

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE DE DIREITO**

**DA INCIDÊNCIA OU NÃO DO PIS E DA COFINS SOBRE AS RECEITAS  
VERTIDAS ÀS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR.**

**ANDRESON SANTOS COSTA**

**Rio de Janeiro  
2018/2º Semestre**

**ANDRESON SANTOS COSTA**

**DA INCIDÊNCIA OU NÃO DO PIS E DA COFINS SOBRE AS RECEITAS  
VERTIDAS ÀS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR.**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Bruno Maurício Macedo Curi.

**Rio de Janeiro**  
**2018/2º Semestre**

Santos Costa, Andreson

S837i DA INCIDÊNCIA OU NÃO DO PIS E DA COFINS SOBRE  
AS RECEITAS VERTIDAS ÀS ENTIDADES FECHADAS DE  
PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. / Andreson Santos Costa.  
- Rio de Janeiro, 2018.

67 f.

Orientador: Bruno Maurício Macedo Curi.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -  
Universidade Federal do Rio de Janeiro,  
Faculdade de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

1. Entidades Fechadas de Previdência  
Complementar. 2. RE 609096. 3. PIS. 4. COFINS. I.  
Curi, Bruno Maurício Macedo, orient. II. Título.

**DA INCIDÊNCIA OU NÃO DO PIS E DA COFINS SOBRE AS RECEITAS  
VERTIDAS ÀS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR.**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Bruno Maurício Macedo Curi.

Data da Aprovação: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_.

Banca Examinadora:

---

Orientador:

---

Membro da Banca:

---

Membro da Banca:

**Rio de Janeiro**  
**2018/2º Semestre**

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a **Deus** que em sua misericórdia sempre esteve ao meu lado me amparando e me inspirando em cada momento de dúvida, angústia e ansiedade, que com sua graça deu-me forças para concluir este trabalho.

Meu agradecimento especial a **Ataide de Souza Filho**, meu fiel e eterno companheiro, que em mais essa etapa de minha vida soube expressar esse seu lado amigo e companheiro que tenho certeza, posso contar em todas as horas sem hesitação, foi assim durante todo o período do curso e agora mais uma vez, a sua ajuda foi fundamental para a conclusão deste trabalho.

Agradeço ao meu orientador **Bruno Maurício Macedo Curi**, por sua ajuda crucial neste trabalho, pois, quando me via ansioso buscava me acalmar e me dar segurança para continuar, quando me faltava confiança me fazia acreditar.

Agradeço à **minha família**, de modo especial à minha mãe, Domingas Costa, sem a qual eu não teria chegado até aqui, uma senhora de 86 anos, analfabeta, mas que se preocupou com a educação de seu filho culminado com a realização deste sonho.

## RESUMO

O sistema de seguridade nacional instituído pela Constituição Federal de 1988, busca atender a três direitos básicos que formam os pilares de sustentação desse sistema, quais sejam, saúde, previdência e assistência social. Para a previdência social o legislador previu e criou as Entidades Fechadas de Previdência Complementar com o intuito de garantir aos aposentados uma melhor qualidade de Vida no fim de sua vida laboral. Sendo assim, é inegável a sua importância para a manutenção do sistema previdenciário nacional. Notadamente as Entidades Fechadas de Previdência Complementar, embora pertencentes ao sistema previdenciário nacional, não têm as mesmas fontes de custeio. Enquanto que no Regime Geral prevê a constituição ser de responsabilidade de toda a sociedade o custeio, na previdência complementar fechada a responsabilidade pelo custeio fica a cargo de cada participante, seja ele patrocinador ou patrocinado. O presente trabalho monográfico tem por objetivo o debate sobre a tributação das Entidades Fechadas de Previdência Complementar em específico com relação ao PIS e a COFINS. Trás como objeto de estudo o RE 609.096, que tem os subsídios para nortear a discussão. Os fatos geradores dos tributos supramencionados e as possibilidades de incidência desses sobre os ingressos financeiros das Entidades Fechadas de Previdência Complementar.

**Palavras-chave:** Entidades Fechadas de Previdência Complementar; RE 609096; PIS; COFINS.

## ABSTRACT

The system of national security instituted by the Federal Constitution of 1988 seeks to meet three basic rights that form the pillars of support for this system, namely health, welfare and social assistance. For social security, the legislator envisaged and created the Closed Entities of Complementary Pension Plans with the purpose of guaranteeing retirees a better quality of Life at the end of their working life. Thus, its importance for the maintenance of the national pension system is undeniable. Closely related entities, although belonging to the national pension system, do not have the same sources of funding. While the General Regime provides for the constitution to be the responsibility of the entire society, the cost of the complementary pension plan closed the responsibility for costing is the responsibility of each participant, whether sponsor or sponsored. The purpose of this monographic paper is to discuss the taxation of Closed Entities of Complementary Pension Plans in relation to PIS and COFINS. After this study RE 609.096, which has the subsidies to guide the discussion. The events generating the aforementioned taxes and the possibilities of their incidence on the financial inflows of Closed Entities of Complementary Pension Plans.

**Keywords:** Closed Entities of Complementary Pension Plans; RE 609096; PIS; COFINS.

## LISTA DE SIGLAS

<b>Sigla</b>	<b>Extenso</b>
ABRAPP	Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Privada
CADIN	Cadastro Informativo de créditos não quitados do setor público federal
CF	Constituição Federal
COFINS	Contribuição Para o Financiamento da Seguridade Social
CNPC	Conselho Nacional de Previdência Complementar
CRFB	Constituição da Republica Federativa do Brasil
CRPC	Câmara de Recurso da Previdência Complementar
EAPC	Entidade Aberta de Previdência Complementar
EFPC	Entidade Fechada de Previdência Complementar
FEBRABAN	Federação Brasileira de Bancos
IBRACON	Instituto Brasileiro de Contadores
ICMS	Imposto Sobre Circulação de Mercadorias E Serviços
IPI	Imposto Sobre Produtos Industrializados
LC	Lei Complementar
PGR	Procuradoria Geral da República
PIS	Programa de Inclusão Social
PREVIC	Superintendência Nacional de Previdência Complementar
PUC/SP	Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
RE	Recurso Extraordinário
SPC	Secretaria da Previdência Complementar
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUSEP	Superintendência de Seguros Privados
TAFIC	Taxa de fiscalização e Controle da Previdência Complementar



USP

Universidade de São Paulo

## SUMÁRIO

	Página
<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>12</b>
<b>CONCEITOS DOS FATOS GERADORES E NATUREZA JURÍDICA DO PIS E DA COFINS.....</b>	<b>15</b>
<b>1.1 Natureza jurídica do PIS e da COFINS.....</b>	<b>15</b>
<b>1.2 Conceito de receita e faturamento em termos contábeis e jurídicos.....</b>	<b>17</b>
<b>1.3 As contribuições sociais na Constituição e na legislação.....</b>	<b>20</b>
<b>1.4 Evolução histórica da cobrança do PIS e da COFINS.....</b>	<b>22</b>
<b>2 AS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR, NATUREZA JURÍDICA E FINALIDADES.....</b>	<b>26</b>
<b>2.1 Da seguridade social na Constituição Federal e competências legislativas.....</b>	<b>26</b>
<b>2.2 Da natureza jurídica das entidades fechadas de previdência complementar, legislação regente e finalidades.....</b>	<b>28</b>
<b>2.3 Legislação regente das Entidades Fechadas de Previdência Complementar.....</b>	<b>32</b>
<b>2.4 Diferenças entre as Entidades Fechadas de Previdência Complementar e as Entidades Abertas de Previdência</b>	

<b>Complementar.....</b>	<b>34</b>
<b>3 AS CONTROVÉRSIAS DA INCIDÊNCIA OU NÃO DO PIS E DA</b>	
<b>COFINS SOBRE OS INGRESSOS FINANCEIROS NAS ENTIDADES</b>	
<b>FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR NO RE</b>	
<b>609.096.....</b>	<b>38</b>
<b>3.1 RE 609.096 e as controvérsias postas pelas partes.....</b>	<b>38</b>
3.1.1 As mudanças na legislação infraconstitucional que ensejaram	
a discussão.....	38
<b>3.2 Os argumentos carreados aos autos do Mandado de Segurança nº</b>	
<b>2005.71.00.019507-0, pela impetrante.....</b>	<b>39</b>
<b>3.3 As teses sustentadas em parecer jurídico juntado aos autos do</b>	
<b>Mandado de Segurança.....</b>	<b>42</b>
3.3.1 Resposta da autoridade coatora ao Ofício nº 0929/2005 para	
prestar esclarecimentos a respeito dos pedidos formulados	
pela impetrante no mandamus .....	44
3.3.2 Do parecer do Ministério Público Federal .....	49
<b>3.4 Das decisões seguintes.....</b>	<b>50</b>
3.4.1 Do pedido de ingresso da FEBRABAN como amicus curiae e	
seus argumentos.....	53
3.4.2 Do parecer do Ministério Público Federal .....	57
<b>3.5 O parecer do Procurador Geral da República.....</b>	<b>60</b>

3.5.1 Das instituições financeiras.....	60
3.5.2 Das Entidades Fechadas de Previdência Complementar.....	61
<b>3.6 Da decisão do RE 609.096.....</b>	<b>62</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>63</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>65</b>

## INTRODUÇÃO

No Brasil por força de disposição constitucional, temos o Regime Geral de Previdência que atende a todos os trabalhadores que figurem como segurados da Previdência Social. Este por sua vez possuiu um teto do valor a ser pago como benefício de aposentadoria, esse valor muitas das vezes não corresponde ao valor real que ganhava determinada pessoa durante a sua vida laboral, caindo assim drasticamente o seu padrão de vida.

É também nesse momento da vida, ou seja, após a aposentadoria em que se observa um maior gasto e uma maior demanda por recursos financeiros para o custeio de despesas com saúde e outros.

Nesse contexto de insuficiência de recursos financeiros e de necessidade de garantir ao segurado a possibilidade de manutenção de sua qualidade de vida, o legislador em sua inteligência encontrou a solução para atenuar tais situações nas entidades de previdência complementar, abertas e fechadas.

Ao dispor sobre a criação das entidades de previdência complementar o legislador constitucional o fez dando a cada uma a função de complementação de aposentadorias, sendo estas regulamentadas por lei complementar, sendo a LC nº 109/2001, que regulamenta as especificidades e as peculiaridades de cada uma em seu atuar.

Art. 2º O regime de previdência complementar é operado por entidades de previdência complementar que têm por objetivo principal instituir e executar planos de benefícios de caráter previdenciário, na forma desta Lei Complementar<sup>1</sup>.

Para o presente trabalho, importa o estudo da tributação de PIS e COFINS sobre as entidades fechadas de previdência complementar, confrontando as regras matrizes tributárias, bem como os conceitos e institutos aplicáveis, com o estudo de caso do Recurso Extraordinário 609096.

---

<sup>1</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LCP/Lcp109.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp109.htm)

Falar em previdência complementar fechada, nada mais é do que falar na formação de uma poupança que garantirá a manutenção da qualidade de vida dos participantes ao fim da vida laboral, uma complementação à aposentadoria.

A legislação ao dispor sobre as entidades fechadas de previdência complementar o fez, disciplinando o que são essas entidades, sua forma de atuação e a quem deveriam atender. De igual maneira o fez com as entidades abertas.

As entidades fechadas cumprem um papel social de importância ímpar, no que tange ao bem-estar social, não se prestam a atuarem como conglomerados empresariais exercendo atividades inerentes a esses setores.

Nesse sentido, tributar as receitas vertidas pelos participantes e os dividendos oriundos destas, que nada mais cumprem do que a função de manter os planos de previdência financeiramente equilibrados não faz o menor sentido.

Assim sendo, entender os limites do poder de tributar e a possibilidade da incidência do PIS e da COFINS sobre os valores ingressos nessas entidades é o que guiará este trabalho na busca por depurar as alegações que envolvem o tema.

A busca por um entendimento jurídico do assunto se dará por meio de pesquisas jurisprudenciais e doutrinárias e também analisando a legislação, tanto a que instituiu a contribuição quanto a que instituiu essas entidades.

O primeiro capítulo, busca trabalhar as questões relacionadas aos fatos geradores do PIS e da COFINS, o que são faturamento e receita bruta em termos contábeis e jurídicos, bem como a natureza jurídica e a evolução das contribuições sociais ora estudadas.

No segundo capítulo deste trabalho, tratará das entidades fechadas de previdência complementar, natureza jurídica, diferenças entre as entidades abertas de previdência complementar, legislação pertinente e órgãos fiscalizadores.

Por fim, no terceiro capítulo, será realizada uma explanação dos argumentos carreados aos autos do RE 609.096, onde são postas as controvérsias da incidência ou não do PIS e da COFINS sobre as receitas havidas pelas entidades fechadas de previdência complementar.

Este derradeiro capítulo será o sustentáculo desse trabalho, uma vez que é nesse estudo de caso, que se encontram todas as controvérsias, teses e caminhos que baseiam o presente estudo.

Os atores envolvidos nesse tema expõem suas teses, os conceitos e os caminhos da previdência complementar fechada no Brasil, bem como as questões relacionadas à constitucionalidade de dispositivo legal e as matrizes tributárias nacionais.

# 1. CONCEITOS DOS FATOS GERADORES E NATUREZA JURÍDICA DO PIS E DA COFINS

## 1.1 Natureza jurídica do PIS e da COFINS

O Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), conforme estabelece a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional têm como fato gerador o ingresso de receita e o faturamento das pessoas jurídicas.

O artigo 195, I, b<sup>2</sup> da Constituição Federal, consagra em seu texto que a contribuição do empregador, da empresa e de entidade a ela equiparada, na forma da lei incide sobre “a receita ou o faturamento”.

Dando significado ao dispositivo supramencionado é a lição que se extrai do ensinamento abaixo transcrito:

Os contribuintes do PIS e da COFINS são as pessoas jurídicas de direito privado e as que lhe são equiparadas pela legislação do Imposto de Renda, inclusive empresas prestadoras de serviços, empresas públicas e sociedades de economia mista e suas subsidiárias, excluídas as microempresas e as empresas de pequeno porte submetidas ao regime do Simples Nacional<sup>3</sup>.

Conforme o dispositivo constitucional verifica-se uma clara pretensão do legislador em garantir um bem estar social e a manutenção de garantias e direitos fundamentais contidos na Constituição Federal por meio da seguridade social.

---

<sup>2</sup> Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (Vide Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

~~I - dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro;~~

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

b) a receita ou o faturamento; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

c) o lucro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

<sup>3</sup> ANDRADE, Euridice S. Mamede de. Contabilidade Tributária. 2ª edição. São Paulo, editora: Atlas S.A, 2015, p. 133.



As contribuições para o PIS e para a COFINS são consideradas como contribuições sociais de previdência ou paraestatais. A instituição dessas contribuições tem como objetivo assegurar o equilíbrio financeiro e garantir a manutenção da seguridade social no país. Assim sendo, importante entender o momento da ocorrência do fato gerador dessa espécie de contribuição ora estudada.

Nesse sentido, ensina o professor José Eduardo Soares de Melo<sup>4</sup>, que a incidência dessa contribuição tem como momento da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, o seguinte:

A contribuição sobre o faturamento não incide singelamente sobre a existência de fatura, e nem deflui do mero resultado de seu somatório (faturamento), uma vez que esses elementos representam unicamente o registro documental e a quantificação de negócios jurídicos realizados pelo contribuinte (MELO, 2012, p. 119).

Logo, se extrai desse ensinamento que, para a configuração da hipótese de incidência do PIS e da COFINS é necessário não apenas a existência de uma fatura, faturamento ou receita, para que ocorra o fato gerador. O faturamento ou a receita devem estar ligados à atividade da pessoa jurídica.

Assim, se constata que as contribuições para o PIS e a COFINS têm seu fato gerador com a ocorrência de receita ou o faturamento, no entanto, a simples ocorrência de receita ou faturamento das pessoas jurídicas que tenham em algum momento obtido ingresso financeiro em seu caixa, não é o suficiente para a caracterização da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária.

Dito isto, importante entender em termos contábeis e jurídicos quais são os conceitos de receita e faturamento.

---

<sup>4</sup> Possui graduação em Direito pela USP (1965), mestrado em Direito pela PUC-SP (1990) e doutorado em Direito pela PUC-SP (1993). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Tributário. Ex Prof. Titular de Direito Tributário da PUC/SP. Visiting Scholar da U.C. Berkeley (Califórnia). Orientador da Buceryus Law School (Hamburgo). Prof. Emérito da Faculdade Brasileira de Tributação. Ex Juiz do Tribunal de Impostos e Taxas da Secretaria da Fazenda de São Paulo. Advogado na Soares de Melo Advogados.

