

Conselho Editorial
André Luís Callegari
Carlos Alberto Alvaro de Oliveira
Carlos Alberto Molinaro
Daniel Francisco Mitidiero
Darcy Guimarães Ribeiro
Elaine Harzheim Macedo
Eugenio Facchini Neto
Draiton Gonzaga de Souza
Giovani Agostini Saavedra
Ingo Wolfgang Sarlet
Jose Luis Bolzan de Moraes
José Maria Rosa Tesheimer
Leandro Paulsen
Lenio Luiz Streck
Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira

Leandro Paulsen
Alessandro Mendes Cardoso
(organizadores)

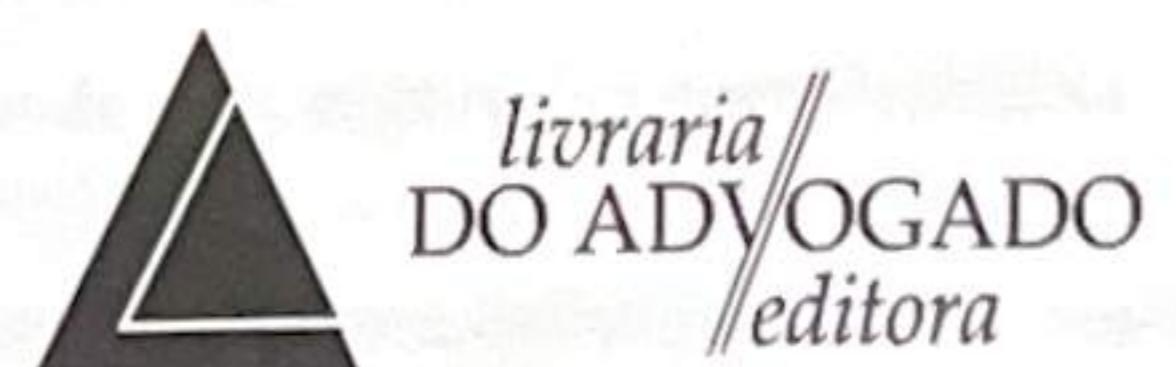
CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS SOBRE A REMUNERAÇÃO

ALESSANDRO MENDES CARDOSO
ANDRÉ MENDES MOREIRA
ANDREI PITTIEN VELLOSO
DOUGLAS FISCHER
FLORIANO MARTINS DE SÁ NETO
HELENO TAVEIRA TORRES
JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO
JULIANO SANDER MUSSE
LÍVIA MENDES MOREIRA MIRAGLIA
LEANDRO PAULSEN
MARCEL CORDEIRO
MARCIANO SEABRA DE GODOI
MIGUEL HORVATH JÚNIOR
RAPHAEL SILVA RODRIGUES
SOPHIA GORETI ROCHA MACHADO
WAGNER BALERA

CDU 34:336.2
349.3
CDD 344.8102

Índice para catálogo sistemático:
1. Direito tributário 34:336.2
2. Previdência social: Legislação 349.3

(Bibliotecária responsável: Sabrina Leal Araujo – CRB 10/1507)



Porto Alegre, 2013

O TRATAMENTO AGRAVADO DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS NA LEGISLAÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS SOBRE O LUCRO E SOBRE A FOLHA DE SALÁRIOS E DEMAIS RENDIMENTOS DO TRABALHO

MARCIANO SEABRA DE GODOI

Sumário: 1. Introdução; 2. Legislação; 3. Doutrina; 4. Jurisprudência; 5. O que se espera do Supremo Tribunal Federal na análise da questão?; 6. Conclusões.

1. Introdução

O presente estudo investiga a validade jurídica da diferenciação, promovida desde 1989 pela legislação de algumas contribuições sociais de segurança social, entre a alíquota aplicável aos contribuintes em geral e uma alíquota específica – superior à alíquota geral – aplicável às instituições financeiras. Passa-se em revista a legislação e, em seguida, avalia-se criticamente a doutrina que sobre o tema foi produzida nos últimos vinte anos, analisando-se detidamente os argumentos oferecidos pelos defensores da validade e pelos defensores da invalidade do referido tratamento diferenciado. Ao final do estudo, apresenta-se e analisa-se criticamente a jurisprudência produzida nos últimos anos sobre o tema, com ênfase na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que começa a se formar sobre a matéria.

2. Legislação

O tratamento diferenciado das instituições financeiras pela legislação da contribuição social sobre o lucro, prevista no art. 195, I, c, da Constituição, é tão antigo quanto a própria instituição desse tributo.

A Lei 7.689, que instituiu a contribuição em 1989, previu (em seu artigo 3º) a alíquota de 8% para a generalidade dos contribuintes, e a alíquota específica de 12% para os "bancos comerciais, bancos de investimento, bancos de

desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários e empresas de arrendamento mercantil". As Leis 7.856, de 1989, e 8.114, de 1990, majoraram as alíquotas da contribuição, que permaneceram diferenciando a situação das instituições financeiras da situação dos demais contribuintes.

