

GAIA SILVA GAEDE | ADVOGADOS
& ASSOCIADOS

**PIS/COFINS SOBRE RECEITAS FINANCEIRAS:
alcance e inconstitucionalidade do Decreto 8.426/2015**

Câmara de Comércio e Indústria Japonesa do Brasil

18 de junho de 2015

1. Introdução

Lei 10.637/02
e 10.833/03

Lei 10.865/04

Decreto
5.442/05

Decreto
8.426/15

Decreto
8.451/15

1º: Lei 10.637/02 e Lei 10.833/03:

- Institui o PIS/COFINS Não-Cumulativos;
- Incidência sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica;
- Possibilidade de crédito sobre despesas financeiras de empréstimos e financiamentos.

2º: Lei 10.865/04 (art. 27, § 2º):

- Exclui as despesas financeiras do rol de despesas passíveis de crédito (altera art. 3º);
- Autoriza o Poder Executivo a conceder créditos sobre despesas financeiras;
- Permissão para o Executivo reduzir ou reestabelecer as alíquotas;

3º: Decretos nº. 5.164/04 e 5.442/05: Alíquota Zero (exceto JCP).

4º: Decreto 8.426/15: Reestabelece as alíquotas para 4,65%

5º: Decreto 8.451/15: Zera a alíquota de determinadas receitas financeiras.

1. Introdução

CONCEITO

- ✓ **Legislação tributária não define;**
- ✓ **Legislação do IRPJ traz os principais indicativos, parâmetros para a caracterização de receitas financeiras, mas não as esgota;**
- ✓ **Legislação do PIS/COFINS não faz remissão expressa à do IRPJ;**
- ✓ **Doutrina: “Rendimentos derivados da aplicação de capitais financeiros, inclusive ganhos cambiais e correção monetária de créditos” (PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Finanças e Demonstrações Financeiras da Companhia: Conceitos Fundamentais*).**

1. Introdução

LEGISLAÇÃO DO IRPJ (RIR/99)

Seção IV

Outros Resultados Operacionais

Subseção I

Receitas e Despesas Financeiras

Art. 373. Os juros, descontos, lucro na operação de *reporte*, rendimentos de aplicações financeiras de renda fixa serão incluídos no lucro operacional...

Subseção II

Variações Monetárias

Art. 375. Na determinação do lucro operacional deverão ser incluídas as contrapartidas das variações monetárias, em função da taxa de câmbio ou de índices ou coeficientes aplicáveis, por disposição legal ou contratual...

* **Lei 9.718/98 (art. 9):** Para efeitos de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, as variações monetárias dos direitos de crédito e das obrigações do contribuinte serão consideradas como receitas ou despesas financeiras, conforme o caso.

1. Introdução

OUTRAS PASSAGENS

- ✓ **RIR/99 – Título II do Livro III:** Tributação das Operações “Financeiras” – Subtítulo II: “Mercado de Renda Variável”;
- ✓ **Portaria MF 356/1988:** *“o prêmio sobre contratos de câmbio de exportação constitui receita financeira para fins de determinação do lucro real”;*
- ✓ **Lei 10.865/04 – artigo 27, caput:** *“... relativamente às despesas financeiras decorrentes de empréstimos e financiamentos, ...”.*
- ✓ **Etc.**

1. Introdução

Exemplos:

- Receitas de aplicações financeiras;
- Juros de empréstimos;
- Descontos obtidos;
- Variações monetárias;
- Variações cambiais.

2. Decretos 8.426/15 e 8.451/15

DECRETO 8.426/15, de 1º DE ABRIL DE 2015

- ✓ **Restabelece** para **0,65%** e **4%** as alíquotas de PIS e COFINS (respectivamente) **incidentes sobre receitas financeiras, inclusive decorrentes de operações realizadas para fins de hedge**, auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de apuração não-cumulativa das referidas contribuições.
- ✓ Aplica-se inclusive aos contribuintes que tenham parte das receitas sujeitas ao regime cumulativo (regime misto);
- ✓ **Mantém em 1,65% e 7,6%**, respectivamente, as alíquotas de PIS e COFINS aplicáveis aos **juros sobre o capital próprio**.

VIGÊNCIA: 1º DE JULHO DE 2015

2. Decretos 8.426/15 e 8.451/15

DECRETO 8.451/15, de 19 DE MAIO DE 2015

- ✓ Conceitua “elevada oscilação da taxa de câmbio” para efeitos do art. 30, § 5º da MP nº. 2.158-35/04 (alteração do regime de competência para o regime de caixa ao longo do ano).
- ✓ Restabelece a alíquota zero sobre as receitas financeiras decorrentes de:
 - ❖ **Variação cambial** de operações de **exportação** (bens e serviços);
 - ❖ **Variação cambial** de **obrigações, inclusive empréstimos e financiamentos**;
 - ❖ Operações de **hedge**.

3. Inconstitucionalidade do Decreto 8.426/2015

1º: Violação ao Princípio da Legalidade (Impossibilidade de Delegação – Fixação de Alíquotas):

- **Art. 150, I da CF:** é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou **umentar tributo** sem lei que o estabeleça;
E reduzir e reestabelecer?
- **Alteração de alíquotas X CF/88:** apenas II, IE, IOF e IPI
- **Art. 97, II do CTN:** somente a lei pode estabelecer a **majoração de tributos, ou sua redução**, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65.