## 1.2 Conceito de receita e faturamento em termos contábeis e jurídicos

Conforme se verifica da norma constitucional, a incidência do PIS e da COFINS tem como fato gerador, a ocorrência de receita e faturamento. Sendo assim, cabe entender o significado jurídico e contábil de cada instituto para assim saber em questão material, espacial e temporal a sua ocorrência.

Melo (2012, p. 119), de modo direto e bastante sucinto, conceitua receita bruta como:

A receita bruta compreende verbas ingressadas no patrimônio da empresa, em razão de diversificadas atividades, tais como rendimentos brutos de aplicações financeiras, lucros e dividendos, juros e descontos, aluguéis, variações monetárias, prêmio de resgate de títulos.

O ensinamento ora referenciado, trata-se de entendimento da doutrina que se debruça sobre esse tema e leva-nos a uma melhor compreensão do que são receita e faturamento dentro da estrutura das atividades desenvolvidas por uma pessoa jurídica.

No entanto, o termo receita, utilizado para designar o fato gerador da obrigação tributária, refere-se a um termo contábil, ou seja, correspondem a acréscimos nos ativos ou decréscimos nos passivos, eventos, esses, que alteram bens, direitos e obrigações.

Sendo assim, para entender o conceito de receita e faturamento, forçoso se faz buscar o melhor ensinamento contábil destes, para assim poder entender a natureza e os fundamentos de cada um.

Para a ciência contábil, receita pode assim ser considerada:

Receita, entretanto, não inclui todos os acréscimos nos ativos ou decréscimos nos passivos. Recebimento de numerário por venda implica em alteração do patrimônio líquido. Por outro lado, o recebimento de numerário por empréstimo tomado ou o valor de um ativo comprado a dinheiro não são necessariamente, de uma transação em numerário ou seu equivalente, como, por exemplo, a correção monetária desses valores (MELO, 2012, p. 120).

Ainda nesse sentido, receita deve ser entendida em três sentidos, visto que, o termo receita simplesmente soa como demasiadamente genérico e de fato é, uma vez que se tem apenas uma palavra, um termo, que abrange todo um complexo de atividades.

Sendo por essa razão, importa distinguir receita como operacional e não-operacional, para melhor compreender a sua amplitude. Nesse sentido, é a transcrição abaixo do que nos ensina o Melo (2012, p. 120):

Receita operacional – Corresponde a evento econômico relacionado com a atividade ou atividades principais da empresa, independentemente de sua frequência. Nesse contexto, conseqüentemente, o conceito de receita é de elemento ‘bruto’, e não líquido, correspondendo em última análise ao valor pelo qual a empresa procura se ressarcir dos custos e despesas e auferir crédito.

A segunda distinção de receita feita pelo eminente professor trata-se de receita não-operacional, vejamos:

Receita não-operacional – Corresponde aos eventos econômicos aditivos ao patrimônio líquido, não associados com a atividade ou atividades principais da empresa, independentemente da sua frequência. O conceito de receita não-operacional é de elemento líquido, ou seja, ela é considerada pelo líquido dos correspondentes custos. Como casos comuns desse tipo de receita temos os ganhos de capital, correspondentes à transações com imobilizados ou com investimentos de natureza permanente, desde que não relacionados com a atividade principal da empresa.

Por fim, temos a terceira definição de receita no termo contábil do instituto, ou seja, o cerne do significado para qualquer atividade de cunho econômico que vise auferir ganhos.

Ganho – Corresponde ao evento econômico aditivo ao patrimônio líquido que não resulta das operações típicas da empresa no período contábil, sendo conseqüentemente, de natureza inusitada e apresentando alto grau de anormalidade.

Os conceitos acima expostos são conceitos que a contabilidade já entende como sendo os mais apropriados para a definição dos termos esposados. Tais conceitos são os mesmos que o Instituto Brasileiro de Contadores – Ibracon, já definiu.

No que concerne a faturamento, o STF firmou seu entendimento no sentido de tornar receita bruta e faturamento como sendo sinônimas, ou seja, havendo a venda de mercadorias e serviços ocorre a receita e o faturamento simultaneamente. No entanto, esse entendimento da suprema corte não quer dizer que qualquer receita bruta se configura como sendo faturamento, e sim que a receita bruta resultante das vendas de mercadorias e serviços, podem ser consideradas como receitas.

Quanto ao significado de entradas ou ingresso no âmbito das receitas públicas, Melo (2012, p.121) assim classifica:

Entradas ou ingressos – As quantias recebidas pelos cofres públicos são genericamente designadas ‘entradas’ ou ingressos, porém, constituem receitas públicas, pois alguns deles não passam de ‘movimentos de fundo’, sem qualquer incremento do patrimônio governamental, desde que estão condicionados a restituição posterior ou representem mera recuperação de valores emprestados ou cedidos pelo Governo.

Exemplificam esses ‘movimentos de fundos’ ou simples ‘entradas de caixa’, destituídas de caráter de receitas: as cauções, fianças e depósitos recolhidos ao Tesouro; os empréstimos contraídos pelos Estados, ou as amortizações daqueles que o Governo acaso concedeu; enfim, as somas que se escrituram sob reserva de serem restituídas ao depositante ou pagas a terceiro por qualquer razão de direito e as indenizações devidas por danos causados às coisas públicas e liquidados segundo o direito civil.

Como se observa, o conceito de receita e faturamento não deve ser interpretado de maneira genérica, ou seja, todo e qualquer valor que seja auferido por determinada pessoa jurídica, não deve ser entendido como sendo receita ou faturamento, cabendo uma distinção maior de cada evento.

Há também outras definições de receitas com palavras diferentes, mas com sentido idêntico ao acima trabalhado.

Conforme o ensinamento extraído da dissertação de Mestrado de Patrícia Hermont Barcellos Gonçalves Madeira<sup>5</sup>, esta descreve o que encontrou em trabalho cuidadoso de Minatel.

Segundo Madeira (2009, p. 32) descreve, em seu cuidadoso estudo, Minatel analisou as conotações que o termo receita pode ter para as diferentes linguagens (constitucional, societária, contábil, econômica, de finanças públicas e também para a lei tributária). Constatou que, em cada uma delas, o conceito de receita vem usualmente associado a diversos outros conceitos, deles se aproximando ou se afastando, conforme o contexto. Empreendendo aquilo que denominou de “busca do conceito de receita”, o autor dissecou as diferenças e semelhanças entre receita e faturamento; receita e ingresso; receita, renda e lucro; receita e ganho de capital; receita, capital e investimento; receita e movimentação financeira; e receita

---

<sup>5</sup> Não-cumulatividade do PIS e da COFINS. Disponível em <  
[www.teses.usp.br/.../Patricia\\_Hermont\\_Barcellos\\_Goncalves\\_Madeira\\_Dissertacao.pdf](http://www.teses.usp.br/.../Patricia_Hermont_Barcellos_Goncalves_Madeira_Dissertacao.pdf)  
> Acesso em 30/11/2018.

e indenização. Conseguiu, ao final, extrair as “notas determinantes do conceito de receita”, anunciando conforme Madeira (2009, p. 32):

Receita é qualificada pelo ingresso de recursos financeiros no patrimônio da pessoa jurídica, em caráter definitivo, proveniente dos negócios jurídicos que envolvam o exercício da atividade empresarial, que corresponda à contraprestação pela venda de mercadorias, pela prestação de serviços, assim como pela remuneração de investimentos ou pela cessão onerosa e temporária de bens e direitos a terceiros, aferido instantaneamente pela contrapartida que remunera cada um desses eventos (Minatel apud Madeira, 2009, p. 32).

Assim sendo, chega-se ao ponto em que ficam determinados os conceitos de receita e faturamento tanto no âmbito contábil, quanto no âmbito jurídico para a incidência das contribuições do PIS e da COFINS.

Ainda nesse contexto, cabe uma derradeira e não menos importante explicação a respeito dos conceitos de receita bruta e faturamento, numa diferenciação da não-cumulatividade com outro tributo e dando suas reais dimensões.

Doutrina autorizada extrema com maior clareza essa distinção, ao explicar que as operações tributadas pelo ICMS configuram pressuposto de fato bilateral, pois requerem a participação de mais de um agente; já o faturamento e a receita do PIS e da Cofins, apesar de serem frutos daquelas operações, revelam materialidade econômica unilateral, ligada exclusivamente ao contribuinte que os aufere. Além disso, o universo de elementos captáveis pelo PIS e Cofins não-cumulativos é mais abrangente que o referido pelo ICMS (e também pelo IPI), pois esses impostos dizem respeito ao processo de circulação de um produto (conotação física), ao passo que aquelas contribuições, tratando do processo de formação do faturamento e das receitas, levam em conta, além de elementos físicos, elementos financeiros relevantes para sua obtenção (MINATEL apud MADEIRA, 2009, p. 34).

Esclarecidos tais conceitos que por si só guardam enorme importância para o presente estudo, importante agora entendermos os parâmetros legais que norteiam a cobrança das contribuições ora em estudo.

### **1.3 As contribuições sociais na Constituição e na legislação**

A Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB, também denominada Constituição Federal – CF, em seu artigo 149 caput<sup>6</sup> reservou especial espaço para estabelecer

---

<sup>6</sup> Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas

os tipos de contribuições sociais, delegando competência exclusiva à União para instituir tais contribuições.

As contribuições sociais a que se refere o artigo 149 da CRFB, conforme entendimento esposado pelo STF, são classificadas da seguinte forma: contribuições sociais gerais, contribuições de seguridade social e outras contribuições<sup>7</sup>.

Importa para o presente estudo, as contribuições de seguridade social, afinal é daí que se extraem os elementos essenciais para entender a natureza jurídica do PIS e da COFINS, bem como todas as nuances das contribuições que são objeto desse estudo.

A Constituição Federal em seu artigo 195 inaugura o que se pode chamar de marco da instituição das contribuições sociais no ordenamento jurídico vigente, ou seja, a partir de então, temos um rumo a seguir, no que se refere ao financiamento da seguridade social no Brasil na vigência da atual ordem constitucional.

Embora ordenamento jurídico pátrio já tivesse a previsão da forma de custeio da previdência social, por meio de algumas contribuições, importa aqui mencionar esse dispositivo constitucional, pois é ele que irá dar sustentação a todo o arcabouço legal em torno de como e de onde virão os recursos para a manutenção e custeio do sistema de seguridade social no país.

É no contexto do regime constitucional vigente que se faz importante o estudo da figura do PIS e da COFINS, como sendo uma das fontes de custeios mais importantes para a atual sistemática de previdência social no Brasil.

Essa modalidade de contribuição que incide sobre a receita e o faturamento das pessoas jurídicas, artigo 195, I, “b” da Constituição Federal, tem se revelado como sendo um importante pilar de sustentação da previdência social e que visa com isso, enrobustecer a previdência social pública, ou seja, assegurar o equilíbrio financeiro para arcar com aposentadorias e outros provimentos dados aos cidadãos brasileiros pela seguridade social.

---

respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

<sup>7</sup> SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. 5ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, pg. 529.

O artigo 195 da Constituição Federal prevê três tipos de contribuições sociais quais sejam, Contribuição Social do empregador, Contribuição Social dos trabalhadores e Contribuição Social sobre concurso de prognósticos. No entanto, aqui conforme já mencionado, interessa dar ênfase ao estudo das contribuições as quais abarcam o PIS e a COFINS, que como contribuições sociais parafiscais, formam a maior e mais importante espécie de contribuição e são cobradas para o sustento da seguridade social<sup>8</sup>.

#### 1.4 Evolução histórica da cobrança do PIS e da COFINS

A contribuição para o PIS e a COFINS, expressamente prevista na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 195, I, b, constava do texto constitucional original com redação dada pelo constituinte originário apontando o fato gerador da obrigação tributária.

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

- I - dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro;
- II - dos trabalhadores;
- III - sobre a receita de concursos de prognósticos<sup>9</sup>.

Ocorre que com a emenda constitucional nº 20/1998, a redação original foi alterada sendo substituída pela atual redação do artigo 195<sup>10</sup> da Constituição Federal com claro intuito do legislador derivado de abarcar situações, fatos geradores até então não alcançados.

---

<sup>8</sup> SOARES MADEIRA, Anderson. *Manual de Direito Tributário*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p.44-45;

<sup>9</sup><http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>.

<sup>10</sup> Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (Vide Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

~~I - dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro;~~

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

b) a receita ou o faturamento; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

c) o lucro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

Outro fato importante nessa mudança no texto constitucional é que com o advento da emenda há uma tentativa de convalidação da Lei 9.718/1998 que já havia dado uma interpretação extensiva e até então inexistente ao dispositivo constitucional originário.

A COFINS prevista na Constituição era regulamentada pela Lei Complementar nº 70/1991, sendo esta uma contribuição devida pelo empregador sobre o seu faturamento sendo a alíquota de 2% sobre a receita bruta das vendas de mercadorias e serviços, previsão do artigo 2º desta lei.

No entanto, além da alteração constitucional dada pela Emenda Constitucional nº 20/1998, a Lei nº 70/1991 também sofreu uma forte alteração mudando assim para efeitos tributários o conceito tradicional de faturamento que estava contido no artigo 2º desta lei.

Em 1998 por meio da Lei Ordinária 9.718/1998, o dispositivo legal que regia a contribuição até então, ou seja, a Lei Complementar 70/1991 sofreu algumas alterações significativas no que tange a base de cálculo da incidência do fato gerador da COFINS, abrangendo assim o faturamento “latu senso”.

A Lei 9.718/98, editada antes da alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 20/98 no inciso I do art. 195 da CF/88, disciplinou em conjunto o PIS e a COFINS. Disse que o faturamento, para fins de incidência dessas contribuições, equiparava-se à receita bruta da empresa, assim entendida como “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”.

A questão foi levada ao STF que ao apreciar a questão no julgamento do RE 346.084-6/PR, veio a reafirmar o entendimento já pacificado na Constituição Federal no que concerne ao conceito de receita bruta e faturamento, não comportando a amplitude almejada pelo artigo 3º da Lei 9.718/98.

Tomando como base uma leitura da evolução histórica da contribuição ora em estudo, o artigo 3º da Lei 9.718/98, foi além da equiparação inicialmente posta pelo Decreto nº 1.940/82, não se limitou a dizer que aquele termo equiparava-se à receita bruta advinda das



operações de venda de mercadorias e prestação de serviços; disse a nova lei (9.718/98) que o faturamento equivalia à receita bruta e que esta corresponderia ao total das receitas auferidas pela empresa (MADEIRA, 2009, p. 29)

Seguindo a linha de evolução legislativa no que concerne a regulamentação do que são faturamento e receita bruta, temos o surgimento de outros dois diplomas legais, quais sejam, as leis 10.637/2002 e 10.833/2003:

As Leis 10.637/2002 e 10.833/2003 mantiveram a tendência legislativa de indicar o faturamento como fato gerador das contribuições PIS e COFINS. Mas, em vez de equiparar o faturamento à receita bruta e esta à totalidade das receitas, referidas leis disseram que o faturamento equiparava-se à receita total da empresa e esclareceram que a receita total compreendia não só a receita bruta proveniente da compra e venda mercantil e da prestação de serviços (receitas provenientes do faturamento, como já dissera o STF), mas também todas as demais receitas da pessoa jurídica. Note-se: para as novas leis, o faturamento não mais equivale à receita bruta; equivale sim ao total das receitas, que compreende a receita bruta e todas as demais outras receitas da empresa (MADEIRA, 2009, p. 30).

Conforme se verifica dos diplomas ora referenciados, o legislador buscou atribuir uma não-cumulatividade da contribuição sobre a receita bruta e o faturamento, a passo que busca definir mais uma vez os conceitos de receita bruta e faturamento.

O PIS foi criado pela Lei nº 7, de 1970, tendo como sua base de cálculo inicialmente o faturamento e alíquota de 0,75%, e o recolhimento mensal, semestral.

Assim sendo, as empresas que fossem, simultaneamente, vendedoras de mercadorias e prestadoras de serviços contribuía com base na receita bruta das vendas de mercadorias e da prestação de serviços; as instituições financeiras e entidades a ela equiparadas o faziam com base na receita operacional; as sociedades seguradoras e entidades equiparadas contribuía com base nas suas receitas patrimoniais e operacionais; as empresas exclusivamente prestadoras de serviços o faziam com base no IRPJ devido ou como se devido fosse (MADEIRA, 2009, p. 25).

Os Decretos Leis nº 2.445/88 e 2.499/88 alteraram a base de cálculo para receita bruta operacional (faturamento + receitas financeiras + variações monetárias ativas) à alíquota de

0,65% e recolhimento mensal<sup>11</sup>. Sendo posteriormente por decisão do STF, declarados inconstitucionais, uma vez que a base de cálculo só pode ser alterada por lei e não por decreto.

