálculo desse tributo, elementos esses discriminados na redação da Lei Complementar nº 7/1970.

Aplicando-se o conceito estrito de “faturamento”, será necessário concluir que a norma de competência receptiva do art. 239 da Constituição não teria previsto a incidência da contribuição PIS/Pasep sobre a “receita bruta operacional” (ou “receita operacional”) das instituições financeiras e, sim, apenas a incidência sobre o “faturamento”, o que, no caso das instituições financeiras, só poderia compreender a receita bruta da prestação de serviços bancários.

Seguindo esse raciocínio, e tendo em mente a norma do art. 239 da Constituição, se acaso o legislador ordinário da época desejasse modificar a hipótese de incidência da contribuição PIS/Pasep das instituições financeiras, extinguindo sua incidência sobre o imposto de renda (“PIS-Repique” da LC 7/1970) e criando uma incidência sobre o “faturamento” dessas pessoas, o que poderia fazer, desde que não desbordasse do conceito de “faturamento” em sentido estrito.

Portanto, podemos afirmar que o art. 239 da Constituição potencialmente autorizaria a instituição da contribuição PIS/Pasep sobre o “faturamento” das instituições financeiras, mas entendido aqui tal faturamento em sentido estrito (apenas a receita bruta da prestação de serviços bancários).

Mas, como já vimos, o Governo Federal, diferentemente do que fez em relação às empresas de serviços com a edição da MP 1.212/1995, preferiu instituir nova hipótese de incidência da contribuição PIS/Pasep para as instituições financeiras (“receita bruta operacional – art. 72, V, do ADCT) possivelmente por julgar que a hipótese de incidência possível à época – “faturamento” (art. 239) – era insuficiente como base arrecadatória dos bancos. Isso porque o “faturamento” dos bancos é representado apenas pela receita bruta da prestação de serviços bancários, que sabidamente é muito pequena se comparada à receita financeira auferida por essas instituições.

Então a ECR 1/1994 criou competência especial da União (art. 72, V, do ADCT), prevendo a “receita bruta operacional” dos bancos como hipótese de incidência da contribuição PIS/Pasep, norma essa efetivada pela MP 517/1994, convertida posteriormente na Lei nº 9.701/1998. Essa competência foi prorrogada pelas Emendas nºs 10/1996 e 17/1997, até expirar, em 31.12.1999, deixando a Lei nº 9.701/1998 sem fundamento constitucional.

Evidentemente, tendo em vista a inexistência de efeito repristinatório à perda de aplicabilidade da norma de competência temporária da contribuição PIS/Pasep incidente sobre as instituições financeiras (art. 72, V, do ADCT), não restou possível à contribuição PIS/Pasep devida pelos bancos assumir novamente a forma de incidência sobre o imposto de renda (“PIS-Repique”), como era seu regime previsto na LC 7/1970 antes da revogação feita diretamente pela ECR 1/1994³².

10 A EC 33/2001 E A AMPLIAÇÃO DA NORMA DE COMPETÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PIS/PASEP NO ARTIGO 149, § 2º (DE “FATURAMENTO” PARA “RECEITA”) – IMPOSSIBILIDADE DE VALIDAR A APLICAÇÃO DA LEI Nº 9.701/1998

Como vimos anteriormente, a ampliação da norma de competência contida no art. 195, I, para efeito de compreender além do “faturamento”, a “receita”, como hipóteses de incidência possíveis à contribuição Cofins, não atingiu a norma de competência da contribuição PIS/Pasep, contida no art. 239 da Constituição.

Essa norma de competência da contribuição PIS/Pasep (art. 239), prevendo a incidência da contribuição apenas sobre o “faturamento”, só seria ampliada três (03) anos após a edição da EC 20/1998, com a edição da Emenda Constitucional nº 33, de 11.12.2001³³, quando então passou a prever a incidência da contribuição sobre o “faturamento” ou também sobre a “receita” (entendida aqui como a receita total da pessoa jurídica).