A Lei Complementar 70, de 1991, que instituiu a COFINS e dela isentou as instituições financeiras, determinou que a alíquota da contribuição social sobre o lucro dessas instituições fosse elevada de 15 para 23% (art.11). Essa alíquota atingiu o valor de 30%, por força da promulgação da Emenda Constitucional de Revisão 1, de 1994, alíquota que prevaleceu de 1994 a janeiro de 1996, quando a Lei 9.249 (art.19, parágrafo único) reduziu para 18% a alíquota da contribuição social sobre o lucro das instituições financeiras, que ainda assim permanecia bastante superior à alíquota da contribuição aplicável aos demais contribuintes.

Somente a partir de janeiro de 1999, por força da edição da Medida Provisória 1.807, de 1999, foi estabelecida uma alíquota comum para as instituições financeiras e para os demais contribuintes da contribuição social sobre o lucro. Esse tratamento paritário foi mantido até que novo tratamento diferenciado veio a ser instituído pela Medida Provisória 413, de 2008, posteriormente convertida na Lei 11.727. A partir de maio de 2008, a alíquota da contribuição social sobre o lucro das instituições financeiras foi fixada em 15%, seis pontos percentuais acima da alíquota genérica de 9%. Nos termos da legislação atualmente em vigor, a alíquota agravada (15%) da contribuição social sobre o lucro se aplica às pessoas jurídicas de seguros privados, de capitalização, aos bancos de qualquer espécie, distribuidoras de valores mobiliários, corretoras de câmbio e de valores mobiliários, sociedades de crédito, financiamento e investimentos, sociedades de crédito imobiliário, administradoras de cartões de crédito, sociedades de arrendamento mercantil, cooperativas de crédito e associações de poupança e empréstimo.

No caso da legislação da contribuição social sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho, prevista no art.195, I, "a", da Constituição, o tratamento diferenciado das instituições financeiras também remonta ao ano de 1989, quando a Lei 7.787 determinou (art. 3º, § 2º) a incidência de uma alíquota adicional de 2,5% sobre essa categoria de contribuintes, alíquota adicional que foi mantida pela Lei 8.212, de 1991, que instituiu o Plano de Custeio da seguridade social. A alíquota adicional das instituições financeiras vigora até hoje, sem qualquer solução de continuidade. No caso dessa contribuição sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho, o rol de instituições sujeitas à alíquota adicional de 2,5% é um pouco distinto do relativo à alíquota agravada da contribuição sobre o lucro. Nos termos do art. 22, § 1º, da Lei 8.212, de 1991, estão sujeitos à alíquota adicional de 2,5% os "bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil, coope-

rativas de crédito, empresas de seguros privados e de capitalização, agentes autônomos de seguros privados e de crédito e entidades de previdência privada abertas e fechadas".

Quanto à legislação constitucional, a Emenda Constitucional de Revisão 1, de 1994, e a Emenda Constitucional 10, de 1996, previram expressamente a cobrança da contribuição social sobre o lucro das instituições financeiras sob a alíquota de 30%, nos termos da redação que referidas emendas inspiraram ao art. 72, III, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Em 1998, a Emenda Constitucional 20 criou o § 9º do art. 195 do texto constitucional, estabelecendo que as contribuições de seguridade social cobradas das empresas e pessoas jurídicas equiparadas (art. 195, I, da Constituição) "poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica ou da utilização intensiva de mão de obra". A redação desse dispositivo foi alterada pela Emenda Constitucional 47, de 2005: além da "atividade econômica" e da "utilização intensiva de mão de obra", também o "porte da empresa" e a "condição estrutural do mercado de trabalho" foram arrolados como razões para estabelecer "alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas" para as referidas contribuições.

3. Doutrina

Ao longo dos últimos vinte anos, a doutrina que se ocupou especificamente do tema ora estudado pronunciou-se majoritariamente no sentido da invalidade do *discrimen* estabelecido pela legislação em detrimento das instituições financeiras.

Em 1992, obra coletiva veiculou a opinião de diversos tributaristas sobre a seguinte questão:¹

Havendo identidade de benefícios, é constitucional a previsão de alíquotas mais elevadas para a contribuição sobre o lucro e sobre a folha de salários devida por contribuintes pertencentes a determinados setores da atividade econômica?

Parte dos autores considerou que a capacidade contributiva é critério de graduação aplicável somente aos impostos, e apenas os custos e ônus provocados direta ou indiretamente pelos contribuintes poderiam constituir critério válido para a previsão de alíquotas mais elevadas das contribuições sociais para o financiamento da seguridade social.² Alguns autores defendem que o fato de as instituições financeiras estarem – pelo menos àquela altura – isentas da contribuição social sobre o faturamento instituída pela Lei Complementar 70, de 1991, justificava o agravamento da alíquota da con-

¹ MARTINS, Ives Gandra (coord.). Contribuições Sociais, *Caderno de Pesquisas Tributárias* – Vol. 17, São Paulo: Resenha Tributária – Centro de Extensão Universitária, 1992, p.1.