Conforme já mencionado o PIS já se encontrava devidamente instituído antes da Constituição Federal de 1988 sendo recepcionado pelo texto constitucional vigente como forma de custeio da seguridade social.

Assim temos um breve histórico das contribuições para o PIS e a COFINS, no que tange a sua evolução histórica legislativa, bem como em termos de conceitos dos fatos geradores dessa obrigação tributária.

---

<sup>11</sup> FABRETTI, Láudio Camargo. *Contabilidade Tributária*. São Paulo. 14ª edição. Editora atlas, 2014, p. 190.

## **2. AS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR, NATUREZA JURÍDICA E FINALIDADES.**

### **2.1 Da seguridade social na Constituição Federal e competências legislativas.**

A seguridade social no Brasil goza de especial atenção dada pela Constituição Federal no Título VIII, a partir do artigo 193, quando trata da Ordem social.

Ao dispor dessa forma, quis o constituinte originário adotar um sistema de proteção e bem-estar social que viesse a abranger todos os cidadãos. Esse sistema foi designado de seguridade social e é formado por três direitos sociais: saúde, previdência e assistência<sup>12</sup>. Sendo assim, observa-se uma divisão em subsistemas.

Seguindo essa lógica de subsistemas dentro de uma visão macro, qual seja, a seguridade social, esses três direitos sociais ora referidos se dividem em três subsistemas sendo de saúde, Previdência social e Assistência social, conforme já mencionado.

Contudo, importa nesse momento o estudo sobre o subsistema da Previdência Social, como sendo aquele que busca proteger o trabalhador quando do fim da sua vida laboral ocasionada por idade ou por outro motivo expressamente previsto na legislação ou estatuto das entidades.

Nesse sentido, dispõe a Constituição Federal que, o financiamento da seguridade social se dará por intermédio de um esforço coletivo de toda a sociedade, guardada as devidas proporções à capacidade contributiva de cada um. Essa é a orientação dada pela inteligência do artigo 195 da Constituição Federal de 1988.

No que tange a previdência social, apesar de se encontrar dentro do disposto à seguridade social que é de competência privativa da União para legislar, quanto à saúde, previdência e assistência, conforme previsão do artigo 22, XXIII da Constituição Federal, o artigo 24, XII excepciona essa regra, dando competência concorrente a União, Estados e

---

<sup>12</sup> PIERDONÁ, Zélia Luiza. Previdência Complementar Panorama Jurídico e Desafios. São Paulo, editora: Quater Latin do Brasil, 2015, p. 16.

Distrito Federal quanto à instituição do Regime Próprio de Previdência dos servidores dos Entes Federados.

Assim sendo, a competência concorrente nesse caso se justifica em razão dos servidores públicos estaduais e municipais vinculados ao regime próprio, conforme ensinamento do professor Fábio Zambitte Ibrahim<sup>13</sup>:

Mas, na área previdenciária, justifica-se a competência concorrente, em razão dos servidores públicos estaduais e municipais vinculados a regimes próprios de previdência. Os Estados e Municípios, a partir de normas gerais da União, irão estabelecer as regras previdenciárias para seus servidores. Tanto na União, como nos Estados e Municípios, com base no princípio da simetria, o regime previdenciário e suas regras devem ser previstas em lei, cabendo a iniciativa ao Poder Executivo, na forma do art. 61, § 1º, II, c da Constituição (IBRAHIM, 2011, p. 83).

Ibrahim (2011) ensina que, outra justificativa que pode ser entendida para que o legislador originário tenha estabelecido a competência concorrente aos Entes Federados, é a possibilidade de criação das entidades fechadas de previdência complementar:

A competência concorrente também se justifica pela aptidão dos Entes Federados em criar, por meio de lei própria, as entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, para seus servidores (art.40, § 15, CRFB/88 com redação dada pela EC nº 41/03) (IBRAHIM, p. 84).

No entanto, cabe observar que, quanto ao Regime Geral de Previdência Social a competência para legislar continua sendo privativa da União, ou seja, o regime previdenciário dos trabalhadores em geral é de competência exclusiva da União<sup>14</sup>.

O Regime Geral de Previdência Social encontra-se disciplinado pela lei nº 8.213/91 especificamente em seu artigo 9º e incisos.

Nesse sentido, temos o ponto de partida para melhor entender o que são as entidades fechadas de previdência complementar e quais as suas finalidades, visto que, conforme

---

<sup>13</sup> Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2011), Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica SP (2007). Advogado, Professor Titular de Direito Previdenciário e Tributário do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC), Professor Adjunto de Direito Financeiro da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Professor e Coordenador de Direito Previdenciário da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Foi auditor fiscal da Secretaria de Receita Federal do Brasil e presidente da 10ª Junta de Recursos do Ministério da Previdência Social.

<sup>14</sup> IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 16ª edição. Rio de Janeiro, editora: Impetus, 2011, p. 84.

preceitua a Constituição Federal, a seguridade social será formada pelo esforço coletivo de toda a sociedade e nesse entendimento qual o papel dessas entidades.

## **2.2 Da natureza jurídica das entidades fechadas de previdência complementar, legislação regente e finalidades.**

Conforme já mencionado, o sistema de previdência pátrio permite que, além do Regime Geral de previdência, possa haver outros meios de se formar uma “poupança”, leia-se, previdência complementar para quando a pessoa atinja o fim de sua capacidade laboral visando não haver um declínio brusco no seu padrão de vida<sup>15</sup>.

Como é sabido, o Regime Geral de Previdência tem um teto para as aposentadorias e muitas das vezes não corresponde ao que ganhava a pessoa durante a sua vida laboral, caindo assim drasticamente o seu padrão de vida. É também nesse momento da vida em que mais se precisa de recursos financeiros para o custeio de despesas com saúde e outros.

O pressuposto genérico é de que as necessidades financeiras de uma pessoa diminuem quando ela se aposenta. Em certa medida, é um pressuposto válido. É provável que o aposentado não tenha mais filhos que dependem dele e que já tenha adquirido casa própria e bens básicos durante sua vida profissional. Entretanto, é possível que a redução agregada atual das necessidades financeiras de uma pessoa que está se aposentando tenha sido superestimada. As expectativas e preferências pessoais desestimulam qualquer mudança drástica do padrão de vida depois da aposentadoria, e há uma tendência crescente entre os aposentados de permanecerem na ativa, particularmente em se tratando de atividades cívicas, sociais, viagens e outras atividades recreativas. Além disso, a urbanização, a mobilidade geográfica, as características populacionais e os novos hábitos culturais diminuíram as chances de pais aposentados morarem com seus filhos.

Um outro fator que impede a diminuição das necessidades financeiras dos aposentados é o custo elevado de cuidados médicos de longo prazo. Estima-se que uma entre quatro pessoas acima de 65 anos passa a viver em uma casa de repouso, e praticamente todas as famílias têm de enfrentar esse problema de planejamento financeiro<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Deve-se ter presente que, embora o objetivo da previdência complementar seja manter o mesmo nível de vida do trabalhador, quando recebe além do teto da proteção obrigatória, a proteção complementar não é exclusivamente dirigida a eles. Isso porque, um trabalhador que recebe abaixo do teto e mesmo aquele que indivíduo que não trabalha pode aderir à previdência complementar aberta.

<sup>16</sup> CARVALHO, Fábio Junqueira de e MURGEL, Maria Inês. Tributação dos Fundos de Pensão. Belo Horizonte. editora: Decálogo, 2007, p. 42 e 43.

Sabendo dessas peculiaridades, é a inteligência do legislador ao estabelecer no próprio texto Constitucional<sup>17</sup> a possibilidade de criação de entidades fechadas de previdência complementar que venham em complemento as aposentadorias e garantam uma melhor qualidade de vida aos participantes desses fundos de reservas, muito ligado a questão do bem-estar social e ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Conforme ensinamento de Ibrahim (2011), inova o texto constitucional ao prevê essa forma de previdência complementar, sendo certo que as contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não se incorporem à remuneração dos participantes (art. 202, § 2º da CRFB/88)<sup>18</sup>.

Naturalmente, a previsão é principalmente voltada para o regime fechado de previdência complementar, no qual há a contribuição do empregador na qualidade de patrocinador da EFPC. Todavia, segundo princípio comezinho de hermenêutica, não cabe ao intérprete restringir onde a lei não restringe. Portanto, caso um empregador, ao contrário de instituir regime fechado de previdência complementar,

---

<sup>17</sup> Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

§ 1º A lei complementar de que trata este artigo assegurará ao participante de planos de benefícios de entidades de previdência privada o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

§ 2º As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

§ 3º É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

§ 4º Lei complementar disciplinará a relação entre a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada, e suas respectivas entidades fechadas de previdência privada. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

§ 5º A lei complementar de que trata o parágrafo anterior aplicar-se-á, no que couber, às empresas privadas permissionárias ou concessionárias de prestação de serviços públicos, quando patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

§ 6º A lei complementar a que se refere o § 4º deste artigo estabelecerá os requisitos para a designação dos membros das diretorias das entidades fechadas de previdência privada e disciplinará a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

<sup>18</sup> IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 16ª edição. Rio de Janeiro, editora: Impetus, 2011, p. 770.

venha a manter pagamentos para sistema aberto, em prol de seus trabalhadores, também devem tais valores ser excluídos do salário.

A previdência complementar fechada que constitui uma das formas de reserva financeira feita pelo participante, e pessoa jurídica a qual esteja vinculada nos termos da Constituição Federal e legislação própria se organiza como uma entidade sem fins lucrativos e é organizada de forma autônoma:

A previdência complementar, regulada por meio de lei complementar, é organizada de forma autônoma em relação à obrigatória (Regime Geral e Regime dos Servidores Públicos); é facultativa, ou seja, a adesão à citada previdência depende de ato voluntário do participante; possui sistema financeiro de capitalização, haja vista que o art. 202 da Constituição dispõe que deve ser “baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado<sup>19</sup>”.

Conforme se extrai do ensinamento da professora Zélia Luiza Pierdoná, a previdência complementar tem como uma de suas características a facultatividade, sendo baseada na constituição de reservas que garantam o benefício contratado.

Assim para a participação, adesão, do participante, patrocinador ou mantenedor, exige-se a manifestação de vontade destes. É o ensinamento de Maria Inês Murgel e Lucas Namorato<sup>20</sup>, quando tratam de características peculiares as entidades fechadas de previdência complementar.

A adesão ao sistema fechado de previdência complementar, seja a do participante, seja do patrocinador, seja do instituidor, exige manifestação de vontade para que possua validade e, assim, produza seus efeitos. O negócio jurídico se perfaz pela expressão volitiva e limita-se à declaração das partes envolvidas, observando-se sempre as normas impostas como cogentes pela legislação.

Outro ponto que diferencia as EFPCs das EAPCs trata-se do ingresso dos participantes. Nas entidades fechadas como o próprio nome já sugere, os participantes precisam ostentar alguns signos que são fundamentais, vejamos:

Observe-se que o sistema de previdência complementar como um todo serve como mobilizador da poupança popular. Já a Entidade considerada em si possui restrições expressas à adesão de participantes, que se restringe a empregados de uma empresa ou grupo de empresas, aos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e

---

<sup>19</sup> PIERDONÁ, Zélia Luiza. *Previdência Complementar Panorama Jurídico e Desafios*. São Paulo, editora: Quater Latin do Brasil, 2015, p. 21.

<sup>20</sup> Barros, Lucas Namorato; e Murgel, Maria Inês. *In Previdência Complementar – Panorama Jurídico e Desafios*. 1 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 137.

dos Municípios, e aos associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial<sup>21</sup>.

Também há uma relação diferenciada do participante dessas entidades fechadas em relação ao regime Geral de Previdência, conforme ensinamento de Wladimir Novaes Martinez:

A relação entre EFPC e o participante é diferente da vigente entre segurado e INSS, sobressaindo-se a inscrição em detrimento da filiação. Se o participante promove aquela, preenchendo os formulários e o documento é homologado pela entidade, desembolsando a taxa dela exigida, salvo dolo ou má-fé, trata-se de ato perfeito, a ser respeitado pelas partes.

Assim sendo, cabe salientar algumas peculiaridades das entidades fechadas que as diferenciam das entidades abertas de previdência complementar.

As entidades Fechadas de Previdência Complementar, além de não possuírem finalidades lucrativas, se constituindo sob a forma de fundação ou de sociedade simples, há ainda outra peculiaridade dessas entidades que as diferenciam completamente das entidades abertas, conforme ensinamento de Fábio Junqueira de Carvalho e Maria Inês Murgel, o qual merece transcrição:

A entidade fechada de previdência complementar é, pois, uma universalidade de ativos econômicos que vêm garantir os benefícios previdenciários de seus participantes. Dessa constatação decorrem várias regras e princípios que individualizam essas entidades, tais como o princípio da solidariedade, uma vez que a garantia previdenciária pretendida determina a geração de benefício de risco, mediante o pagamento de poucas prestações. O custo do risco realizado recai sobre o patrimônio poupado dos demais trabalhadores, e não sobre o lucro, como ocorre nas entidades abertas de previdência complementar. Veja-se, portanto, que ao realizarem as contribuições para a entidade fechada de previdência complementar, a patrocinadora e os empregados estabelecem um pacto em prol da segurança coletiva, razão pela qual a Constituição Federal de 1988, em seu art. 202 (com alterações da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998), reconhece a natureza social das tarefas desempenhadas pela entidade fechada de previdência complementar (CARVALHO e MURGEL, 2007, p. 38).

Ainda quanto às diferenças entre entidades fechadas de previdência complementar e as entidades abertas de previdência complementar, importante notar que as EFPCs são fiscalizada por órgãos próprios conforme, vejamos:

---

<sup>21</sup> Barros, Lucas Namorato; e Murgel, Maria Inês. *In* Previdência Complementar – Panorama Jurídico e Desafios. 1 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 140-141



Diferentemente do seguimento aberto, o controle, a regulamentação e a fiscalização das entidades fechadas ficam a cargo da Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC. Também há o Conselho Nacional de Previdência Complementar – CNPC, órgão regulador do regime de previdência complementar operado pelas EFPC, sendo igualmente responsável pela definição das políticas e diretrizes aplicáveis ao referido regime, assim como a Câmara de Recursos da Previdência Complementar – CRPC. As estruturas tanto do CNPC como do CRPC são delineadas pelo Decreto nº 7.123/2010<sup>22</sup>.

Nesse contexto que são instituídas as entidades abertas e fechadas de previdência complementar cada uma com suas peculiaridades e funções ante a busca do legislador em criar um sistema de previdência não atrelado ao sistema geral.

### **2.3 Legislação regente das Entidades Fechadas de Previdência Complementar.**

Conforme se pode observar da previsão contida no art. 202 da Constituição Federal, as entidades de previdência complementar, seriam instituídas e regidas por meio de Lei Complementar, no entanto, anterior a esse dispositivo constitucional, já havia outros diplomas legais que tratavam dessa divisão e organização.

Nesse sentido é o ensinamento de Carvalho e Murgel (2007, p. 37) que transcrevo:

A lei n. 6.435/77 veio, então, definir o quadro institucional da previdência privada, numa realidade em que havia algumas fundações instituídas por empresas estatais e vários esquemas previdenciários que, na verdade, consistiam em fundos contábeis sem qualquer rigor técnico atuarial e sem garantir qualquer direito aos possíveis beneficiários.

O legislador dividiu a previdência privada em dois subdomínios distintos: previdência complementar fechada e previdência complementar aberta. A regulamentação da lei n. 6.435/77 observou essa divisão, tendo sido editados decretos distintos e específicos para tratar de forma independente das disposições sobre a previdência complementar fechada (Decreto n. 81.240, de 20/1/1978) e da previdência complementar aberta (Decreto n.81.402, de 23/2/1978). Esses três diplomas normativos eram, até meados de 2001, a base legal da previdência complementar no Brasil. Atualmente, essas entidades são regidas pela Lei Complementar n. 109, de 29 de maio de 2001. Nessa mesma data, foi também promulgada a Lei Complementar n. 108, regulamentando a relação entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas e suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 16ª edição. Rio de Janeiro, editora: Impetus, 2011, p. 764.

<sup>23</sup> CARVALHO, Fábio Junqueira de e MURGEL, Maria Inês. Tributação dos Fundos de Pensão. Belo Horizonte. editora: Decálogo, 2007, p. 37 e 38.

Conforme se verifica, a previdência complementar fechada é regida pela Lei Complementar nº 109/2001<sup>24</sup>. Apesar de se organizar de forma autônoma, o Poder Público normatiza, coordena, supervisiona, fiscaliza e controla suas atividades nos termos do art. 5º da LC 109/2001, no caso das entidades fechadas de previdência complementar, por meio do Ministério da Previdência Social.