A redação do art. 239 permaneceu inalterada, mas a norma de competência ali prevista para a contribuição PIS/Pasep passou a ser complementada pela nova redação dada ao art. 149 pela EC 33/2001³⁴. Mas, de qualquer forma, se aplicarmos o conceito estrito de “faturamento”, e voltarmos os olhos para a nova norma de competência da contribuição PIS/Pasep, ampliada a partir de 11.12.2001 pela Emenda nº 33/2001, vemos que não poderia retroagir para dar fundamento à Lei nº 9.701/1998.

32 Nesse sentido, lembre-se do teor do art. 1º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/1942): “Art. 1º [...] § 3º Salvo disposição de lei em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência”.

33 Publicada no DOU em 12.12.2001.

34 E da mesma forma que ocorrido em relação à Cofins, a partir da EC 33/2001, ficou aberta a possibilidade para o Governo Federal majorar a incidência da contribuição PIS/Pasep, de “faturamento” para “receita”, podendo inclusive utilizar-se de medida provisória, tendo em vista a modificação imposta pela EC 32/2001 ao limite previsto no art. 246 da Constituição.

11 A MAJORAÇÃO DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PIS/PASEP A PARTIR DA LEI Nº 10.637/2002 (MP 66/2002) NÃO ATINGE AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

Em 29.08.2002, o Governo Federal editou a Medida Provisória nº 66, que, ao instituir o regime de incidência plurifásica não-cumulativa para a contribuição PIS/Pasep, determinou que a hipótese de incidência (“fato gerador”) e a base de cálculo da contribuição PIS/Pasep em tal regime é o “faturamento”, porém entendido o “faturamento” como a “receita total” da pessoa jurídica. Essa disposição continuou prevista mesmo após a conversão da citada MP na Lei nº 10.637/2002³⁵.

Porém, além de ser inconstitucional (por confundir os conceitos de “faturamento” e “receita”, diferenciados pelas ECs 20/1998 e 33/2001)³⁶, essa hipótese de incidência majorada da contribuição PIS/Pasep pela Lei nº 10.637/2002 (“faturamento” entendido como “receita total”) simplesmente não se aplica às instituições financeiras, pois elas foram excepcionadas do regime de incidência plurifásica não-cumulativa da contribuição.

Ou seja, para as instituições financeiras, manteve-se aplicável o regime de incidência cumulativa, regrado pela Lei nº 9.701/1998, que, como visto, ficou apenas parcialmente aplicável aos bancos desde 01.01.2000 (compreendendo agora apenas a incidência sobre o “faturamento” dos serviços bancários), em virtude da perda do fundamento constitucional da antiga incidência sobre a “receita bruta operacional” (art. 72, V, do ADCT).

12 A LEI Nº 11.196/2005 – NOVAS REGRAS SOBRE A BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO PIS/PASEP NÃO POSSIBILITAM SUA INCIDÊNCIA SOBRE A “RECEITA FINANCEIRA” DOS BANCOS – APLICAÇÃO DO CONCEITO ESTRITO DE “FATURAMENTO”

Em data de 21.11.2005, foi editada a Lei nº 11.196 (conversão da MP 255/2005), que, além de diversas outras modificações na legislação tributária, previu novas regras sobre a formação da base de cálculo da contribuição PIS/Pasep (e também da Cofins) devidas pelas instituições financeiras no caso de atividades em mercados de liquidação futura.

35 Vide o caput do art. 1º e seus §§ 1º e 2º da Lei nº 10.637/2002. Tal lei foi objeto de diversas alterações, produzidas pelas Leis nºs 10.684/2003, 10.833/2003, 10.865/2004, 10.925/2004, e 10.996/2004. Porém, nenhuma dessas leis modificou a definição da hipótese e da base de cálculo da contribuição PIS/Pasep prevista na Lei nº 10.637/2002, que continua vigente até o presente momento.