² Neste sentido, vide ULHÔA CANTO, Gilberto; SOUZA, Antonio Carlos Garcia & FONSECA, Marcelo Beltrão da. Contribuições Sociais, In: MARTINS, Ives Gandra (coord.). Contribuições Sociais, *Caderno de Pesquisas Tributárias* – Vol. 17, São Paulo: Resenha Tributária – Centro de Extensão Universitária, 1992, p.25-67.

tribuição social sobre o lucro a elas aplicável.³ Um número considerável de autores admitiu o uso da capacidade contributiva como critério de graduação da contribuição social sobre o lucro, mas considerou que definir alíquotas agravadas apenas para alguns setores específicos de atividade econômica não se mostrava consentâneo com a capacidade contributiva: “a igualdade tributária tem de prevalecer entre contribuintes em geral e não apenas entre contribuintes de determinado setor econômico”.⁴

Dentre os autores que consideraram o *discrimen* válido, uns argumentaram que não tem cabida a aplicação do princípio da igualdade ao problema ora estudado, visto que o artigo 150, II, da Constituição não seria aplicável às contribuições aludidas no art.149 da Constituição, cujo texto somente faz remissão aos incisos I e III do art.150 da Constituição;⁵ outros argumentaram que o artigo 150, II, da Constituição aplica-se às contribuições sociais, mas que a própria norma da igualdade impõe tributação diferenciada em razão de desigualdades econômicas, como reflexo do princípio da capacidade contributiva, daí decorrendo a validade das alíquotas diferenciadas sobre o lucro e sobre a folha de salários de contribuintes pertencentes a distintos setores de atividade econômica.⁶

Em estudo publicado em 1995, Luciano Amaro defendeu, com argumentos a nosso ver de todo procedentes, a constitucionalidade do tratamento agravado das instituições financeiras pela legislação da contribuição social sobre o lucro. Aduziu referido autor que o *discrimen* não tem por critério a capacidade contributiva dos contribuintes, pois a alíquota agravada incide tanto sobre o lucro expressivo de determinado banco, quanto sobre o lucro reduzido de outra instituição financeira. Caso fosse a capacidade contributiva o real critério do *discrimen*, a alíquota agravada seria direcionada não a um setor específico, mas a todos os contribuintes que apurasse lucros superiores a determinado patamar. Sobre a justificação da alíquota agravada com base na isenção da COFINS conferida pela Lei Complementar 70/1991 às instituições financeiras, Luciano Amaro lembra que o trato diferenciado remonta a 1989, quando ainda nem havia sido criada a COFINS. A conclusão do autor é de que o tratamento diferenciado não se baseia no fato

³ Neste sentido, vide SOUZA, Hamilton Dias de. Contribuições Sociais. In: MARTINS, Ives Gandra (co-ord.). Contribuições Sociais, *Caderno de Pesquisas Tributárias* - Vol. 17, São Paulo: Resenha Tributária - Centro de Extensão Universitária, 1992, p.457 e AMARAL, Antônio F.

⁴ MELLO, Gustavo Miguez de. Contribuições Sociais. In: MARTINS, Ives Gandra (coord.). Contribuições Sociais, *Caderno de Pesquisas Tributárias* – Vol. 17, São Paulo: Resenha Tributária – Centro de Extensão Universitária, 1992, p.511. No mesmo sentido, FILHO, M.

⁵ Neste sentido, vide ROCHA, Valdir da. *Op. cit.*, p.165-170.

(coord.). Contribuições Sociais, *Caderno de Pesquisas Tributárias* – Vol. 7, São Paulo: Resenha Tributária – Centro de Extensão Universitária, 1992, p. 309-310. Discordamos do argumento. Como observa Luís Eduardo Schoueri, o art. 149 não faz remissão ao art. 150, II da Constituição pelo fato de que o critério da referibilidade, um dos possíveis critérios a serem levados em conta na distribuição dos ônus do financiamento da segurança, pode indicar um trato diferenciado em função das ocupações profissionais ou ramos de atividade econômica. Mas isso não significa que a isonomia não seja aplicável às figuras tributárias previstas no art. 149 da Constituição – cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*, 2^a ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p.323-324.

⁶ Cf. MELO, José Eduardo Soares de. *Caderno de Pesquisas Tributárias* - Vol.17, São Paulo: Resenha Tributária - Centro de Extensão Universitária, 1992, p.253-254.

de as instituições financeiras serem mais lucrativas, mas apenas no fato de “serem instituições financeiras”, o que viola o princípio da isonomia previsto no art. 150, II, da Constituição.⁷

Eduardo Botallo, analisando a alíquota adicional de 2,5% da contribuição previdenciária sobre pagamento de rendimentos do trabalho sem vínculo de emprego, também se pronunciou no sentido de sua invalidade. Segundo o autor, a causa que poderia explicar a criação do adicional seria “uma presumida maior capacidade contributiva” do setor financeiro, o que não seria válido, visto que o critério da capacidade contributiva somente teria cabida na legislação dos impostos. A juízo do autor, referida alíquota adicional somente se justificaria se os serviços tomados pelas instituições financeiras, pelo fato mesmo de terem sido tomados por instituições financeiras, repercutissem “de modo particularizado ou excepcional na execução da atividade estatal específica consistente na manutenção e custeio da Seguridade Social”.⁸

Nesse mesmo sentido é o artigo de Heloísa Hernandez Derzi sobre o tratamento diferenciado das instituições financeiras na legislação da contribuição social sobre o lucro. Para a autora, a isonomia tributária (art. 150, II, da Constituição) é traduzida, no campo do financiamento da segurança social, pelo princípio da equidade na forma de participação no custeio do sistema (art. 194, parágrafo único, V, da Constituição). E decorreria dessa equidade na forma de participação no custeio que somente se pode impor um gravame especial/adicional sobre as instituições financeiras se elas provocarem uma especial/adicional despesa ao sistema, ou dele receberem uma especial/adicional vantagem.⁹