Art.1º O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, é facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício, nos termos do caput do art. 202 da Constituição Federal, observado o disposto nesta Lei Complementar.  
(...)

Art. 5º A normatização, coordenação, supervisão, fiscalização e controle das atividades das entidades de previdência complementar serão realizados por órgão ou órgãos regulador e fiscalizador, conforme disposto em lei, observado o disposto no inciso VI do art. 84 da Constituição Federal.

Além da legislação complementar que regem as entidades fechadas de previdência complementar acima referida, há também outros diplomas legais que cuidam desse seguimento como, por exemplo, a Lei 12.154/09 que criou a PREVIC<sup>25</sup>; a Lei 12.154/09, que criou a TAFIC – Taxa de fiscalização e Controle da Previdência Complementar, para fiscalização e supervisão dos fundos de pensão<sup>26</sup>.

De outro modo não poderiam atuar, visto que, conforme o artigo 33 da Lei Complementar nº 109/2001, as entidades só podem atuar com autorização e fiscalização de órgão competente, ou seja, a ingerência do estatal é forte sobre essas entidades<sup>27</sup>.

Por fim vale salientar que, as entidades fechadas de previdência complementar, têm como lei básica o seu Estatuto Social, que pode ser entendido também como sendo a lei orgânica de cada entidade. Martinez (2011) traça um panorama do que seja o Estatuto Social e Regulamento Básico das entidades, vejamos:

---

<sup>24</sup> [http://www.planalto.gov.br/civil\\_03/LEIS/LCP/Lcp109.htm](http://www.planalto.gov.br/civil_03/LEIS/LCP/Lcp109.htm)

<sup>25</sup> Inicialmente a PREVIC foi concebida para ampliar competência sobre toda a previdência complementar - seguimentos aberto e fechado, a entidade efetivamente criada limita-se a atuar no seguimento fechado, em substituição à Secretaria de Previdência Complementar – SPC, enquanto as entidades abertas ainda são de responsabilidade da SUSEP.

<sup>26</sup> IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 16ª edição. Rio de Janeiro, editora: Impetus, 2011, p. 772.

<sup>27</sup> A ingerência estatal é igualmente grande nas EFPC, também dependendo de prévia e expressa autorização do órgão regulador e fiscalizador a constituição e o funcionamento da entidade fechada, bem como a aplicação dos respectivos estatutos, dos regulamentos dos planos de benefícios e suas alterações, estendendo-se o controle às operações de fusão, cisão, incorporação ou qualquer outra forma de reorganização societária, relativas às entidades fechadas, as retiradas de patrocinadores e as transferências de patrocínio, de grupo de participantes, de planos e de reservas entre entidades fechadas (art.33 da LC nº 109/2001).

Estatuto Social e Regulamento Básico – A par do edital de privatização e do Convênio de Adesão, os atos oficiais de constituição das entidades, ou seja, a lei orgânica do plano de custeio e benefícios, e estatuto Social e o regulamento Básico, são documentos importantes na aplicação, integração e interpretação das situações fáticas e jurídicas. Quando em consonância com a lei básica e seu regulamento, postam-se acima destes na hierarquia das fontes formais. Se não contrários à Carta Magna, em particular quando não ofendem a coisa julgada, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido são convenções entre as partes e têm de ser examinados e respeitados em cada caso.

Legitimamente aprovados, por intermédio dos órgãos internos competentes e homologados pela SPC, constituem o contrato de adesão a ser consultado, em primeiro lugar, pelo intérprete e aplicador da regra.

Confundidas as suas atribuições, alguns julgam ser o Estatuto Social correspondente à lei, devendo o Regulamento Básico igualar-se à idéia de decreto regulamentador. O Estatuto deve cuidar de entidade, enquanto fundação ou sociedade civil, razão social, definição dos objetivos e órgãos administrativos, fixando a competência de cada um deles (Diretoria Executiva, Conselho de administração, Conselho de Curadores, Conselho Fiscal), determinando sobre a extinção da entidade e outros aspectos institucionais.

Por seu turno, o Regulamento Básico é a norma previdenciária, onde definidos os requisitos da admissão, jónia, taxa de inscrição, conceito de participante lato sensu, fontes de custeio, rol de benefícios, formas de resgate, regras de decadência, prescrição, reajustamento, enfim, comandos pertinentes ao financiamento e às prestações<sup>28</sup>.

Nesse sentido, resta claro que as entidades fechadas de previdência complementar não atuam da mesma forma que as entidades abertas. O conjunto de leis e procedimentos as diferencia conforme acima colocado.

#### **2.4 Diferenças entre as Entidades Fechadas de Previdência Complementar e as Entidades Abertas de Previdência Complementar.**

O sistema de previdência brasileiro compõe-se de dois núcleos fundamentais: básico, de natureza estatal e pública; e complementar, com caráter particular e privado<sup>29</sup>.

Neste ponto, será trabalhado o segundo caráter da previdência no Brasil, qual seja, o caráter particular e privado. Sendo necessário ao longo deste tópico sempre fazer a distinção entre entidade fechada e aberta, com ou sem finalidades lucrativas.

---

<sup>28</sup> MARTINEZ, Wladimir Novaes. Curso de Direito Previdenciário. São Paulo, editora: LTr, 2011, p. 1310.

<sup>29</sup> MARTINEZ, Wladimir Novaes. Curso de Direito Previdenciário. São Paulo, editora: LTr, 2011, p. 1246.

Tomo emprestado um conceito empregado por Martinez (2011), que em sua inteligência engloba de maneira sucinta as duas modalidades de previdência complementar, aberta e fechada:

Estruturalmente, cuida-se de um conjunto de operações econômico-financeiras, cálculos atuariais, práticas contábeis e normas jurídicas, empreendidas no âmbito particular da sociedade, inserida no Direito Privado, subsidiária do esforço estatal, de adesão espontânea, proporcionando benefícios adicionais ou assemelhados, mediante recursos exclusivos do protegido (aberta e associativa), ou divididos os encargos entre empregado e o empregador, ou apenas um deste último (fechada).

As entidades fechadas de previdência complementar, ao contrário das entidades abertas, são somente acessíveis aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas e aos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ou aos associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial<sup>30</sup>.

Ao tratarmos das EFPCs, uma distinção singular de sua natureza se constitui na finalidade em contra ponto as EAPCs, conforme ensinamento de Ibrahim (2011, p. 763):

Ao contrário das entidades de abertas, as quais podem desenvolver outras atividades econômicas, desde que acessórias, as fechadas têm como objeto exclusivo a administração e execução de planos de benefícios de natureza previdenciária, salvo serviços relativos à saúde, desde que já estivessem disponíveis em 30/05/2001, data da publicação da LC nº 109/01.

Nesse mesmo sentido é o que dispõe o Ministério da Previdência Social em seu sítio eletrônico, assim conceituando as entidades fechadas de previdência complementar<sup>31</sup>:

Entidades Fechadas de Previdência Complementar – EFPC. Sociedade civil ou fundação, **sem fins lucrativos**, que tem por finalidade instituir e administrar planos de benefícios previdenciários, acessíveis aos indivíduos que possuam vínculo empregatício ou associativo com empresas, órgãos públicos, sindicatos e/ou associações representativas. Popularmente conhecidas como Fundos de Pensão.

As entidades fechadas de previdência complementar são sociedades ou fundação sem fins lucrativos, ou seja, são instituídas com a finalidade exclusiva de gerenciamento de ingressos financeiros dos participantes em seus caixas para garantir o pagamento de um benefício de aposentaria complementar de acordo com o estatuto da entidade e o benefício contratado pelo participante.

---

<sup>30</sup> IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 16ª edição. Rio de Janeiro, editora: Impetus, 2011, p. 763.

<sup>31</sup> Conceitos. Disponível em <<http://www.previdencia.gov.br/a-previdencia/previdencia-complementar/conceitos/>>. Acesso em: 30/11/2018

Cumpra salientar que, as entidades fechadas de previdência complementar não objetivam aferimento de lucros, mas o gerenciamento das contribuições dos seus participantes. Esse é o ensinamento de Murgel e Namorato (2015), abaixo transcrito:

Eis, portanto, a destinação jurídica dos fundos de pensão fechados, imposta por uma necessidade econômico-social: viabilizar a cobertura previdenciária complementar dos cidadãos brasileiros, em linha com a idéia central do regime de previdência, que é a preservação da dignidade humana.

Esta é a razão de ser das Entidades Fechadas de Previdência Complementar, pois não perseguem o lucro com a administração dos recursos de seus participantes, ao contrário do que ocorre em uma atividade empresarial, em que distribuição de dividendos ao final de um exercício financeiro é o objetivo final perseguido. No âmbito de uma entidade de previdência, a administração é um fim em si mesmo e possui, sobretudo, um propósito social e coletivo, diferentemente do que ocorre com as atividades empresariais de cunho eminentemente lucrativo<sup>32</sup>.

A Lei Complementar nº 109 do art. 31 a 35, dispõe a respeito da forma de participação nas entidades fechadas de previdência complementar. Conforme disposto na legislação ora mencionada, tratando-se de entidade fechada à participação está condicionada ao vínculo trabalhista que o participante tenha com o patrocinador, instituidor, conforme o art. 12 dessa mesma Lei<sup>33</sup>.

O sistema financeiro é outro ponto fundamental, ou seja, tanto no Regime Geral de Previdência como nos Regimes dos Servidores Públicos, tem-se o que é conhecido como “pacto de gerações”, na medida em que, os recursos arrecadados por quem está em atividade, não são utilizados para os seus próprios benefícios, mas para efetuar o pagamento dos atuais beneficiários<sup>34</sup>.

As entidades fechadas de previdência complementar, o sistema financeiro é de capitalização, em obediência ao disposto no art. 202, caput da Constituição, conforme se extrai do ensinamento da professora Zélia Luiza Pierdoná, abaixo transcrito:

Já na previdência complementar, o sistema financeiro é de capitalização. Isso porque, nos termos do art. 202, caput da Constituição, deve ser “baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado”. As reservas são

---

<sup>32</sup> Barros, Lucas Namorato; e Murgel, Maria Inês. *In* Previdência Complementar – Panorama Jurídico e Desafios. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 138.

<sup>33</sup> Art. 12. Os planos de benefícios de entidades fechadas poderão ser instituídos por patrocinadores e instituidores, observado o disposto no art. 31 desta Lei Complementar.

<sup>34</sup> PIERDONÁ, Zélia Luiza. *Previdência Complementar Panorama Jurídico e Desafios*. São Paulo, editora: Quater Latin do Brasil, 2015, p. 27.

formadas com as contribuições aportadas pelo participante e, se for o caso, pelo patrocinador, bem como os rendimentos auferidos nas aplicações dos recursos.

Diferencia-se, portanto, das entidades abertas de previdência complementar conforme o que conceitua o próprio Ministério da Previdência Social:

Entidades Abertas de Previdência Complementar – EAPC. As entidades abertas são constituídas unicamente sob a forma de sociedades anônimas **(com fins lucrativos)** e têm por objetivo instituir e operar planos de benefícios, de caráter previdenciário, concedidos em forma de renda continuada ou pagamento único, acessíveis a quaisquer pessoas físicas.

Esse entendimento é o mesmo ensinado por Ibrahim (2011), quando afirma que, as entidades abertas de previdência complementar são constituídas sob a forma de sociedades anônimas e têm por objetivo instituir e operar planos de benefícios de caráter previdenciário, concedidos em forma de renda continuada ou pagamento único, acessíveis a quaisquer pessoas físicas.

As entidades abertas de previdência complementar têm como principal diferença a possibilidade de ingresso de pessoas que não guardam qualquer relação com as mesmas, ao contrário do que se observa com as entidades fechadas.

Esta é a principal característica deste segmento – ser aberto a qualquer pessoa física, independente de profissão, residência ou idade. Tais entidades abertas de previdência complementar ou EFPC também podem ser sociedades seguradoras do ramo de vida, desde que autorizadas, outrossim, a operar os planos de benefícios complementar<sup>35</sup>.

De pronto fica claro as diferenças entre uma forma e outra de previdência complementar, enquanto que nas entidades fechadas os participantes devem possuir vínculo trabalhista com o patrocinador, instituidor, não possuem finalidades lucrativas e são fundadas em forma de associações e fundações, esta outra como a própria nomenclatura sugere, é aberta a toda pessoa física que deseje participar, tem finalidade lucrativa e é funda em forma de sociedade anônima.

---

<sup>35</sup> IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 16ª edição. Rio de Janeiro, editora: Impetus, 2011, p. 761-762.

### **3. AS CONTROVÉRSIAS DA INCIDÊNCIA OU NÃO DO PIS E DA COFINS SOBRE OS INGRESSOS FINANCEIROS NAS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR NO RE 609.096.**

#### **3.1 RE 609.096 e as controvérsias postas pelas partes.**

No capítulo I deste trabalho, buscou-se trabalhar as questões relacionadas ao fato gerador das contribuições ao PIS e a COFINS, bem como os conceitos contábeis e jurídicos de renda bruta e faturamento que dão ensejo para que haja a cobrança das referidas contribuições.

Tais conceitos encontram-se mais uma vez em questão, uma vez que, as partes buscam desconstituir argumentos e construir outros a partir de uma idéia de receita bruta e faturamento no âmbito constitucional.

É, portanto, neste ponto onde melhor se visualiza as questões jurídicas que embasam as teses ventiladas pelas partes envolvidas na demanda.

Neste capítulo em que me proponho a trabalhar os argumentos jurídicos das partes envolvidas na controvérsia, importante fazer um breve histórico para sabermos como chegamos até aqui na discussão da incidência ou não da contribuição sobre as receitas de algumas pessoas jurídicas, tais como, as entidades fechadas de previdência complementar.

##### **3.1.1 As mudanças na legislação infraconstitucional que ensejaram a discussão.**

Conforme já mencionado, com a mudança na legislação ocorrida com a edição da Lei nº 7.918/1998 houve uma mudança significativa na abrangência da contribuição para o PIS e a COFINS. Com o advento desta lei, o governo buscou alargar as hipóteses de incidência dos fatos geradores dos tributos e assim conseguir arrecadar ainda mais.

Não satisfeito com a mudança ocorrida, o Governo editou duas Medidas Provisórias que posteriormente seriam convertidas em leis sob o argumento de regulamentar as contribuições do PIS e da COFINS.

Nesse sentido é o argumento da impetrante de Mandado de Segurança nº 2005.71.00.019507-0, Impetrante Banco Santander Meridional S/A (por si e na QUALIDADE DE INCORPORADORA DE SANTANDER INVESTMENT SERVICOS LTDA):

“Não obstante tenham sido editadas as Leis nºs 10.637, aos 30 de dezembro de 2002 (fruto da conversão da Medida Provisória nº 66, de 29 de agosto de 2002) e 10.833, aos 29 de dezembro de 2003 (fruto da conversão da Medida Provisória nº 135, de 30 de outubro de 2003), a primeira delas regulando a Contribuição ao PIS e a segunda a COFINS (ambas instituindo o regime da não-cumulatividade), o fato é que referidas Leis não se aplicam a Impetrante, já que expressamente excluíram as pessoas jurídicas referidas no § 6º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98 (isto é, expressamente excluíram de sua incidência as pessoas jurídicas referidas no § 1º do artigo 22 da Lei nº 8.212/91 - instituições financeiras e equiparadas)<sup>36</sup>.”

Ao impetrar o Mandado de Segurança acima referenciado, a impetrante buscou a garantia de continuar a contribuir com base nos ditames da lei 9.718/1998, embora entendendo que esta por sua própria natureza e forma viola o texto constitucional vigente à época de sua edição, sendo assim, padecente de inconstitucionalidade.

Ocorre que, para a impetrante por mais que a lei referida tenha modificado bastante os limites dos fatos geradores da obrigação tributária, conforme as disposições do artigo 3º da referida lei, ainda sim se mostra mais justo a continuidade do recolhimento nesses termos até uma definição do judiciário a respeito do assunto.