PROBLEMA:

- **Efeito da inconstitucionalidade do art. 27:** retorno ao regime anterior (alíquota de 9,25%)? Cuidado com a abordagem e o pedido na ação judicial.

3. Inconstitucionalidade do Decreto 8.426/2015

2º: Inconstitucionalidade da Tributação das Receitas Financeiras pós EC-33/2001

- ❖ Interpretação conjunta dos artigos 149 e 195 da CF → **Incidência somente sobre a Receita Bruta** e não sobre a receita (total).

Art. 149. §2º **As contribuições sociais** e de intervenção no domínio econômico de que trata o *caput* deste artigo:

III - **poderão ter alíquotas:** (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

a) *ad valorem*, tendo por base o faturamento, **a receita bruta** ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

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 - 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)

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

PROBLEMA: a EC 42/03 teria convalidado a receita total?

3. Inconstitucionalidade do Decreto 8.426/2015

2º: Inconstitucionalidade da Tributação das Receitas Financeiras pós EC-33/2001

STF - RE nº 559.937/RS:

Isso porque o § 2º, III, do art. 149 fez com que a possibilidade de instituição de quaisquer contribuições sociais ou interventivas ficasse circunscrita a determinadas bases ou materialidades, fazendo com que o legislador tenha um campo menor de discricionariedade na eleição do fato gerador e da base de cálculo de tais tributos. (...)

Há, entre o art. 149, de um lado, e o art. 195 da Constituição, de outro, uma relação de complementaridade. As normas constantes de tais artigos têm de ser combinadas e coordenadas para fins de compreensão da extensão e do modo de exercício da competência relativa à instituição das contribuições de seguridade social. (...)

Não seria razoável, ainda, interpretar a referencia às bases econômicas como meras sugestões de tributação, porquanto não cabe à Constituição sugerir, mas outorgar competências e traçar os seus limites.

3. Inconstitucionalidade do Decreto 8.426/2015

3º: Violação ao princípio constitucional da não-cumulatividade

❖ Interpretação sistemática do art. 27 da Lei nº 10.865/2004:

LEI 10.865/04, de 30 de abril de 2004

Art. 27. O Poder Executivo poderá autorizar o desconto de crédito nos percentuais que estabelecer e para os fins referidos no art. 3º das Leis nºs 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003, relativamente às despesas financeiras decorrentes de empréstimos e financiamentos, inclusive pagos ou creditados a residentes ou domiciliados no exterior.

(...)

§ 2º O Poder Executivo poderá, **também**, reduzir e restabelecer, até os percentuais de que tratam os incisos I e II do caput do art. 8º desta Lei, as alíquotas da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS incidentes sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de não-cumulatividade das referidas contribuições, nas hipóteses que fixar.

3. Inconstitucionalidade do Decreto 8.426/2015

3º: Violação ao princípio constitucional da não-cumulatividade

a) A ordem lógica do art. 27: parágrafo que complementa a norma enunciada no *caput* (Art. 11, III, 'c' da Lei Complementar nº 95/1998)

*“Art. 11. As **disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica**, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:*

(...)

*III - para a obtenção de **ordem lógica**:*

(...)

c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo e as exceções à regra por este estabelecida; (...)”

b) O “também” do parágrafo segundo...

3. Inconstitucionalidade do Decreto 8.426/2015

4º: Outra violação à não-cumulatividade

- Ao não permitir créditos das despesas financeiras, Decreto impõe um regime cumulativo dentro da apuração do contribuinte
- Discriminação somente pode ocorrer em função de *setores da atividade econômica*:

“Art. 195. (...)

(...)

§ 12. A lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b; e IV do caput, serão não-cumulativas. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)”

- Auferir receitas financeiras não configura *setor da atividade econômica...*

3. Inconstitucionalidade do Decreto 8.426/2015

5º: Violação à isonomia e à não-discriminação

- Decreto adota a mesma alíquota aplicável às instituições financeiras, mas não permite a exclusão da base de cálculo de despesas financeiras e de custos de captação, o que é permitido para as instituições financeiras.
- Apenas contribuintes no regime não-cumulativo deverão tributar receitas financeiras (problema estrutural do PIS/Cofins: inconstitucionalidade de materialidades distintas – faturamento X receita)

Obrigado!

Maurício Barros – mauricio.barros@gsga.com.br

Gaia, Silva, Gaede & Associados – Advogados

“Esta apresentação é de autoria dos advogados da Gaia, Silva, Gaede & Associados, a quem pertencem todos os direitos, e sem cuja autorização não deve ser, de forma alguma, fornecida, reproduzida ou divulgada. Seu conteúdo não tem por finalidade o alcance de um determinado resultado específico, mas sim a demonstração do panorama legal sobre a matéria no momento de sua elaboração, sobre cuja atualização não nos responsabilizamos, não consistindo em qualquer aconselhamento jurídico, que deve ser fornecido apenas mediante a análise de cada situação concreta”.