Num dos poucos artigos publicados em que se defende a validade do tratamento diferenciado das instituições financeiras pela legislação da contribuição social sobre o lucro, Paulo José Leite Farias¹⁰ oferece dois argumentos para sustentar sua tese. O primeiro argumento é o de que a "capacidade contributiva objetivamente maior" das instituições financeiras justifica a discriminação, seja considerando o tributo como um imposto com destinação especial, seja considerando o tributo como uma contribuição. Na primeira hipótese, o tratamento agravado seria justificado pelo art.145, § 1º, da Constituição; no segundo caso, pelo princípio da equidade na forma de participação no custeio da seguridade social, visto que *equidade* remete à noção de que cada um deve contribuir na medida de suas possibilidades, sendo que

AMARO, Luciano. Isonomia e Alíquotas Diferenciadas no Imposto de Renda e Contribuição Social. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Imposto de Renda e ICMS – Problemas Jurídicos*, São Paulo: Dialética, 1995, p.29-38.

BOTALLO, Eduardo. Alíquota Diferenciada de Contribuição Previdenciária e Princípio da Isonomia Análise do Art.2º da L.C. 84/96), In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Contribuições Previdenciárias: Questões Atuais*, São Paulo: Dialética, 1996, p.9-17.

DERZI, Heloísa Hernandez. Instituições Financeiras – Contribuição Previdenciária Diferenciada, *Revista de Previdência Social*, n.185, Abril de 1996, p.309-311.

¹⁰ FARIAS, Paulo José Leite. Instituições Financeiras – Contribuição Previdenciária Diferenciada, Revista de Previdência Social, n.185, Abril de 1996, p.309-311.

as instituições financeiras, "em regra", são "possuidoras de lucros significativos".

O problema desse primeiro argumento é que, como observou Luciano Amaro, se se repara bem, o *discrimen* não se baseia na capacidade econômica: nem todas as instituições financeiras têm a mesma lucratividade, e contribuintes de outros setores têm lucratividade maior do que as instituições financeiras. O último estudo da consultora Austin Rating com o *ranking* sobre a rentabilidade dos principais setores da economia brasileira (2012) indica que, das diversas categorias de instituições financeiras, somente o setor de cartões de crédito figura de fato como o atual campeão de lucratividade na economia nacional. Após esse setor, vêm, por ordem de lucratividade, os setores de bebidas e fumo, editorial e gráfico, concessões de rodovia, negócios imobiliários, mineração e aluguel de carros, e somente depois vêm os bancos em geral (posição de número 8). As seguradoras, expostas à mesma alíquota agravada da contribuição, têm lucratividade bem menor, ocupando o posto de número 14.¹¹

O segundo argumento de Paulo José Leite Farias é no sentido de que o agravamento da alíquota das instituições financeiras seria justificado pela "necessidade de incentivar a atividade produtiva e diminuir-se a atividade especulativa".¹² O autor lança esse argumento mas não o desenvolve, deixando de responder, por exemplo, às seguintes indagações: que princípio ou regra da ordem econômica estabelecida na Constituição de 1988 respalda esse forte juízo de desvalor em relação às instituições financeiras perante os demais setores da economia? É correto considerar "especulativa" a atividade de instituições que compõem um sistema que segundo a Constituição deve ser "estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do país e a servir aos interesses da coletividade" (art.192 da Constituição, que trata do sistema financeiro nacional)? É razoável ou constitucionalmente adequada a comparação – feita pelo referido autor – entre a atividade das instituições financeiras e "consumos nocivos, tais como bebidas, fumo e cartas de baralho", o "latifúndio improdutivo" e a "especulação imobiliária"?¹³

Esse possível propósito sancionatório da legislação é criticado por Roberto Ferraz, que o imputa ao "forte preconceito na população brasileira contra o lucro obtido em operações financeiras", oriundo do tradicional pensamento católico que condena a usura.¹⁴ Segundo o autor, a legislação

tributária somente pode discriminar em função dos setores da atividade econômica nos casos em que a referibilidade é da natureza do próprio tributo, referibilidade que não existe no caso da contribuição social sobre o lucro, não exigindo a atividade bancária "maiores cuidados do sistema de saúde ou previdenciário".¹⁵

Em artigo publicado em 2008,¹⁶ Gabriel Troianelli ofereceu sólidos argumentos para fundamentar a tese da invalidade da alíquota agravada das instituições financeiras na legislação da contribuição social sobre o lucro. Afirmou o autor, a nosso ver com toda razão, que a capacidade contributiva é sempre característica individual do contribuinte, não podendo ser aplicada, de forma global e genérica, a toda uma categoria econômica. Argumentou o autor que o § 9º do art.195, introduzido no texto constitucional pela Emenda Constitucional 20/1998, não tem o condão de fundamentar a instituição da alíquota agravada, pois os quatro critérios mencionados no referido dispositivo¹⁷ devem ser manejados pelo legislador à luz da isonomia e da equidade na forma de participação no custeio da seguridade social. A equidade na forma de participação no custeio da seguridade social justifica tanto o manejo do critério da solidariedade/capacidade econômica, quanto o manejo do critério da referibilidade entre os ônus previdenciários impostos aos cofres públicos por determinado setor ou atividade econômica e suas respectivas obrigações tributárias de custeio. Contudo, no caso da alíquota agravada das instituições financeiras, não há utilização nem de um critério nem de outro.