### **3.2 Os argumentos carreados aos autos do Mandado de Segurança nº 2005.71.00.019507-0, pela impetrante.**

Argumenta a impetrante que as bases constitucionais que norteiam as contribuições para o PIS e a COFINS encontram-se no artigo 195, Inciso I da Constituição Federal, e que a Lei 9.718/1998 ao ser editada, feriu as disposições constitucionais vigentes à época<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> RE 609.096. Mandado de Segurança nº 2005.71.00.019507-0, “Banco Santander Meridional S/A (por si e na QUALIDADE DE INCORPORADORA DE SANTANDER INVESTMENT SERVICOS LTDA)”. Disponível em

<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3840384>> Acesso em 29/11/2018

<sup>37</sup> Essa é a nota de rodapé no mandado de segurança explicando a evolução histórica legislativa do tema, p. 03. “Importante destacar em notas a evolução legislativa das Contribuições em referencia. Com relação a Contribuição ao PIS, esta foi instituída pela Lei Complementar nº 7/70, sendo que as instituições financeiras e sociedades seguradoras se sujeitavam a modalidade PIS/Repique e PIS/Dedução (artigo 3º, alíneas a e b e



Em suas argumentações, a impetrante traz entendimentos jurisprudências sobre o tema e suscita a questão da inconstitucionalidade da lei 9.718/1998, nesse ponto, transcrevo pequeno fragmento desses argumentos dispostos nos autos: “Faturamento é o produto do ato de faturar. Não são faturáveis receitas que extrapolam esse campo conceitual bem demarcado em termos constitucionais (linguagem objeto) e extra constitucionais (legislação, doutrina, jurisprudência)”<sup>38</sup>.

Nesse ponto, conforme os próprios argumentos da impetrante voltam-se para a questão que é a seguinte, o que o legislador derivado ao alargar os significados dos fatos geradores das contribuições do PIS e da COFINS quis dizer.

Conforme já tratado no capítulo I deste trabalho, ao alargar as hipóteses de incidência do fato gerador do PIS e da COFINS, o legislador buscar a abrangência de situações que até então não eram contempladas pela legislação vigente.

É nesse sentido que argumenta a impetrante do Mandado de Segurança conforme trecho da peça:

Portanto, a base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS, tal como prevista no artigo 3º, caput, e seu parágrafo 1º, da Lei nº 9.718/98, afigura-se ilegal e inconstitucional, devendo ser afastada do ordenamento jurídico, mantendo-se a

---

parágrafos 1º e 2º da referida Lei Complementar). Posteriormente, foram editados os Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449/88 os quais foram declarados inconstitucionais, prevalecendo a Lei Complementar nº 7/70. Aos 2 de março de 1994, foi editada a Emenda Constitucional de Revisão nº 1/94 e, posteriormente, as Emendas nºs 10/96 e 17/97 que passaram a disciplinar esta Contribuição, no que tange as pessoas jurídicas referidas no § 1º do artigo 22 da Lei nº 8.212/91, para os períodos de junho de 1994 até 31 de dezembro de 1999. Referidas Emendas foram regulamentadas pela Medida Provisória nº 517/94 e reedições, até a última delas ser convertida na Lei nº 9.701, em 17 de novembro de 1998. Paralelamente, aos 27 de novembro de 1998 foi editada a Lei nº 9.718, a qual passou a disciplinar a Contribuição ao PIS para todas as pessoas jurídicas (contudo, com relação a sua base de cálculo e alíquota estas, até 31 de dezembro de 1999, eram regidas pelas referidas Emendas Constitucionais e Lei nº 9.701/98). Assim a Lei nº 9.718/98 - no que tange a base de cálculo e alíquotas estipuladas - passou a alcançar as instituições financeiras e equiparadas (isto é, as pessoas jurídicas referidas no § 1º do artigo 22 da Lei nº 8.212/91) a partir da competência de janeiro de 2000. Já no que concerne a COFINS, esta Contribuição foi instituída pela Lei Complementar nº 70/91. Esta Lei previa dispensa legal do pagamento do tributo, para as pessoas jurídicas referidas no § 1º do artigo 22 da Lei nº 8.212/91, em razão de seu § Mico do artigo 11. Posteriormente, sobreveio a Lei nº 9.718/98, a qual passou a disciplinar a COFINS para as instituições financeiras, a alíquota de 3% incidente sobre a sua base de cálculo. Ainda, aos 30 de maio de 2003, foi editada a Lei nº 10.684, a qual fixou a alíquota da COFINS em 4%.

<sup>38</sup> RE 609.096. Mandado de Segurança nº **2005.71.00.019507-0**, fl. 08. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3840384>> Acesso em 29/11/2018

incidência de ditas exações sobre o faturamento auferido, assim entendido como produto exclusivamente da venda de mercadorias, da prestação de serviços ou da combinação de ambas, tal como definido pela Lei Complementar nº70/91<sup>39</sup>.

Os argumentos da impetrante giram em torno da questão da inconstitucionalidade do artigo 3º dessa lei, uma vez que, a edição desta lei, se deu antes da modificação do texto constitucional original por meio da Emenda Constitucional nº 20.

As argumentações de inconstitucionalidade da lei são em relação ao texto original da Constituição Federal, antes da Emenda nº 20, uma vez que, a Lei 9.718/1998 foi editada e publicada antes da emenda mencionada.

Tanto é verdade que a Lei nº 9.718/98 “nasceu” inconstitucional (no que diz respeito a base de cálculo nela estipulada), que o Governo, temendo uma avalanche de processos judiciais, certamente vencedores por parte dos contribuintes lesados, apressou a aprovação e promulgação da Emenda Constitucional nº 20, publicada no Diário Oficial da União em 16.12.98.

Ocorre, todavia, que o fato de ter sido publicada a Emenda Constitucional nº 20/98 e, conseqüentemente, ter sido alterada a redação do artigo 195, inciso I, da Constituição Federal, não poderia ter validado a Lei nº 9.718/98, que, quando da sua edição, conflitava com o Texto Constitucional vigente a época. Em outras palavras, não se admite no direito pátrio o fenômeno da “constitucionalização” de dispositivos que, sendo incompatíveis com a Ordem Constitucional que imperava no momento da sua edição, tomar-se-iam validos em consequência de alteração posterior da Constituição Federal<sup>40</sup>.

Assim nascem os debates em torno da questão de incidência ou não do PIS e da COFINS, sobre a delimitação dos fatos geradores dessa obrigação tributária. Nesse ponto, nota-se que ainda estamos no âmbito de uma pessoa jurídica de direito privado, uma sociedade anônima e que coloca serviços e produtos à venda.

---

<sup>39</sup> RE 609.096. Mandado de Segurança nº **2005.71.00.019507-0**, fl. 09. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3840384>> Acesso em 29/11/2018

<sup>40</sup>RE 609.096. Mandado de Segurança nº **2005.71.00.019507-0**, fl. 09-10 Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3840384>> Acesso em 27/11/2018

### **3.3 As teses sustentadas em parecer jurídico juntado aos autos do Mandado de Segurança.**

Sustentando a tese da impetrante, foi juntado aos autos do Mandado de Segurança, parecer jurídico assinado pelo advogado Paulo de Barros Carvalho Professor Titular de Direito Tributário da PUC/SP e da USP, o qual vem corroborar o que fora sustentado na inicial do Mandado de Segurança.

Inicialmente assentando a direção do seu parecer assim escreve:

Pedem que me manifeste sobre o significado dos vocábulos “faturamento” e “receita bruta”, examinando a possibilidade jurídica de ser instituída contribuição para a seguridade social incidente sobre a receita bruta, com fundamento de validade no art. 195, I, da Carta Magna, em sua redação original, bem como os efeitos da edição da Emenda Constitucional nº 20/98, relativamente a constitucionalidade da Lei nº 9.718/98. E o que farei a seguir<sup>41</sup>.

O eminente jurista retoma a discussão em torno da constitucionalidade da Lei 9.718/1998, já suscitada na inicial do Mandado de Segurança, uma vez que, conforme coloca, a legislação infraconstitucional não poderia ter alargado o conceito de faturamento da forma como o fez, os artigos 2º e 3º, § 1º desta lei.

Ainda nesse mesmo sentido, chama a atenção o parecer para o fato de que a lei que alargou o conceito de faturamento o fez em contradição com o texto constitucional originário e a Emenda Constitucional que veio a sanar a ilegalidade se deu após a publicação da lei o que mostra uma clara violação do texto constitucional.

Ao dar um entendimento alargado do conceito de receita bruta e faturamento, a legislação infraconstitucional ultrapassa todo o esforço do legislador originário que deve estar orientado no sentido de promover o perfeito ajuste entre o enunciado mensurador da base de cálculo e a formulação enunciativa da hipótese de incidência do fato gerador.

---

<sup>41</sup> RE 609.096. Mandado de Segurança nº **2005.71.00.019507-0**, Parecer Jurídico fl. 251. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3840384>> Acesso em 27/11/2018

É nesse sentido que sustenta o eminente jurista em seu parecer, conforme abaixo transcrito:

Não será qualquer proporção, ainda que retirada do mesmo suporte fático, que servira como fator de mensuração: e fundamental a perfeita conexão entre o fato descrito pela hipótese e o fato construído para ser sua base de cálculo. Dai porque o legislador ordinário, ao instituir tributo, não pode alterar o conteúdo significativo do fato tomado como base de cálculo. Se assim o fizer, propiciara a incidência tributaria sobre fato diverso daquele constitucionalmente previsto, introduzindo, ele próprio, alterações no âmbito de sua competência para criar tributos<sup>42</sup>.

Sendo assim, o legislador derivado ao editar uma lei que hierarquicamente encontra-se abaixo das normas constitucionais em vigência, não deveria ter alargado os conceitos albergados pelo texto constitucional, sendo esta a regra matriz para a incidência dos fatos geradores das contribuições em comento.

A regra matriz constitucional de incidência dos fatos geradores não estava suscetível de distanciamento por parte da legislação infraconstitucional. Ao estabelecer que a incidência se desse sobre a receita bruta e o faturamento sob o argumento de estar regulamentando as contribuições para o PIS e a COFINS, na verdade o legislador ordinário criou um novo regramento fora do que já estava estabelecido na Constituição.

Esse é entendimento ventilado no parecer jurídico juntado aos autos:

A Lei nº 9.718/98, entretanto, não se mantém fiel a prescrição constitucional, pois conquanto determine a incidência das contribuições para o PIS e da COFINS sobre o faturamento das pessoas jurídicas de direito privado (art. 2º), dispõe, no art. 3º e § 1º, que esta abrange toda e qualquer receita da pessoa jurídica, independentemente da espécie de atividade por ela exercida e da classificação contábil das receitas. Com tal disciplina, desvirtua o conceito de faturamento e ultrapassa os limites de sua competência tributaria<sup>43</sup>

Conforme os argumentos ora estudados, fica claro no posicionamento do Eminentíssimo Jurista, que não deveria o legislador ordinário ter alargado um conceito ou entendimento já expresso no texto Constitucional, por meio de lei, seja ela, complementar ou ordinária, uma vez que, se o texto da Carta Maior já tratou do tema, limita a possibilidade de o mesmo voltar

---

<sup>42</sup> RE 609.096. Mandado de Segurança nº **2005.71.00.019507-0**, Parecer Jurídico fl. 265. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3840384>> Acesso em 29/11/2018

<sup>43</sup> RE 609.096. Mandado de Segurança nº **2005.71.00.019507-0**, Parecer jurídico f. 324. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3840384>> Acesso em 20/11/2018.

a ser discutido a não ser diante das possibilidades legais, por meio de uma emenda à Constituição.

Nesse sentido, a ampliação dos conceitos de faturamento e receita bruta na forma da legislação infraconstitucional viola frontalmente a Constituição Federal. Mesmo com o advento da Emenda Constitucional nº 20/98, não há conforme entendimento esposado no parecer uma convalidação da inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98, uma vez que, o ordenamento jurídico brasileiro não contempla tal efeito.

3.3.1 Resposta da autoridade coatora ao Ofício nº 0929/2005 para prestar esclarecimentos a respeito dos pedidos formulados pela impetrante no mandamus.

Ao iniciar a sua resposta ao Ofício supramencionado, a autoridade coatora faz um breve histórico das contribuições vertidas para o PIS e a COFINS no que tange as alíquotas, bem como, as isenções que eram conferidas a algumas pessoas jurídicas de direito privado<sup>44</sup>.

Conforme se verifica das alegações, busca a autoridade coatora desconstituir as alegações formuladas pela impetrante, no que tange aos fatos geradores das contribuições. Conforme assevera em sua manifestação, ao tratar de exclusões autorizadas, ou seja, exclusões previstas no artigo 3º acrescentados os parágrafos 6º a 8º a Lei nº 9.718/98, assevera que a legislação não estaria se referindo a despesas operacionais, mas sim a custos de captação<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> As instituições financeiras e as a elas equiparadas (art. 22, § 1º, da Lei nº 8.212/91, consolidada no DOU de 14-08-98), ao mesmo tempo em que eram tributadas sob alíquotas maiores em relação a Contribuição Social sobre o Lucro, gozavam, como contrapartida, de isenção da COFINS. Através da Lei nº 9.718/98 passaram essas pessoas jurídicas, como todas as demais do país, a pagar a COFINS a alíquota de 3% (alíquota essa que, para as instituições financeiras, foi posteriormente elevada para 4%, por força do art. 18 da Lei nº 10.684/03), tendo a Medida Provisória nº 1.858-6, de 29 de junho de 1999, depois renumerada para 2.158-35/2000, reduzido a alíquota da CSSL para as referidas sociedades em relação aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 1999. Foram, também, acrescentados os parágrafos 6R a 8º a Lei nº 9.718/98, permitindo determinadas exclusões da base de cálculo para as empresas financeiras, seguradores, entidades de previdência privada e empresas de capitalização.

<sup>45</sup> Veja-se que as exclusões autorizadas não se referem a despesas operacionais, mas sim a custos de captação de receitas específicas das cooperativas e de custo de mercadorias revendidas. São operacionais as despesas não computadas nos custos, mas necessárias a atividade da empresa (art. 299 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 3.000/99), como as despesas com propaganda, pessoal administrativo, transporte de empregados, alugueis, prêmios de seguros, comissões sobre vendas, despesas de cobrança, etc. Ou seja, não são estas despesas que as instituições financeiras estão autorizadas a deduzir da base de cálculo, mas sim, como dissemos os custos de captação.

Nesse mesmo sentido, argumenta que não se pode afirmar que as instituições financeiras recolhem o PIS e a COFINS, tendo como base de cálculo o lucro bruto:

Assim sendo, merece ser observado que não se pode afirmar que as instituições financeiras recolhem PIS/PASEP e COFINS tendo por base de cálculo o lucro bruto, pois há vários custos e receitas cuja exclusão não é autorizada. No caso das instituições financeiras excluem-se apenas os custos de captação, para os quais não há correspondente nas empresas comerciais, prestadoras de serviço ou industriais<sup>46</sup>.

Conforme entendimento da Receita Federal do Brasil, responsável pelo recolhimento das contribuições em discussão, é evidente que o legislador ordinário ao instituir o regime de tributação específico em relação ao PIS e a COFINS para algumas categorias de pessoas jurídicas, limitou-se a atender as peculiaridades das atividades por elas desenvolvidas, permitindo a dedução de determinadas despesas.

Assim, é a afirmação feita pela Delegada da Receita Federal em sua resposta ao Ofício supramencionado:

Fica claro, dessa maneira, que o legislador, ao instituir regime de tributação específico em relação ao PIS e a COFINS para algumas categorias de pessoas jurídicas, limitou-se a atender as peculiaridades das atividades por elas desenvolvidas, permitindo a dedução de determinadas despesas, mas submetendo-as, por força dos arts. 2º e 3º da Lei nº 9.718/98, ao regime geral estabelecido nessa lei. Por conseguinte, também para essas instituições, a base de cálculo do PIS e da COFINS e a totalidade das receitas por elas auferidas, relevadas, a evidência, as exclusões e deduções específicas atinentes a espécie, supra explanadas. Acrescente-se, ainda, que tal regime não foi modificado pelas supervenientes Leis nº 10.637/02 e 10.833/03<sup>47</sup>.

Assevera ainda em sua manifestação a autoridade coatora que, lucro bruto não se configura pela receita bruta deduzida as despesas operacionais, e sim nos termos do Regulamento do Imposto de Renda, pela receita bruta menos os custos, conforme destaque:

Além disso, o lucro bruto não é dado pela receita bruta menos as despesas operacionais, e sim pela receita bruta menos os custos (art. 278 do Regulamento do Imposto de Renda). Para se calcular o custo de uma empresa há vários métodos, alguns aplicáveis a empresas comerciais (critérios de avaliação de estoques) e outros aplicáveis a empresas industriais e de prestação de serviço (critérios de apropriação

---

<sup>46</sup> RE 609.096. Mandado de Segurança nº **2005.71.00.019507-0**, Sentença fl. 356. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3840384>> Acesso em 27/11/2018

<sup>47</sup> RE 609.069. Mandado de Segurança nº **2005.71.00.019507-0**. Resposta ao Ofício nº 0929/2005, f. 324. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3840384>> Acesso em 27/11/2018

de insumos e depreciação), conforme disciplina dada pelos artigos 289 e 290 do Regulamento do Imposto de Renda<sup>48</sup>.