36 Devido a nossas usuais limitações de espaço, não teremos oportunidade de fundamentar aqui essa inconstitucionalidade. Frise-se apenas, por ora, que seu aspecto é diverso daquele que fundamenta a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998 no que ampliou o conceito de “faturamento” para confundir-lo com a “receita total” das pessoas jurídicas, antes das Emendas nº 20/1998 e 33/2001.

Mas essa modificação atualmente prevista pela Lei nº 11.196/2005 não pode servir para exercer o papel da Lei nº 9.701/1998, que, antes da extinção da norma de competência do art. 72, V, do ADCT, permitia de forma legítima a incidência da contribuição PIS/Pasep sobre a receita bruta operacional dos bancos e não apenas sobre o “faturamento”³⁷.

Justificamos essa afirmativa ao observar a insuficiência das normas trazidas pela Lei nº 11.196/2005 para compor um regime próprio de incidência da contribuição PIS/Pasep 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 pré-fixada pela Lei nº 9.701/1998.

Sendo normas acessórias e complementares desse regime, deverão seguir aqui a sorte do principal: as receitas financeiras e assemelhadas auferidas pelos bancos não podem ser atingidas por esse tributo, visto que a Lei nº 9.701/1998 ou norma a ela complementar se tornaram inaplicáveis para tanto em face da perda de vigência da norma de competência que lhes dava guarida (art. 72, V, do ADCT). De outro lado, a norma de competência contida no art. 239 da Constituição não alberga nenhuma incidência da contribuição PIS/Pasep além do “faturamento” (receita bruta da venda de mercadorias e/ou da prestação de serviços, em sentido estrito), observando-se que o art. 149, § 2º, III, a, da CF, também não pode fundamentar a Lei nº 9.701/1998.

CONCLUSÕES

Tendo por premissa o conceito estrito de “faturamento” e em face de todo o exposto, julgamos ter levantado fundamentadas razões para crer que atualmente a contribuição PIS/Pasep não deve incidir sobre as “receitas financeiras” das instituições bancárias e assemelhadas, nem sobre “outras receitas” (ditas “não-operacionais”), por restar sem fundamento de validade constitucional a Lei nº 9.701/1998, desde 01.01.2000.

Por tal raciocínio, vê-se que a única incidência possível à contribuição PIS/Pasep a partir de 01.01.2000 feita com base na Lei nº 9.701/1998 recai sobre o “faturamento” dos bancos, ou seja, sobre a “receita bruta dos serviços bancários”. A incidência sobre as receitas financeiras dos bancos,

37 Lembre-se que, acaso a contribuição PIS/Pasep pudesse atingir a “receita bruta operacional”, as receitas financeiras dos bancos poderiam ser tributadas. Observe-se ainda que a Lei nº 11.196/2005, se fosse mais ampla, já teria, em tese, condições de exercer o papel da Lei nº 9.701/1998, com base na norma de competência ampliada da contribuição PIS/Pasep (art. 149, § 2º, conforme EC 33/2001).

por estas não serem “faturamento”, resta inválida por faltar previsão dessa incidência no art. 239 da Constituição Federal, conforme demonstramos ao longo da presente exposição. De outro lado, a norma ampliativa do art. 149, § 2º, da Constituição é inaplicável para validar a Lei nº 9.701/1998.

Conclui-se assim que a incidência da contribuição PIS/Pasep só poderá atingir as receitas financeiras ou outras receitas das instituições financeiras acaso seja instituída tal incidência por novo diploma legislativo ou até mesmo medida provisória, posterior ao surgimento da norma de competência do art. 149, § 2º, III, a, criada pela EC 33/2001, emenda essa que passou a permitir como hipótese de incidência possível à contribuição PIS/Pasep não apenas o “faturamento”, mas a “receita” (total) das pessoas jurídicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

PETRY, Rodrigo Caramori. A Cofins e a tributação sobre as receitas das instituições financeiras. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 145, p. 116-131.