A invalidade da alíquota agravada das instituições financeiras na legislação da contribuição social sobre o lucro voltou a ser defendida em artigos recentes de doutrina. Para Lívia Silva e Paulo Tedesco, a instituição de alíquota mais elevada da contribuição social sobre o lucro para determinadas pessoas jurídicas só pode ocorrer caso haja o correspondente incremento na oferta de serviços e benefícios da seguridade social (referibilidade).¹⁸ Discordamos de tal raciocínio. Conforme orientação defendida por Alexandre Pacheco,¹⁹ é admissível o legislador distinguir entre os contribuintes da con-

Setor Financeiro por Mera Presunção, In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário – 12º Volume*, São Paulo: Dialética, 2008, p. 436-462.

¹⁵ FERRAZ, Roberto. Igualdade na Tributação – Qual o Critério que Legitima Discriminações em Matéria Fiscal?, In: FERRAZ, Roberto (coord.). *Princípios e Limites da Tributação*, São Paulo: Quartier Latin, 2002, p. 488. No mesmo sentido, vide CAJUBY, Eduardo Carvalho & FILHO, Léo do Amaral. Adicional de contribuição previdenciária das instituições financeiras, In: NETO, Michel Cutait (org.). *Contribuições Sociais em Debate*, Leme: Mizuno, 2003, p.219-247.

¹⁶ TROIANELLI, Gabriel Lacerda. Alíquota diferenciada para a CSL: inconstitucionalidade do artigo 18 da MP 413, *Revista Dialética de Direito Tributário*, n.150, 2008, p. 46-55.

¹⁷ A saber: setor de atividade econômica, utilização intensiva de mão de obra, porte da empresa e condição estrutural do mercado de trabalho.

¹⁸ SILVA, Lívia Balbino Fonseca & TEDESCO, Paulo Camargo. A Instituição de Alíquota Majorada para Instituições Financeiras e Equiparadas pela Medida Provisória nº 413/08, Convertida na Lei nº 11.727/08, *Revista Dialética de Direito Tributário*, n.162, 2009, p.14-20.

¹⁹ PACHECO, Alexandre S.. Fundamentos para Justificação Racional de Tratamento Tributário Diferenciado em Função do Lucro. A Experiência da CSL das Instituições Financeiras, *Revista Dialética de Direito Tributário*, n.175, 2010, p. 18-34.

¹¹ Esse ranking atual analisa os resultados financeiros do primeiro trimestre de 2012 de 379 empresas de capital aberto, agregadas em 32 setores da economia, conforme dados compilados por *AustinBank e Austin Credit*. O indicador de rentabilidade utilizado foi calculado a partir da relação Lucro Líquido (LL) sobre Patrimônio Líquido (PL), que é um indicador financeiro que mede o retorno do capital próprio investido. O estudo está disponível em http://www.acionista.com.br/mercado/artigos_mercado/150812_Austin.pdf, acesso em 01.11.2012.

¹² FARIAS, Paulo José Leite. Instituições Financeiras – Contribuição Previdenciária Diferenciada, *Revista de Previdência Social*, n.185, Abril de 1996, p. 312.

¹³ Idem, p. 313.

¹⁴ FERRAZ, Roberto. Igualdade na Tributação – Qual o Critério que Legitima Discriminações em Matéria Fiscal?, In: FERRAZ, Roberto (coord.). *Princípios e Limites da Tributação*, São Paulo: Quartier Latin, 2002, p. 481. No mesmo sentido, vide FERRAZ, Roberto, A Inconstitucionalidade da Tributação Majorada do

tribuição social sobre o lucro a partir da capacidade contributiva, levando em conta a grandeza absoluta dos lucros ou a grandeza relativa da lucratividade de cada contribuinte. O problema é que, no caso concreto, o legislador manejou a capacidade contributiva de forma meramente retórica, apelando para o senso comum segundo o qual os bancos ostentam “inegavelmente” os maiores lucros da economia. Tem razão o autor ao afirmar que, numa economia dinâmica e diversificada como a brasileira, em que a cada ano há consideráveis alterações no ranking de lucratividade dos setores de atividade, não se mostra lógico nem razoável fundamentar na capacidade econômica uma medida legislativa que estabelece uma alíquota agravada sobre o lucro para somente um setor econômico específico.²⁰ Daí a constatação de que a alíquota agravada das instituições financeiras se explica muito mais por razões ligadas à prevenção arraigada na população brasileira contra o caráter “predatório” das atividades bancárias.²¹