No que tange as alegações de inconstitucionalidade de Lei 9.718/98 a autoridade coatora refuta tal alegação feita pela impetrante, segundo argumenta o próprio legislador constitucional originário ao tratar da matéria a tratou como sendo um princípio universal para o custeio da seguridade.

No que tange as argumentações da impetrante quanto ao alargamento dos conceitos de faturamento previsto no artigo 195, I da Constituição Federal por meio da Lei 9.718/98, a autoridade coatora refuta a tese ventilada pela impetrante, uma vez que segundo assevera, o conceito de faturamento não deve ser interpretado de forma restritiva e tão pouco quis o artigo supramencionado da Constituição federal assim fazer<sup>49</sup>.

Seguindo esse mesmo entendimento a autoridade coatora, transcreve em sua peça de resposta ora discutida, trecho do voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Min. Carlos Velloso, em Embargos Declaratórios interpostos no Recurso Extraordinário nº 144.971-3/DF.

No voto supramencionado, o eminente Ministro entende que, receita bruta e faturamento confundem-se por constituírem uma série de operações financeiras e diversificadas<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> RE 609.069. Mandado de Segurança nº 2005.71.00.019507-0. Resposta ao Ofício nº 0929/2005, f. 324.

<sup>49</sup> Na verdade, o termo faturamento não pode ser interpretado de modo restritivo como pretende a impetrante, e não foi essa a intenção do legislador constitucional ao tratar da matéria, quando fez questão de ditar o princípio da universalidade de custeio da seguridade social, prescrevendo que esta seja financiada por toda a sociedade (art. 195, *caput*).

<sup>50</sup> Dizíamos que a alegada contradição não existe. É que está dito, no voto que serve de base ao acórdão embargado, que a contribuição para o PIS incide 'sobre o faturamento, que, por constituir resultado global, abrangente de inúmeras operações (venda de mercadoria, venda de serviços, venda de bens que não configuram mercadorias ou serviços, etc.), distingue-se das operações que constituem hipótese de incidência do imposto único sobre combustíveis. É dizer, a hipótese de incidência do PIS é o faturamento. O faturamento, que Já se disse confundir com a receita bruta, constitui-se de uma série de operações, operações diversificadas e não somente operações sobre minerais. Na renda bruta, assim no que a empresa faturou, estão, inclusive, os rendimentos obtidos no que, pitorescamente, era designado por 'ciranda financeira'. A hipótese de incidência, portanto, do PIS, não recai especificamente sobre operações em torno de minerais, mas sobre o conjunto das operações diversificadas realizadas pela empresa. ...Ora, o § 3º do art. 155, CF, há de ser interpretado em consonância com os princípios constitucionais outros, principalmente com o que está disposto no artigo 195, *caput* da mesma Carta, que estabelece que 'a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei'. ..." (grifou-se)

Tendo em vista o precedente supramencionado, a argumentação da autoridade coatora ganha sustentação e assim se posiciona:

Verifica-se, portanto, que o conceito de faturamento, antes mesmo da Lei nº 9.718/98, já abrangia todas as receitas obtidas pela empresa, incluindo, até mesmo, como bem asseverado pelo Ministro Carlos Velloso no pronunciamento supra, receitas obtidas em aplicações financeiras. Note-se, inclusive, que o voto coloca como exemplo de faturamento as vendas de mercadorias, vendas de serviços, vendas de bens que não constituem mercadorias ou serviços, e que o termo "etc." deixa antever que as demais operações de que decorram receitas para a empresa devem, também, ser incluídas no conceito de faturamento<sup>51</sup>.

Nesse sentido, reforça a sustentação de que a Lei 9.718/98 não alargou o conceito de faturamento, apenas esclareceu o conceito já utilizado e que toda a polêmica em torno do conceito de faturamento trazido na legislação infraconstitucional perde seu objeto com o advento da Emenda Constitucional nº 20/98.

Quanto aos argumentos de que a Lei 9.718/98 seria inconstitucional, pois sua edição se deu antes da supramencionada Emenda Constitucional afrontando o texto constitucional, refuta a autoridade coatora tais alegações visto que, no seu entendimento houve uma *vacatio legis*, bem como a observância ao princípio da anterioridade nonagesimal.

Veja-se que a referida Emenda Constitucional veio à luz enquanto ainda vigia a *vacatio legis* - estabelecida pela MP nº 1.724/98 como sendo de 29-10-98 a 01-02-99 - com o que legitimou as alterações aqui atacadas, em face da recepção constitucional. Com efeito, apesar de publicada anteriormente a Emenda Constitucional nº 20/98, a Lei nº 9.718/98 não havia se incorporado em sua plenitude ao ordenamento jurídico pátrio, já que a eficácia fora diferida, em respeito ao princípio da anterioridade nonagesimal, para fevereiro de 1999, quando já publicada e plenamente eficaz a Emenda Constitucional nº 20/98<sup>52</sup>.

Conforme se verifica da resposta ao Ofício, a autoridade coatora continua sustentando a tese de que não há qualquer inconstitucionalidade da Lei 9.718/98 em relação ao texto originário, asseverando inclusive não ter havido ofensa ao § 6º do artigo 195 da Constituição

---

<sup>51</sup> RE 609.069. Mandado de Segurança nº **2005.71.00.019507-0**, Resposta ao Ofício nº 0929/2005, f. 326.

Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3840384>.

<sup>52</sup> RE 609.069. Mandado de Segurança nº **2005.71.00.019507-0**. Resposta ao Ofício nº 0929/2005, f. 327.

Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3840384>.



Federal, uma vez que, foi respeitado o prazo de 90 (noventa) dias da data de publicação da MP nº 1.724, de 29-10-1998, que restou convertida no referido diploma legal.

No corpo da peça juntou jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, favorável a tese defendida de constitucionalidade da Lei 9.718/98, bem como do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que caminha no mesmo sentido.

Entende que o PIS foi instituído como forma de custeio da seguridade social e que restou recepcionado expressamente pela Constituição Federal no seu artigo 239. Assim sendo, no entendimento ventilado, em não se tratando de uma instituição de nova contribuição, apenas de uma interpretação da já existente, pode ser realizado por meio de uma lei ordinária.

Para sustentar o entendimento esposado, menciona o ensinamento doutrinário de Sacha Calmon Navarro Coelho, no qual ensina que, “se regular matéria de competência da união reservada à lei ordinária, ao invés de inconstitucionalidade, incorre em queda de status, pois terá valência de simples lei ordinária federal”<sup>53</sup>.

Conforme se observa dos argumentos lançados pela autoridade coatora na sua peça processual, busca uma dissociação da idéia de inconstitucionalidade da Lei 9.718/98 mostrando por meio de posicionamentos doutrinários e jurisprudências sustentar a sua tese.

Após essas exposições a resposta segue traçando os ditames de prescrição e extinção do crédito tributário, no entanto, não interessa adentrar nesse assunto uma vez que não é o objeto deste trabalho.

---

<sup>53</sup> A lei complementar, na forma e no conteúdo, só é contrastável com a Constituição (o teste de constitucionalidade faz-se em relação à Superlei) e, por isso, pode apenas adentrar área material que lhe esteja expressamente reservada. Se por ventura cuidar de matérias reservadas as pessoas políticas periféricas (Estado e Município), não terá Valência. Se penetrar, noutra giro, competência estadual ou municipal, provocará inconstitucionalidade por invasão de competência. Se regular matéria de competência da união reservada à lei ordinária, ao invés de inconstitucionalidade, incorre em queda de status, pois terá valência de simples lei ordinária federal. Abrem-se ensanchas ao brocado processual ‘nenhuma nulidade, sem prejuízo’ por causa do princípio da economia processual, tendo em vista a identidade do órgão legislativo emissor da lei. Quem pode o mais pode o menos. A recíproca não é verdadeira. A lei ordinária excedera se cuidar de matéria reservada a lei complementar. Quem pode o menos não pode o mais” (grifou-se).

### 3.3.2 Do parecer do Ministério Público Federal.

Dado vista ao Ministério Público para que, querendo se manifestasse a respeito da controvérsia este se manifestou nos autos conforme veremos.

Logo no início de sua manifestação, assim dispôs o parquet:

Percebe-se de pronto o alargamento do conceito de faturamento empreendido pelo dispositivo supra. Em verdade, faturamento, termo técnico presente no direito comercial, restringe-se as receitas advindas das operações relacionadas com o comércio dos produtos e/ou serviços da empresa, sendo com este fundamento que o legislador constituinte o esculpiu como base de cálculo para as contribuições do art. 195, I<sup>54</sup>.

Sendo assim, contrapõe-se ao que vinha sustentando a autoridade coatora, alinhando-se ao que a impetrante do mandado de segurança já havia esboçado em suas alegações iniciais, bem como o exposto no parecer jurídico já mencionado.

Em sustentação ao asseverado em seu parecer, o Ministério Público traz aos autos, trecho do voto do Ministro do STF Celso de Mello no RE (346.084/PR)<sup>55</sup> em que reconhece a inconstitucionalidade da Lei 9.718/98.

Seguindo o seu parecer, o Ministério Público mostra discordar do que sustentou a autoridade impetrada ao juntar jurisprudência em sua resposta ao Ofício supramencionado. Conforme entendimento do parquet, não há uma conclusão explícita desse entendimento dado pelo voto, concordando inclusive com o parecer favorável ao impetrante, vejamos:

Invoca a autoridade impetrada, em suas informações, voto do eminente Ministro Carlos Veloso no RE 144.971-3/DF, para demonstrar o reconhecimento

---

<sup>54</sup> RE 609.069. Mandado de Segurança nº **2005.71.00.019507-0**, Parecer do Ministério Público Federal, f. 345.

<sup>55</sup> RE 609.096, Parecer do Ministério Público Federal, fls. 345/346. Vislumbro, portanto, Senhora Presidente, uma clara eiva de inconstitucionalidade, a afetar, no plano material, o preceito normativo em questão, pois, tal como irrepreensivelmente exposto pelo eminente Professor IVES GANDRA MARTINS no fragmento que venho de referir, não se revelava lícito, a União Federal, antes do advento da EC 20/98, modificar, mediante atividade de caráter meramente legislativo (Lei nº 9.718/98), a base de cálculo que, até então, achava-se constitucionalmente restrita ao faturamento (CF art. 195, I, em sua redação original), vale dizer, à receita derivada da venda de bens e/ou da prestação de serviços, afastada, em consequência, a possibilidade jurídica de ampliação, em sede legal, da base impositiva, para, nesta, incluir-se, como indevidamente o fez o legislador ordinário, a totalidade das receitas da pessoa jurídica.

jurisprudencial da equivalência dos conceitos de faturamento e de receita bruta. Contudo, verifica-se que não ha conclusão explicita nesse sentido no referido voto. Alias, em outras passagens sobreleva justamente o contrario, fazendo-se referencia expressa a “receita operacional bruta” que, como ressaltado no parecer do Professor Paulo de Barros Carvalho, a fl. 284, realmente possui conteúdo “inerente ao faturamento”, diversamente de simplesmente “receita bruta”<sup>56</sup>.

Reforça assim, a tese de inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98, uma vez que conforme coloca, a autorização dada pelo artigo 195, I, é para incidência sobre o faturamento e não sobre a receita bruta. Ademais, os argumentos da autoridade coatora de vacacio legis, no entendimento do Ministério Publico, não devem prosperar:

Não podem prosperar tais argumentos. A constitucionalidade de qualquer norma, como sabido, verifica-se no momento em que adentra no ordenamento jurídico, o que, no caso das Leis ordinárias, se dá com a sua promulgação e seguinte publicação no órgão oficial, independentemente do momento de quando passara à produzir seus efeitos. Em outras palavras, a relação de constitucionalidade de uma norma refere-se a sua validade e não a sua vigência, coisas certamente distintas<sup>57</sup>.

Ainda se referindo à constitucionalidade da norma, em sintonia com a impetrante o Ministério Público, não vê a possibilidade de convalidação da norma que já nasceu inconstitucional utilizando inclusive de ensinamento doutrinário do Professor Humberto Ávila<sup>58</sup> para sustentação do seu entendimento.

Conforme se verifica o parquet, se manifestou favorável a tese sustentada pela impetrante do mando de segurança sob análise.

### **3.4 Das decisões seguintes.**

Após as manifestações supramencionadas, sobreveio a sentença que como veremos denegou a segurança pretendida pela impetrante. Transcrevo a seguir, fragmento da fundamentação da sentença que deu o tom do entendimento do Juiz, vejamos:

---

<sup>56</sup> RE 609.069. Mandado de Segurança nº 2005.71.00.019507-0, Parecer do Ministério Público Federal, f. 346. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3840384>.

<sup>57</sup> RE 609.069. Mandado de Segurança nº 2005.71.00.019507-0, Parecer do Ministério Público Federal, f. 346.

<sup>58</sup> Não há, no ordenamento jurídico brasileiro, o fenômeno da constitucionalidade superveniente. Isso importaria atribuir, as normas futuras, o poder de convalidar as normas hoje inválidas. Além do mais, todas as leis uma vez incompatíveis com a Constituição voltariam a ser constitucionais pela modificação futura da constituição. Mais do que isso, todas as inconstitucionalidades seriam sempre compreendidas com a seguinte cláusula de reserva: 'salvo modificação posterior da constituição.' Isso, entretanto, não é permitido no nosso ordenamento jurídico. Significaria, além de tudo, uma grave afronta a segurança jurídica.

Pois bem, a instituição da COFINS para as entidades bancárias, dentre as quais se situa a impetrante, foi realizada validamente pela Lei 9.718/98. Com efeito, o Banco Santander Meridional SA detém uma organização específica para prestação de serviços no mercado bancário, de forma que suas receitas financeiras têm natureza de receitas de serviço. Não se tratam de simples ganhos financeiros, como ocorre nas empresas comerciais ou industriais quando obtém um rendimento decorrente de determinada aplicação bancária, não havendo alargamento indevido da base de cálculo. A expressão faturamento, constante da redação primitiva do art. 195, dá suporte de validade para a exação, pois em se tratando de instituição financeira a receita bruta operacional e aquela decorrente de venda (faturamento) de serviços próprios das entidades bancárias. E não há alargamento indevido justamente porque a exação foi instituída pela Lei 9.718/98, inexistindo base de cálculo anterior para que se possa comparar eventuais acréscimos.

Assim sendo, a segurança seria concedida se a impetrante fosse uma empresa comercial/ industrial, como já asseverado, por que nesse caso a receita financeira obtida no mercado bancário não seria resultado da atividade própria do seu objeto social, não compondo, assim, receita bruta operacional (composta apenas da receita produzida na sua atividade empresarial específica). Para as Instituições Financeiras, a receita financeira constitui receita própria de sua atividade específica que, nos termos do art. 17 da Lei 4595/64 é a intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros<sup>59</sup>.

Pelo teor da fundamentação da sentença, irresignada com a mesma a impetrante embargou de declaração tentando obter uma resposta do Juiz a quo, restando infrutífera a tentativa, sendo negado provimento do recurso. Diante disso, buscou socorro por meio do recurso de apelação no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com as argumentações já exaustivamente aqui expostas.

Analisado o caso pelo Relator, este se mostrou favorável a tese argüida pela impetrante em sua inicial, bem como no recurso de Apelação, conforme fragmento de seu voto a seguir:

A Lei 9.718/98, por sua vez, surgiu sob a égide da redação original do art. 195, I, da CF, anterior ao advento da EC nº 20/98. Dessa forma, não poderia desfigurar o conceito de faturamento, estendendo a base de cálculo da "receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza" (art. 2º da LC 70/91) para a receita bruta entendida como 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" (art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/98). Aquele conceito, expresso na LC 70/91, equivalia ao de faturamento, conforme reconheceu o STF; este, não, razão porque mostra se inconstitucional. Tais vícios, por certo, não restam sanados com o advento da EC nº 20/98, pois só são recepcionadas as normas que integram validamente o ordenamento jurídico. A norma inconstitucional já nasce viciada, não produzindo nenhum efeito válido desde a origem<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> RE 609.069. Mandado de Segurança nº 2005.71.00.019507-0, Sentença, fls. 358-359. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3840384>

<sup>60</sup> RE 609.069. Acórdão, fls. 404.