_____. Os regimes tributários das contribuições Cofins e PIS/Pasep – Novas alterações e seus contornos constitucionais. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 138, p. 96-114.

ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *PIS – Problemas jurídicos relevantes*. São Paulo: Dialética, 1996.

TROIANELLI, Gabriel Lacerda. A inconstitucionalidade do PIS exigido nos termos da Emenda Constitucional nº 17/1997. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 29, p. 45-51.

_____. A permanência da inconstitucionalidade do PIS exigido nos termos da Emenda Constitucional nº 17/1997. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 42, p. 43-47.

O Depósito Integral do Montante Exigido e a Extinção da Punibilidade nos Crimes contra a Ordem Tributária

REGIANE BINHARA ESTURILIO

Mestre em Direito Econômico e Social – PUC/PR, Especialista em Direito Tributário e Processual Tributário – PUC/PR, Administradora de Empresas, Professora da Graduação e Pós-Graduação – Unicritiba, Advogada.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Direito Penal; 1.1 Conceito de crime; 1.2 Extinção da punibilidade; 2 Direito Tributário; 3 Direito Penal Tributário; Conclusão.

INTRODUÇÃO

Mesmo diante da necessidade do jurista ter em mente a noção do sistema jurídico como um todo, vem sendo inevitável classificar¹ o direito em diversos ramos e para as mais variadas situações. Por exemplo, mencionam-se as divisões para fins didáticos, e aquelas feitas no Poder Judiciário para fins de julgamento de situações concretas, nas Varas, Câmaras, Turmas e Seções especializadas.

Em que pesem as utilidades das mencionadas divisões, tal circunstância prática tem gerado equivocidades, e, muitas vezes, prejuízos a direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, posto que nem sempre se aplica a interdisciplinaridade, “como espaço de comutação discursiva entre os vários ramos jurídicos”².

É o que ocorre nos casos em que o sujeito passivo, em relação jurídica tributária, deposita judicialmente o montante integral exigido na esfera cível, sem que seja analisado se a natureza do ato pode ser equiparada a pagamento em sentido estrito (extinção do crédito tributário) e, em caso positivo, se os decorrentes efeitos jurídicos (extinção da punibilidade) podem ser produzidos também na esfera criminal, verificando-se verdadeira falta de análise conjunta e interdisciplinar das causas de extinção da punibili-

1 Com relação às classificações e seus critérios, observa Roque Antônio Carrazza (*Curso de direito constitucional tributário*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 454), com esteio nas considerações de Agustin Gordillo, que são infundáveis, e podem ser mais ou menos úteis.

2 DE SANTI, Eurico Marcos Diniz. *Curso de direito tributário e finanças públicas*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1.

Revista de Estudos Tributários

ANO XI — Nº 63 — SETEMBRO-OUTUBRO 2008

REPOSITÓRIO AUTORIZADO DE JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal — Nº 29/2000
Superior Tribunal de Justiça — Nº 42/1999
Tribunal Regional Federal da 1ª Região — Nº 21/2001
Tribunal Regional Federal da 2ª Região — Nº 1999.02.01.057040-0
Tribunal Regional Federal da 4ª Região — Nº 07/0042596-9/2007
Tribunal Regional Federal da 5ª Região — Nº 10/2007

EDITORIAL IOB

DIRETOR: Elton José Donato

GERENTE EDITORIAL: Maria Liliana C. V. Polido

EDITOR: Cristiano Agrella Basaglia

EDITORIAL IET — INSTITUTO DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS

DIRETORES

Milton Terra Machado
Hebe Bonazzola Ribeiro
Geraldo Bemfica Teixeira

CONSELHO EDITORIAL

Domiciano Cunha, Heleno Taveira Tôrres, Hugo de Brito Machado,
Humberto Bergmann Ávila, Ives Gandra da Silva Martins, José Mörschbacher,
Kiyoshi Harada, Leandro Paulsen, Misabel Derzi, Paulo de Barros Carvalho,
Roberto Ferraz, Roque Carrazza, Vittorio Cassone, Walmir Luiz Becker

COLABORADORES DESTA EDIÇÃO

Fernando Dantas Casillo Gonçalves, Kiyoshi Harada, Leonardo André Gandara
Letícia da Cruz Oliveira, Maurício Sirihal Werkema, Paulo Lauriano
Rachel Nogueira de Souza, Regiane Binhara Esturilio, Rodrigo Caramori Petry
Sandra Regina Alencar Guarita Bezerra, Sérgio Ricardo de Almeida

Revista de Estudos Tributários

estrutura da Revista de Estudos Tributários nº 63

ASSUNTO ESPECIAL

Supersimples – Lei Complementar nº 123/2006

Outrinas

Supersimples – Lei Complementar nº 123/2006 – Kiyoshi Harada

Simplex – Imunidade das Receitas Decorrentes de Exportação e das Operações com Produtos Destinados ao Exterior

– Decisões Judiciais Não Reconhecendo a Sua Aplicação para os Contribuintes Optantes do Sistema Integrado –

Razões Jurídicas para a Revisão do Posicionamento – Direito à Imunidade e Inexistência de Atuação do Judiciário

Como Legislador Positivo – Fernando Dantas Casillo Gonçalves

Supersimples – Desvendando a Lei Complementar nº 123/2006 – Rachel Nogueira de Souza

Jurisprudência

Acórdão na Íntegra (STJ)

Ementário

PARTE GERAL

Outrinas

A Contribuição PIS/Pasep e a Tributação das Receitas das Instituições Financeiras – Rodrigo Caramori Petry

O Depósito Integral do Montante Exigido e a Extinção da Punibilidade nos Crimes contra a Ordem Tributária – Regiane Binhara Esturilio

A Sempre Polêmica Substituição Tributária do ICMS – Sandra Regina Alencar Guarita Bezerra

Tributação das Operações com Peças Sobressalentes de Equipamentos Industriais e Créditos Fiscais – Maurício

Sirihal Werkema e Leonardo André Gandara

ICMS – Substituição e Antecipação Tributárias – Aplicabilidade a Diversos Segmentos da Economia Paulista – Paulo Lauriano

Jurisprudência

Acórdãos na Íntegra

Ementário de jurisprudência

Jurisprudência Administrativa

Ementário – 1º, 2º e 3º Conselhos de Contribuintes

Conteúdo

CSS – Tributo Fiscalizatório – Inconstitucionalidade – Kiyoshi Harada

em Poucas Palavras

As Novas Regras para Expedição de Certidão Negativa de Tributos e Contribuições Federais – Letícia da Cruz Oliveira e Sérgio Ricardo de Almeida

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR

ÍNDICE ALFABÉTICO E REMISSIVO

FORMAS EDITORIAIS PARA ENVIO DE ARTIGOS

63 – Set-Out/2008

Revista de Estudos Tributários

63 – Set-Out/2008

Revista de Estudos Tributários

Conselho Editorial

Domiciano Cunha

Heleno Taveira Tôres

Hugo de Brito Machado

Humberto Bergmann Ávila

Ives Gandra da Silva Martins

José Mörschbacher

Kiyoshi Harada

Leandro Paulsen

Misabel Derzi

Paulo de Barros Carvalho

Roberto Ferraz

Roque Carrazza

Vittorio Cassone

Walmir Luiz Becker



IET
INSTITUTO
DE ESTUDOS
TRIBUTÁRIOS

***IOB**

*IOB

IET
INSTITUTO
DE ESTUDOS
TRIBUTÁRIOS

IET
INSTITUTO
DE ESTUDOS
TRIBUTÁRIOS

***IOB**