Essa constatação é corroborada pela análise do artigo doutrinário no qual o Procurador da Fazenda Nacional e Consultor da União Oswaldo Othon Filho defende a validade da alíquota diferenciada para as instituições financeiras na legislação da contribuição social sobre o lucro.²² O que chama atenção no referido artigo não são os dois sempre repisados argumentos em favor do tratamento agravado das instituições financeiras: (i) o art.195, § 9º, da Constituição admitiria expressamente a diferenciação de alíquotas “em razão da atividade econômica”; (ii) as instituições financeiras “a todo ano” bateriam novos recordes em matéria de lucros. Como se viu acima, esses dois argumentos não resistem a um rigoroso exame, e vêm sendo há muitos anos desconstruídos pela doutrina. O que chama atenção no referido artigo é que o autor deu muito mais ênfase a outros motivos para justificar o trato agravado. Subscrevendo análise feita pelo senador Álvaro Dias, que apresentou projeto de lei prevendo alíquota diferenciada da contribuição social sobre o lucro para as instituições financeiras, Oswaldo Othon arrolou como motivos da alíquota agravada das instituições financeiras a “cobrança de tarifas abusivas” por parte dos bancos, e o “altíssimo spread bancário cobrado das empresas e do consumidor nas operações de crédito”, usando as palavras do referido senador para afirmar ser “necessário devolver à sociedade, sob a forma de serviços públicos, parte da imensa riqueza que lhe é subtraída cotidianamente na forma de juros e tarifas excessivos cobrados pelos bancos”.²³

²⁰ Neste sentido, vide CEZAROTI, Guilherme. Análise da Aplicação de Alíquotas Diferenciadas de Contribuições Sociais para Instituições Financeiras. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n.202, 2012, p. 57-66. O autor conclui, com inteira razão, que “não há suporte econômico para os critérios de diferenciação jurídica eleitos pelo legislador para diferenciação das instituições financeiras como grupo (desigualdade vertical), nem para a equiparação de entes tão diferentes dentro do mesmo grupo” – *op.cit.*, p.66.

²¹ Vide PACHECO, Alexandre, *op.cit.*, p.28-33.

²² FILHO, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva. O aumento da alíquota da CSLL sobre as instituições financeiras (arts. 17 e 18, II, da Medida Provisória nº 413/2008), *Revista Fórum de Direito Tributário*, n.32, 2008, p.51-64.

²³ FILHO, *op.cit.*, p.54-55.

O uso desses “motivos”, tanto no contexto do processo legislativo (no projeto de lei formulado pelo senador Álvaro Dias) quanto no contexto da dogmática e da doutrina acadêmica (no artigo de Oswaldo Othon), aliado à fraqueza e superficialidade dos argumentos que justificam o trato diferenciado apropriando-se retoricamente do princípio da capacidade econômica, demonstra que, no fundo, a alíquota agravada da contribuição social sobre o lucro – e mesmo da contribuição sobre a folha de salários – apresenta um indiscutível caráter sancionatório.

A nosso ver, há, de fato, elementos a apontar para a existência de níveis exagerados de *spread* bancário no Brasil, muito superiores aos que se verificam em outros países.²⁴ O mesmo se pode dizer em relação à abusividade na cobrança de tarifas bancárias, ambos os fenômenos ligados à crônica e crescente falta de efetiva concorrência no mercado bancário brasileiro. Contudo, o combate a tais graves problemas deve ser feito pelas vias adequadas da política econômica e monetária, com medidas de incentivo da concorrência entre os bancos e mobilidade dos clientes, de redução da assimetria de informações etc., tais como a recente medida do cadastro positivo (Lei 12.414, de 2011). Mostra-se desarrazoado combater o problema por meio de incômodas anômalas para financiamento da segurança social, até porque um dos fatores que motiva a alta do *spread* bancário é justamente a carga tributária diferenciada que incide sobre o setor.

4. Jurisprudência

A grande maioria dos julgados dos Tribunais Regionais Federais sobre o tema ora em estudo julga válida a alíquota adicional das instituições financeiras, lançando mão laconicamente de dois argumentos (sem, contudo, desenvolvê-los e aprofundá-los), ambos já vistos e analisados na seção anterior. O primeiro argumento é o de que “é notório que as instituições (...) possuem maior capacidade econômica em relação ao conjunto de contribuintes”, sendo o objetivo da norma onerar aquele que “detém capacidade econômica mais acentuada” (Agravo Legal em Apelação Cível 0031270-27.1998.4.03.6100/SP, TRF 3^a Região, 1^a Turma, Relatora Juíza Silvia Rocha j.31.01.2012). No mesmo sentido, afirma-se que “buscou o legislador onerar de forma mais drástica o contribuinte com maior poder aquisitivo” (Agravo Legal em Apelação Cível 0014671-81.1996.4.03.6100/SP, TRF 3^a Região, 5^a Turma, Relator Desembargador Federal Luiz Stefanini, j.22.08.2011).²⁵

Esse primeiro argumento tem um inegável poder retórico, pois de fato é verdade que, na média, as instituições financeiras apresentam lucros vultosos e uma alta taxa de lucratividade. O problema é dar o argumento por

²⁴ Neste sentido, cf. <http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2012-05-04/spread-bancario-e-uma-anomalia-que-tem-de-ser-corrigida-diz-mantega>, acesso em 02.11.2012.