Por unanimidade a 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região deu provimento ao Recurso de Apelação interposto pela impetrante, reconhecendo inclusive o posicionamento do STF em reconhecer a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, nos termos da ementa:

TRIBUTARIO. PIS E COFINS. INSTITUICOES FINANCEIRAS. Apenas durante a vigência temporária do art. 72 do ADCT e que se viabilizou a cobrança de PIS das instituições financeiras sobre a receita operacional bruta. De janeiro de 2000 em diante, não ha mais tal suporte constitucional específico a admitir outra tributação que não a comum. O STF declarou a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da L. 9.718/98, por entender que a ampliação da base de calculo da COFINS por lei ordinária violou a redação original do art. 195,1, da Constituição Federal, ainda vigente ao ser editada a mencionada norma legal. Tomado o faturamento como o produto da venda de mercadorias ou da prestação de serviços, tem-se que os bancos, por certo, auferem valores que se enquadram em tal conceito, porquanto são, também, prestadores de serviços. E ilustrativa a referencia, feita em apelação, a posição nº 15 da lista anexa a LC 116, em que arrolados diversos serviços bancários, como a administração de fundos, abertura de contas, fornecimento ou emissão de atestados, acesso, movimentação, atendimento e consulta a contas em geral etc. Mas as receitas financeiras não se enquadram no conceito de faturamento<sup>61</sup>.

Com o resultado do julgamento pelo TRF4, a União irressignada com o resultado do processo deu impulso ao mesmo por meio dos recursos cabíveis, inicialmente por Embargos de Declaração sendo este conhecido apenas para fins de pré-questionamento.

Em seguida, impetrando Recurso especial aos STJ e Recurso Extraordinário ao STF com pedido de reconhecimento repercussão geral do tema.

Nesse ponto, verifica-se também uma mudança de posicionamento Ministério Público Federal em relação ao parecer anteriormente dado nos autos. Tendo sido intimado a se manifestar, também interpôs Recurso Especial e Recurso extraordinário<sup>62</sup>, requerendo a reforma do acórdão do TRF4, para reconhecer a improcedente o pedido de não incidência do PIS e da COFINS nos moldes do art. 3º, caput, da Lei nº 9.718/1998 formulados pela impetrante.

---

Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3840384>

<sup>61</sup> RE 609.069. Ementa do Acórdão, fls. 406.

<sup>62</sup> RE 609.096. Disposto nos autos RESP fl. 472-486 e RE fl. 506-521. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3840384>>. Acesso em 27/11/2018.

### 3.4.1 Do pedido de ingresso da FEBRABAN como amicus curiae e seus argumentos.

A associação que representa os bancos no país FEBRABAN requereu sua admissão como amigo da corte no processo, visto que, conforme argumenta guarda especial interesse na controvérsia tendo em vista os seguintes argumentos:

Isto se faz necessário porque a União, após a emissão do Parecer direcionado as Procuradorias da Fazenda Nacional, passou a “interpretar” e “revisitar” decisões judiciais que garantiam o recolhimento da COFINS e do PIS sem o alargamento da base de cálculo prevista art. 3º, parágrafo primeiro, da Lei nº 9.718/98, apregoando que o termo “faturamento” corresponderia às receitas advindas das atividades empresariais.

E, com base- neste “método passou a ajuizar inúmeras execuções fiscais direcionadas ao segmento financeiro, veiculando a cobrança do PIS e da COFINS sobre as receitas financeiras dos bancos se utilizando, ainda, de subterfúgios coercitivos, tal como inclusão da razão social das instituições financeiras no CADIN e negativa de expedição de Certidão Positiva com Efeitos de Negativas.

Assim, além de estarem expostas a constrição patrimonial, operada, na esmagadora maioria das vezes, pela determinação de penhora on line, onde sequer foram previamente intimadas, as ASSOCIADAS também tiveram um impacto negativo no livre exercício de suas atividades profissionais, em função das medidas anteriormente especificadas, tendo que se valer novamente do Poder Judiciário para obter a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, malgrado a existência de uma decisão anterior que assim já apregoava<sup>63</sup>.

Com esses argumentos sustentou a FEBRABAN a sua admissão como amicus curiae, bem como a concessão de efeitos suspensivos de todos os processos no país que versem sobre a mesma matéria. A sua inclusão como amicus curiae, foi deferido pelo Ministro Relator Ricardo Lewandowski.

Para sustentar a sua contribuição no caso em comento, juntou o amigo da corte jurisprudência e pareceres de juristas renomados, Professores Tércio Sampaio Ferraz Junior, Marco Aurélio Greco e Alcides Jorge Costa<sup>64</sup>, que corroboram as teses argüidas pela impetrante do mandado de segurança no início conforme já explicitadas.

No parecer do eminente Professor Tércio Sampaio Ferraz Junior, este deixa claro a questão da inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98, bem como o entendimento dos conceitos

---

<sup>63</sup> RE 609.069. Petição FEBRABAN fls. 659-660.

<sup>64</sup> Por conta dessa implicação, a FEBRABAN pede vênua para apresentar a V.Exa. os pareceres elaborados pelos Profs. Drs. Marco Aurélio Greco, Alcides Jorge Costa e Tércio Sampaio Ferraz Junior, que tratam exaustivamente da matéria em debate naqueles autos e refutam, de forma categórica, as razões apresentadas pela Procuradoria da Fazenda Nacional.

de faturamento e receita bruta, se referindo ao voluntarismo político como evitável<sup>65</sup> e acentuando a obediência ao rigor da norma constitucional como sendo o inestimável<sup>66</sup>.

Referindo-se ao voto do Ministro Cezar Peluso no (RE nº 357.950-RS), assim descreve:

A questão nuclear da Inconstitucionalidade está, pois, localizada no sentido atribuído pelo legislador ao conceito de receita bruta, ao qual a expressão constitucional faturamento fora equiparada.

Em seu voto, o Ministro Cezar Peluso examinou o sentido de receita bruta, primeiro, para distingui-lo do de faturamento, e, assim, declarar inconstitucional o referido par. 1º do art. 3º e, ao depois, para equiparar um ao outro conforme o sentido atribuído a faturamento na jurisprudência anterior do STF, a fim de manter o caput do art. 3º mediante interpretação conforme a Constituição<sup>67</sup>.

Assevera ainda que, com o advento da Emenda Constitucional nº 20/98, na verdade ficou claro que o conceito de faturamento e receita bruta são distintos um do outro:

Na verdade, o novo dispositivo trazido pela Emenda Constitucional, ao contrário do que se possa pensar, reforça a tese de que, na Constituição Federal, mormente para efeitos fiscais, faturamento e receita são conceitos distintos, ainda que ou um ou outro possa configurar base de cálculo de contribuição social<sup>68</sup>.

Dos quesitos formulados pela FEBRBAN ao eminente professor, o terceiro deles questiona se receitas financeiras podem ser consideradas como faturamento para efeitos de incidência da COFINS sob a égide da Lei nº 9.718/98, sendo respondido da seguinte maneira:

Receitas financeiras não podem ser consideradas faturamento para efeito de incidência da COFINS sob a égide da Lei nº 9.718/98 (afastado por inconstitucional o § 1 do seu art. 3º). Esta resposta não se altera em função da empresa envolvida ser

---

<sup>65</sup> Tem-se, pois, de encarar um uso construído na prática jurídica e na própria jurisprudência e que passa a obedecer a uma “necessidade interna”, a qual põe limites ao voluntarismo político do Poder. Essa necessidade repousa, no caso, na exigência de lidar, no contexto da atividade empresarial, com temas como receita, faturamento, receita bruta como venda de mercadorias e serviços, práticas financeiras, tudo a partir de técnicas antigas e reconhecidas, em face de eventuais disfunções sistemáticas que nelas venham a ser introduzidas pelas exigências de arrecadação.

<sup>66</sup> Tratando-se de competência constitucional, não há que se falar em prevalência de qualquer norma infraconstitucional, como, por exemplo, tratados e convenções internacionais. O que está em questão é o sentido constitucional de *serviço*. Na verdade, independentemente da questão referente à definição constitucional de *serviço*, o problema relativo à COFINS, seja qual for o sentido atribuído a *serviço de qualquer natureza*, está antes na definição de *faturamento*. Ou seja, é o conceito constitucional de *faturamento* que autoriza a inclusão nele do conceito de receita bruta em sentido estrito, e não o contrário. É no tratamento dado a receita da venda de *serviços* como *receita bruta em sentido estrito* e, por força disso, equiparável a *faturamento* em seu sentido constitucional que está a questão.

<sup>67</sup> RE 609.069. Petição Parecer do Professor Tercio Sampaio Ferraz Junior fls. 986. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3840384>> Acesso em 28/11/2018

<sup>68</sup> RE 609.069. Parecer do Professor Tercio Sampaio Ferraz Junior fls. 992

uma empresa comercial, uma prestadora de serviços, uma “holding” ou uma instituição financeira.

A chamada receita operacional tem a ver com todos os valores financeiros cuja propriedade e adquirida por efeito do funcionamento da sociedade empresaria. Daí decorre que receita bruta e receita operacional não se identificam inteiramente.

Trata-se da distinção entre receita bruta em sentido estrito, equivalente a fonte constitucional faturamento, e receita em termos de receitas operacionais. Receita bruta e das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços de qualquer natureza. Diferente dela são as rendas e receitas operacionais das instituições financeiras e entidades a elas equiparadas. A equivalência a faturamento, em seu sentido constitucional, cabe apenas ao que se denomina receita bruta.

Entende-se, nesses termos, que a expressão receita operacional, se aplicada a faturamento no sentido constitucional, se refere apenas aquela obtida por efeito do funcionamento da sociedade empresaria, mas tão somente mediante a receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços, de qualquer natureza<sup>69</sup>.

Conclui seu parecer o eminente professor, asseverando que ainda que denomine “serviço financeiro” atividade financeira e bancaria o que importa e que o custo de operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas pelas instituições financeiras na exploração da intermediação de dinheiro na economia não constituem receita da venda de serviços em termos de receita bruta em sentido estrito, como base de cálculo equiparada a faturamento<sup>70</sup>.

Conforme já informado, a FEBRABAN solicitou também o parecer do eminente professor Marco Aurélio Greco, que de início assim assevera:

Em 2000, ao analisar a figura das contribuições, enfrentei de modo sucinto, embora incisivo, o tema objeto da Consulta ao dizer que “**instituição financeira não possui faturamento**” ali como aqui entendida a pessoa jurídica cuja atividade principal e a concessão de credito (em suas múltiplas modalidades) e em função do que auferere juros e demais receitas correlatas<sup>71</sup>.

Verifica-se conforme o entendimento supramencionado, que o disposto no artigo 195, I da Constituição Federal, não se aplica a toda e qualquer receita, sendo apenas a aquelas que sejam inerentes a atividade típica da pessoa jurídica.

---

<sup>69</sup> RE 609.069. Parecer do Professor Tercio Sampaio Ferraz Junior fls. 986. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3840384>> Acesso em 28/11/2018

<sup>70</sup> RE 609.069. Parecer do Professor Tercio Sampaio Ferraz Junior, fl. 1002. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3840384>> Acesso em 28/11/2018

<sup>71</sup> RE 609.069. Parecer do Professor Marco Aurélio Greco, fl. 1005. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3840384>> Acesso em 28/11/2018



No primeiro quesito respondido da consulta feita pela FEBRABAN, acentua o eminente professor que a amplitude na base de cálculo da COFINS, tal como prevista pela Lei Complementar nº 70/91, era diferente em função da atividade exercida pela pessoa jurídica<sup>72</sup>.

Sendo assim, mais uma voz que se levanta e mostra a contrariedade da legislação ordinária em torno do dispositivo constitucional. Verifica-se que de fato, o legislador ordinário buscou um alargamento do conceito de faturamento fora da previsão constitucional.

Por derradeiro cito o parecer do eminente professor Alcides Jorge Costa, que como já mencionado lhe foi solicitado pela FEBRABAN a emitir seu parecer nas questões que envolvem a discussão da COFINS, tais como, a amplitude de sua base de cálculo, a base de cálculo sobre a qual pode ser exigida, se receitas financeiras podem ser entendidas como faturamento.

Converge seu parecer aos anteriores já mencionados, merece destaque aqui nesse ponto a sua resposta quanto ao quesito, se receitas financeiras podem ser consideradas faturamento. Assim responde:

Receitas financeiras não podem ser consideradas faturamento para efeito de incidência da COFINS sob a égide da Lei nº 9.718/98, afastado que foi, por inconstitucional o § 1R do seu artigo 3º. Esta resposta não se altera pelo fato de a empresa envolvida ser uma holding, uma instituição financeira ou uma prestadora de serviços<sup>73</sup>.

Esses são os pontos colocados pela FEBRABAN, habilitada como *amicus curiae* no RE 609.069, são pontos que divergem da forma como são entendidos pela União.

---

<sup>72</sup>Parecer do Professor Tércio Sampaio Ferraz Junior, no RE nº 609.069, fl. 1020. A base de cálculo da contribuição prevista na LC-70/91 corresponde ao faturamento assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza. Não. Faturamento é conceito em que a identificação da sua amplitude depende do exame de elementos objetivos e não subjetivos. Como objeto que existe em si algo não deixa de sê-lo ou passa a sê-lo em função das pessoas levadas em consideração. Receitas financeiras e dividendos não configuram faturamento nos termos do artigo 195, I da CF/ 88, seja qual for a natureza da pessoa jurídica que os auferir. Faturamento indica a cobrança de um preço a título de contraprestação num negócio bilateral.

<sup>73</sup> RE 609.069. Parecer do Professor Tércio Sampaio Ferraz Junior fls. 986.

Pós essas manifestações, a União se insurgiu contra as teses ventiladas nos pareceres, justificando suas teses já mencionadas e combatendo os argumentos dos pareceres supramencionados.

### 3.4.2 Os argumentos ABRAPP habilitada como *amicus curiae*, sobre a incidência do PIS e da COFINS no ingresso das suas receitas.

Para a ABRAPP, o seu ingresso como amigo da corte busca esclarecer questões relacionadas à contribuição para o PIS e a COFINS posta em discussão, no entanto, com relação às EFPCs, deve ser analisada de maneira diferenciada, uma vez que, as entidades fechadas de previdência complementar se diferenciam das entidades financeiras, pois não pertencem ao sistema financeiro nacional<sup>74</sup>.

A ABRAPP em sua manifestação recapitula a questão já posta neste trabalho da inconstitucionalidade do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, bem como acentua a sua condição de entidade sem fins lucrativos, uma vez que se a declaração de inconstitucionalidade do referido dispositivo significa a limitação do campo de incidência para as instituições financeiras, para as EFPCs, continua sendo exigido um tributo que estas entendem indevido, uma vez que não desenvolvem nenhuma atividade comercial, vejamos:

Isto porque, se, para as instituições financeiras, a declaração de inconstitucionalidade do art. 3º da Lei 9.718/98 implica em limitação do campo tributável da Contribuição ao PIS e da COFINS, para as entidades previdenciárias sem finalidade lucrativa acarreta o reconhecimento da inexigibilidade dos referidos tributos, visto que, em face de sua natureza jurídica, não exercem nenhuma atividade comercial ou empresarial que possa consistir receita decorrente da venda de mercadorias e ou prestação de serviços, ou seja, não possuem base de cálculo para incidência das referidas contribuições sociais<sup>75</sup>.

---

<sup>74</sup> Cabe lembrar que a participação da ABRAPP visa assegurar que o Plenário desta Suprema Corte possa adotar entendimento que, baseado na ordem constitucional, esteja compatível com a essência dos institutos jurídicos analisados - mormente o conceito de faturamento e receita bruta - e sua aplicabilidade para as entidades envolvidas. Neste ponto, insta registrar que, apesar de o recurso extraordinário se voltar a discussão sobre a cobrança da Contribuição ao PIS e da COFINS das instituições pertencentes ao sistema financeiro nacional, é possível identificar que vem sendo sobrestados os recursos das EFPC que giram em torno da mesma matéria, justamente ao argumento do reconhecimento da repercussão geral no presente caso (RE 609.096).

<sup>75</sup> RE 609.069. Petição da ABRAPP fl. 1190.

Assevera que tomar como referência para cobrança das contribuições do PIS e da COFINS o §1º da Lei nº 8.212/91, que relaciona instituições financeiras de diversos setores da economia, o art. 39, §§5º e 6º, da Lei nº 9.718/98, acabou criando distorções perigosas<sup>76</sup>.

Nesse sentido, assevera que as entidades fechadas de previdência complementar ora mencionadas não são reguladas pelo sistema financeiro nacional e sim pela (PREVIC) autarquia que se vincula ao Ministério da Previdência Social devidamente definido pela Lei nº Lei nº 12.154/09, não se confundindo com instituições financeiras<sup>77</sup>.

Sendo assim chama a atenção para a diferença no que tange as atividades exercidas pelas entidades financeiras e as entidades fechadas de previdência complementar. Enquanto uma se submete ao sistema financeiro nacional a outra se submete a uma autarquia que controla suas atividades inclusive impedindo que esta venha a auferir lucros e exerça atividades financeiras.