²⁵ Para referências de mais julgados dos Tribunais Regionais Federais sobre o tema, cf. CEZAROTI, Guilherme. Análise da Aplicação de Alíquotas Diferenciadas de Contribuições Sociais para Instituições Financeiras. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n.202, 2012, p. 57-62 e CAIUBY, Eduardo Carvalho & FILHO, Léo do Amaral. Adicional de contribuição previdenciária das instituições financeiras, In: NETO, Michel Cutait (org.). *Contribuições Sociais em Debate*, Leme: Mizuno, 2003, p.239-242.

válido com base apenas nessas constatações iniciais, e não aprofundar a análise do problema, nem examinar as alegações que a doutrina especializada vem opondo há mais de uma década contra a legislação ora em debate. Ora, se a alíquota adicional realmente visa a estabelecer uma incidência tributária compatível com a capacidade contributiva, por que levou em conta somente a capacidade contributiva das empresas de um setor econômico? Mesmo que fosse possível medir e tributar objetivamente a capacidade contributiva do setor, e não a capacidade contributiva de cada contribuinte, ainda assim seria arbitrário estabelecer um aumento para atingir somente a capacidade contributiva de um setor, excluindo todos os demais, visto que todas as estatísticas disponíveis demonstram que setores como bebidas e fumo, editorial e gráfico, concessões de rodovia, negócios imobiliários, mineração e aluguel de carros vêm apresentando nos últimos anos, na média, lucratividade superior à dos bancos (vide nota de pé de página 11)?

A defesa da alíquota agravada das instituições financeiras com base no argumento da capacidade econômica deve responder às indagações acima, sob pena de representar um mero artifício retórico.

O segundo argumento utilizado pelos Tribunais Regionais Federais é o da "expressa" previsão e autorização da alíquota agravada pelo art.195, § 9º, da Constituição. Como o art. 195, § 9º, da Constituição se refere a "alíquotas diferenciadas em razão da atividade econômica", o argumento é o de que a alíquota agravada das instituições financeiras, no caso da contribuição social sobre o lucro e sobre a folha de salários, está chancelada "expressamente" pela Constituição. O argumento não é correto. É certo que o texto do dispositivo menciona a expressão "atividade econômica". Mas o que isso significa? Significa que o legislador pode diferenciar tendo em vista alguma característica ou algum dado *presente* nas diversas atividades econômicas. Ou seja, o relevante nunca pode ser a atividade econômica em si – como se uma atividade fosse em si mesma mais ou menos "valiosa" do que outra –, mas sim algum critério racional que se manifesta de determinada forma naquela atividade.

Veja-se o exemplo das alíquotas diferenciadas da contribuição do SAT. A legislação distingue as alíquotas (1, 2 ou 3% sobre a folha de salários) com base na atividade econômica, mas o verdadeiro critério desse trato diferenciado é o risco de acidentes laborais presente em cada uma das atividades. Seria válido o legislador do SAT criar uma alíquota mais agravada somente para uma atividade econômica, dado o risco de acidentes nessa atividade, e manter uma alíquota fixa para todas as outras atividades mesmo que se soubesse que há diversas atividades com risco de acidentes laborais tão alto quanto o da primeira, ou mesmo com risco de acidentes ainda mais alto? Seria clara a violação da igualdade tributária, mas é exatamente isso o que se faz com a medida ora em exame, só que o critério "risco de acidentes laborais" é trocado pelo critério "lucratividade".

Também em relação a esse segundo argumento, é preciso que a jurisprudência o desenvolva racionalmente, segundo as regras da fundamentação discursiva.

E o Supremo Tribunal Federal, como vem se posicionando a respeito do assunto? Infelizmente, a superficialidade reinante na jurisprudência dos tribunais regionais também é a regra na abordagem que, até aqui, o STF promoveu sobre o tema.

O acórdão do plenário em que o tema foi discutido pelos Ministros é o relativo à Medida Cautelar na Ação Cautelar 1.109 (Relator para o acórdão o Ministro Carlos Britto, DJ 19.10.2007). Discutia-se não propriamente o mérito da questão, e sim a plausibilidade da tese do contribuinte, requerida para que se concedesse o efeito suspensivo ao recurso extraordinário interposto contra o acórdão do TRF da 3ª Região que havia declarado a constitucionalidade da medida legislativa.

O único voto a favor da plausibilidade da tese foi o do Ministro Marco Aurélio, que, contudo, adotou um argumento a nosso ver equivocado: o argumento de que a alíquota agravada das instituições financeiras somente seria válida após o advento da Emenda Constitucional 20/98 e a introdução do § 9º no art.195 do texto constitucional. Parece-nos que, mesmo antes da introdução desse § 9º, o legislador já podia estabelecer tratamentos diferenciados entre categorias de empresas no tocante a bases de cálculo e alíquotas das contribuições de seguridade social. O legislador podia e pode promover tal diferença de tratamento, desde que a diferenciação apresente razões plausíveis e lógicas, e isso vale para tanto para o período anterior quanto para o período posterior à inclusão do dispositivo no texto da Constituição.

Os demais Ministros negaram a medida cautelar. Alguns deles preferiram não se manifestar sobre o mérito do assunto. No caso do Ministro Cesar Peluso, o mérito foi ferido com base no já mencionado argumento da capacidade econômica: "em princípio, parece-me razoável a tese de que não há inconstitucionalidade alguma, se a contribuição é estabelecida em razão da capacidade e do poder econômico do contribuinte" (fl.47).