Conforme argumenta a ABRAPP, não pode o interprete ou aplicador da lei desconsiderar as peculiaridades das entidades fechadas de previdência complementar e as ocasiões de incidência das contribuições para o PIS e a COFINS, visto as características distintas de cada uma<sup>78</sup>.

As entidades fechadas de previdência complementar têm como única atividade a gestão de fundos de pensão de aposentadorias, sendo estes custeados por seus participantes por meio

---

<sup>76</sup> Por isso, ao tomar por referencia o §1º da Lei nº 8.212/91, que relaciona instituições de diversos setores da economia - exclusivamente para fins e determinação da incidência da contribuição previdenciária -, o art. 3º, §§5º e 6º, da Lei nº 9.718/98, acabou por criar distorções perigosas para a sujeição das referidas entidades a Contribuição do PIS e a COFINS. Isto porque, há pessoas jurídicas mencionadas no referido §1º da Lei nº 8.212/91 que não correspondem às chamadas *instituições financeiras*, como e o caso justamente das entidades fechadas de previdência complementar.

<sup>77</sup> Por sua vez, as entidades fechadas de previdência complementar estão inseridas no Capítulo II do Título VIII ("Da Seguridade Social"), tem sua atividade disciplinada pela Lei Complementar nº 109/01, são supervisionadas pela Superintendência Nacional da Previdência Complementar (PREVIC), autarquia vinculada ao Ministério da Previdência Social (art. 19 da Lei nº 12.154/09), e reguladas pelo Conselho Nacional de Previdência Complementar (CNPC), colegiado também integrante da estrutura básica do Ministério da Previdência Social. Portanto, não se confundem com as instituições financeiras.

<sup>78</sup> A menção conjunta das instituições financeiras e entidades não financeiras, como as entidades de previdência complementar, no art. 3º, §§ 5º e 6º, da Lei nº 9.718/98, não poderá ensejar, ao aplicador ou ao interprete da lei, a desconsideração das inegáveis distinções que a incidência da Contribuição ao PIS e da COFINS revelam para cada caso. As características de cada um dos setores implicam repercussões econômicas e sociais variadas - ainda que possivelmente inconstitucionais por fundamento jurídico similar, em face da competência constitucional da União no tocante a estas contribuições, qual seja o faturamento.

de suas contribuições, sendo todas as despesas referentes à manutenção dessas entidades custeadas por seus próprios participantes.

Reforça assim que, a questão ampliadora do entendimento do conceito faturamento inserida pelo artigo 3º da Lei nº 9.718/98, para fins de determinação da base de cálculo da contribuição para o PIS e a COFINS, para as pessoas jurídicas sujeitas ao regime cumulativo destas contribuições gera conseqüências diversas, mas igualmente nefastas, para os múltiplos setores da economia.

Ainda em sua manifestação, assevera a ABRAPP que, ao sustentar que a previsão contida no caput do artigo 3º, §§ 5º e 6º da Lei nº 9.718/98, aduzindo que faturamento corresponda à receita bruta e autoriza a cobrança do PIS e da COFINS, a Fazenda Nacional está pondo em cheque a segurança jurídica de milhões de contribuintes<sup>79</sup>.

Por derradeiro chama a atenção para as definições de faturamento e receita bruta, relembando o entendimento do STF no sentido de que faturamento e receita bruta, requerem a venda de mercadorias e serviços:

E forçoso lembrar que esse STF já se manifestou no sentido de que "faturamento" e "receita", no âmbito da Lei nº 9.718/98, se referem a "venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços", ou seja, receitas provenientes ou resultantes do exercício de atividades de caráter empresarial ou mercantil (RE 346.084).

Mesmo quando tomadas as expressões "faturamento" e "receita bruta" como equivalentes, não resta dúvida de que a base de cálculo dos PIS e da COFINS e apenas e tão somente o produto da atividade comercial (de venda de mercadorias ou serviços). A redação ainda vigente do art. 12 do Decreto Lei nº 1.598/77 dispõe exata mente neste seguinte sentido, ao asseverar que "Receita bruta das vendas e serviços compreende o produto da venda de bens nas operações de conta própria e o preço dos serviços prestados", isto é, a remuneração cobrada pelos serviços prestados<sup>80</sup>.

Nota-se que todo o esforço da ABRAPP é demonstrar que não há incidência sobre os valores ingressos aos planos de previdência fechada, uma vez que estes não possuem natureza

---

<sup>79</sup> Ao sustentar que a previsão contida no *caput* do art. 3º da Lei nº 9.718/98 (de que o faturamento "corresponde à receita bruta da pessoa jurídica") autorizaria a cobrança da Contribuição ao PIS e da COFINS sobre todo e qualquer valor registrado contabilmente como "receita" (independentemente da sua origem como produto da venda de bens e ou serviços), a Fazenda Nacional põe em cheque a segurança jurídica de milhões de contribuintes - tanto aqueles diretamente atingidos, como as pessoas jurídicas (entre as quais estão as EFPCs), como aqueles afetados em razão deste ônus indevidamente a elas imposto (como é o caso dos participantes dos planos de previdência complementar, que ficam responsáveis pelo custeio financeiro desta despesa).

<sup>80</sup> RE 609.069. Petição da ABRAPP fl. 1195-1196. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3840384>> Acesso em 28/11/2018

comercial e sim de entidades sem fins lucrativos, administrando valores que não lhes pertencem, ou seja, não fazem parte de seu patrimônio.

### 3.5 O parecer do Procurador Geral da República

#### 3.5.1 Das instituições financeiras

O Procurador Geral da República requereu vista dos autos para também poder se manifestar, uma vez que, trata-se de uma questão em que é discutida a constitucionalidade ou não de uma lei, bem como, é o Ministério Público Federal uma das partes a interpor o Recurso Extraordinário ora analisado<sup>81</sup>.

Reforça o Procurador Geral que a despeito de ter havido o reconhecimento de inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da lei nº 9.718/98, não houve a alteração do caput, continuando esse em vigência:

A despeito da declaração de inconstitucionalidade do citado parágrafo, não houve alteração do caput do art. 3º da Lei 9.718/98, o qual revela a sinonímia entre faturamento e receita bruta, amparada pela jurisprudência dessa Corte que já associava tais termos à receita oriunda da venda de mercadorias e prestação de serviços, fundamentando-se no inciso I, do art. 187, da Lei 6404/1976, a Lei das Sociedades por Ações<sup>82</sup>.

Conforme assevera em sua manifestação o Procurador Geral da República o acórdão do TRF4 desconsiderou que receita e faturamento são idênticos conforme entendimento já pacificado pelo próprio STF.

Conclui seu parecer com relação às instituições financeiras da seguinte forma:

Conclui-se, portanto que o PIS e a COFINS incidem sobre as receitas operacionais das instituições financeiras, pois integram a receita bruta ao abrangerem as atividades finalísticas desenvolvidas por essas pessoas jurídicas, enquadrando-se no

---

<sup>81</sup> RE 609.096. Parecer do Procurador Geral da República, Rodrigo Janot no RE 609.096; fls. 1204/1210. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3840384> Acesso em 28/11/2018

<sup>82</sup> Parecer do Procurador Geral da República, Rodrigo Janot no RE 609.096; fls. 1204/1207. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3840384> Acesso em 28/11/2018

conceito de faturamento contido no art. 195 da Constituição Federal de 1988<sup>83</sup>.

Nota-se que o Procurador Geral da República ao dar seu parecer o fez acentuando que as instituições financeiras disponibilizam serviços, oferecem produtos, sendo assim ocorre o fato gerador da obrigação tributária relacionada ao recolhimento do PIS e da COFISNS.

### 3.5.2 Das Entidades Fechadas de Previdência Complementar

Após o parecer referente às entidades financeiras, o Procurador Geral da República em apartado<sup>84</sup> emite novo parecer, desta vez em relação às entidades fechadas de previdência complementar<sup>85</sup>.

Expondo as questões já mencionadas alhures neste trabalho, a PGR concorda com os argumentos da ABRAPP, uma vez que a Lei Complementar 109/2001 é quem rege as entidades fechadas de previdência complementar. Sendo assim, conforme disposição legal, as entidades fechadas de previdência, sem fins lucrativos não tem base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS:

O que se extrai da legislação de regência e que as entidades fechadas de presidência complementar são entidades sem finalidade lucrativa, organizadas sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem exercício de atividade comercial ou empresarial, sendo lhes vedado manter programas assistenciais de natureza financeira<sup>86</sup>.

No entendimento do Procurador Geral da República, as entidades fechadas de previdência complementar não se amoldam ao conceito de instituições financeiras, uma vez que, as finalidades das instituições financeiras são claramente de alocação de capitais próprios ou de terceiros visando ganho de capital<sup>87</sup>.

---

<sup>83</sup> Parecer do Procurador Geral da República, Rodrigo Janot no RE 609.096; fls. 1204/1210. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3840384>> Acesso em 28/11/2018

<sup>84</sup> No que diz respeito à ABRAPP, as entidades fechadas de previdência complementar — EFPC, submetem-se a disciplina jurídica diversa, razão pela qual se justifica o exame apartado dos seus argumentos, para a correta compreensão do conceito de faturamento em relação aquelas entidades.

<sup>85</sup> Parecer do Procurador Geral da República, Rodrigo Janot no RE 609.096; fls. 1213/1217. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3840384>> Acesso em 28/11/2018

<sup>86</sup> Parecer do Procurador Geral da República, Rodrigo Janot no RE 609.096; fls. 1216.

<sup>87</sup> Assim, não se amoldam ao conceito de instituição financeira, organização cuja finalidade precípua e a alocação de capitais financeiros próprios ou de terceiros, observado o calculo de custo, prazo e risco, visando ao ganho de capital, bem como a prestação de serviços correlatos.

Ao passo que as entidades fechadas de previdência complementar, não têm faturamento, pois, suas atividades são custeadas pelos próprios participantes:

No caso das entidades fechadas de previdência complementar não ha que se falar em faturamento, porque toda a atividade, custeada exclusivamente por contribuições dos seus próprios participantes, volta-se a garantia dos benefícios previdenciários do mesmo universo de participantes. Razão pela qual o art. 69, § 1º, da Lei Complementar 109/2001 dispõe que sobre as contribuições vertidas para as referidas entidades, destinadas ao custeio dos planos de benefícios, não incidem tributação e contribuições de qualquer natureza (JANOT, 2012).

Por fim, opinou o Procurador Geral da república por ponderar as questões postas pelas EFPECs, para que seja reconhecido que estas não se encontram abrangidas pela incidência das contribuições para o PIS e da COFINS.

### **3.6 Da decisão do RE 609.096**

Em consulta ao STF, na data de 29/11/2018, ainda não há qualquer decisão do relator ou mesmo do plenário da corte no sentido de por um fim nessa demanda.

A última movimentação nesse caso, dá conta de uma conclusão para análise e posterior decisão do relator Ministro Ricardo Lewandowski, sendo certo que não há previsão para a qualquer resultado definitivo para a questão.

Qualquer que seja a decisão a ser tomada pela corte, será de enorme importância e pacificará as controvérsias em torno desse assunto, dando certeza a quem cobra e a quem e cobrado, a certeza do que de fato é devido ou não.

Além do que não se trata apenas de uma questão entre entidades, pessoas jurídicas e governo e suas autarquias, mas sim, de pessoas que de um modo ou de outro tem impactado seu benefícios previdenciários.

Saber qual solução foi dada, ou será dada, se faz importante para que as expectativas geradas, sejam pacificadas, quem deve de fato e quem não for credor, devedor siga as suas obrigações gozando de certeza, afinal ao direito tributário não e dado um campo de incertezas, mas sim a certeza de qual tributo é devido ou não.

## CONCLUSÃO

Conforme exposto neste trabalho, as Entidades Fechadas de Previdência Complementar cumprem um importante papel social, qual seja a complementação de benefícios previdenciários.

A legislação que as disciplina é muito clara no que se refere à natureza jurídica dessas entidades, finalidades e modos de atuar, de igual maneira, é clara quanto à competência para o exercício da fiscalização. A ingerência estatal é evidente e o funcionamento dessas entidades só é possível sob a tutela estatal, conforme disposição da própria legislação.

Nesse mesmo sentido, deixa evidente a legislação complementar que as Entidades Fechadas de Previdência Complementar não se assemelham a nenhuma empresa que assume os riscos do empreendimento sendo-lhe vedado inclusive que assim proceda.

Logo, se não podem exercer atividades comerciais de vendas de produtos ou prestações de serviços, automaticamente lhe está tolhido à possibilidade de faturar ou ter receita na acepção da palavra, em termos comerciais, contábeis e jurídicos.

Nota-se que os fatos geradores das contribuições para o PIS e a COFINS, conforme disposição constitucional se dá sobre a receita e o faturamento das empresas.

Por todo o exposto, podemos concluir pela não incidência das contribuições para o PIS e a COFINS sobre os ingressos financeiros havidos pelas entidades fechadas de previdência complementar.

As entidades fechadas, conforme disposição legal não tem natureza empresarial, ou seja, a sua função precípua não se confunde com a atividade empresarial, não se pauta em risco para auferir lucros, pelo contrário, a própria legislação regente veda sua participação no meio empresarial.

Conforme disposto na Lei Complementar nº 109/2001 as Entidades Fechadas de Previdência Complementar são expressamente vedadas de obter qualquer tipo de lucro, bem



como estarem obrigadas a investir em reservas os valores que venham a obter superiores às reservas matemáticas, de modo que não se locupletam dos valores que detêm de qualquer forma.

Nesse sentido, chega-se a conclusão de que, se não há uma atividade empresarial exercida pelas entidades fechadas de previdência complementar, não há que se falar em faturamento ou receita, visto que, conforme os conceitos expostos nesse trabalho dão conta que, para que haja receita ou faturamento há que ter havido uma comercialização de bens ou serviços.

Ocorre que as entidades fechadas apenas gerem os recursos financeiros que lhes são confiados pelos participantes e no momento oportuno paga o benefício a cada participante de acordo com o que foi contratado. Nota-se, portanto, que em momento algum há uma comercialização de bens ou serviços, os participantes não compram nenhum serviço ou bem dessas entidades, apenas depositam valores que serão geridos pelas entidades para que futuramente sejam retornados em forma de benefício previdenciário.

A Constituição Federal é clara em seu artigo 195, I, ao definir o fato gerador para as contribuições do PIS e da COFINS, “incidirão sobre a receita e faturamento”, logo, pelo próprio sentido do que é receita e faturamento, há a exclusão das entidades fechadas de previdência de recolher a contribuição para o PIS e a COFINS.

Diante de todo o exposto, forçoso é reconhecer que através desse estudo, se chega à conclusão de que é impossível a incidência da contribuição para o PIS e COFINS sobre os ingressos financeiros vertidos para as Entidades Fechadas de Previdência Complementar. Não há qualquer hipótese de incidência desse tributo, ainda que haja uma aplicação financeira com rendimento, pois não se vislumbra faturamento ou receita, apenas a manutenção das entidades, financeiramente equilibrada nos termos da Lei 109/2001.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Euridice S. Mamede de. **Contabilidade Tributária**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015.

CARVALHO, Fábio Junqueira de e MURGEL, Maria Inês. **Tributação dos Fundos de Pensão**. Belo Horizonte: Editora Decálogo, 2007.

BRASIL. **Lei Complementar 109/2001**: Dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/civil\\_03/LEIS/LCP/Lcp109.htm](http://www.planalto.gov.br/civil_03/LEIS/LCP/Lcp109.htm) Acesso em 20/11/2018.

FABRETTI, Lúdio Camargo. **Contabilidade Tributária**. 14º Ed. São Paulo: Editora atlas, 2014.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2011.

MADEIRA, Patrícia Hermont Barcellos Gonçalves. **Não-cumulatividade do PIS e da COFINS**. Dissertação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de Direito Previdenciário**. São Paulo: Editora LTr, 2011.

MELO, José Eduardo Soares de. **Curso de Direito Tributário**. 10ª Ed. São Paulo: Editora dialética, 2012.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. **Conceitos**. Disponível em <http://www.previdencia.gov.br/a-previdencia/previdencia-complementar/conceitos/> Acesso em 20/11/2018.

NAVARRO COELHO, Sacha Calmon. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015.

PIERDONÁ, Zélia Luiza. **Previdência Complementar Panorama Jurídico e Desafios**. São Paulo: Editora Quater Latin do Brasil, 2015.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 5ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

SOARES MADEIRA, Anderson. **Manual de Direito Tributário**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 609096**. Disponível em <  
<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3840384>> Acesso em 02/10/2018.