Em julgados monocráticos, o tema também foi abordado, sempre de forma lacônica e superficial. Na decisão que negou seguimento ao RE 235.036, o Ministro Gilmar Mendes limitou-se a transcrever e chancelar o parecer do Subprocurador-Geral da República. Segundo esse parecer, a capacidade contributiva, expressão da diretriz da solidariedade, aplica-se à contribuição social sobre o lucro. Até aí, nenhuma objeção. Ainda segundo o parecer, a discriminação das instituições financeiras estaria de acordo com o princípio da capacidade contributiva, pois não se pode negar que, *objetivamente* consideradas, tais pessoas auferem lucros dignos de destaque, não inibindo essa distinção a circunstância de existirem empresas outras com maiores lucros, ou empresas da área financeira com pequena margem de lucro.

Esse trecho decisivo do parecer não é objeto de qualquer glosa por parte do Ministro Gilmar Mendes, que o aplica ao caso dos autos, sem mais. Contudo, diversas perguntas ficam no ar: Se o objetivo da norma é onerar os que mais lucram, por que não se estabeleceu uma alíquota adicional da contribuição social sobre o lucro nos mesmos termos da alíquota adicional do imposto de renda das pessoas jurídicas, que incide uniformemente sobre todas as empresas cujo lucro ultrapassa determinado patamar em reais?

O legislador ordinário pode escolher de forma discricionária, dentre digamos os 10 setores mais lucrativos da economia, quais deles submeterá a uma alíquota adicional e quais deles poupará dessa alíquota adicional? Isso se ajusta ao mandamento de equidade na forma de participação no custeio da segurança social? A Constituição chancela o uso da capacidade econômica "por setor", e não "por contribuinte"?

No acórdão dos Embargos Declaratórios no Recurso Extraordinário 209.014 (1ª Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 04.06.2004), a tese da violação da isonomia foi descartada pelo Ministro Sepúlveda Pertence com base num argumento praticamente ininteligível. O contribuinte alegou que o art. 150, II, da Constituição o protegeria da alíquota adicional sobre a folha de salários. O posicionamento do acórdão sobre essa alegação do contribuinte foi o seguinte (fl.423):

Por outro lado, não há como pretender que a situação das empresas submetidas à contribuição adicional do art. 3º, § 2º, da L.7.787/89 – bancos comerciais, de investimentos (...) e entidades de previdência privada abertas e fechadas –, seja equivalente à das empresas industriais, comerciais ou prestadoras de serviço, para os fins do art. 150, II, da Constituição. Se existisse tal equivalência, não faria sentido a tradicional classificação da atividade econômica em segmentos ou setores, de que partiu o legislador para instituir o adicional questionado.

Veja-se o problema lógico. O contribuinte afirmou que sua condição de instituição financeira é, para fins da contribuição social sobre a folha de salários, equivalente à condição de outros setores econômicos. A esse argumento o STF responde o seguinte: se existisse tal equivalência, não "faria sentido" a "tradicional classificação da atividade econômica" de que partiu o legislador para instituir o adicional. Ora, mas o que o contribuinte defende é exatamente isso: que, para fins de criar uma alíquota adicional da contribuição sobre a folha de salários, não faz sentido diferenciar os contribuintes por segmentos de atividades. O STF não ofereceu um contra-argumento nem mesmo lógico à alegação do contribuinte.

5. O que se espera do Supremo Tribunal Federal na análise da questão?

Passados mais de 20 anos do estabelecimento pelo legislador, em 1989, da alíquota adicional da contribuição sobre a folha de salários e da alíquota agravada da contribuição social sobre o lucro, o STF ainda não apreciou o mérito da alegação de violação à igualdade e à equidade na forma de participação no custeio da segurança social. O fará, provavelmente, no julgamento do mérito da ADI 4.101 e no bojo de recursos extraordinários, pois a repercussão geral da matéria já está reconhecida (RG em RE 598.572, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJ 09.10.2009 e RG em RE 599.309, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJ 16.09.2011).

Independente da conclusão a que chegue a respeito do caso, o que se espera do STF é que finalmente a jurisprudência aprecie de modo completo e rigoroso os argumentos lançados nas últimas décadas pela doutrina. Em seu voto na já mencionada Medida Cautelar na Ação Cautelar 1.109, o Mi-

nistro Carlos Britto afirmou com toda sua veia poética que "ainda hão de correr rios de doutrina sob a ponte do Supremo Tribunal Federal, até que este Plenário decida sobranceiramente a questão" (fl.40). Os rios de doutrina já correram, e caudalosos, nesses últimos vinte e poucos anos. E infelizmente terão corrido em vão se a jurisprudência continuar a ignorá-los olimpicamente, como tem até agora feito.

No voto que proferiu na Medida Cautelar na Ação Cautelar 1.109, o Ministro Joaquim Barbosa não adentrou o mérito da questão, e preferiu aduzir o seguinte (fl.45):

Sem uma detida análise do sistema de custeio da segurança social e das circunstâncias do caso, é impossível afirmar a necessária, a densa probabilidade de conhecimento e provimento do recurso extraordinário quanto às teses que sustentam a proibição constitucional para tributação diferenciada das instituições financeiras, por violação da capacidade contributiva e da isonomia tributária.

O que se espera do STF é que, na análise do mérito da questão, faça exatamente isso: uma *detida* análise do sistema de custeio da segurança social, das circunstâncias do caso concreto e dos argumentos lançados pela doutrina.

6. Conclusões

Continuamos convencidos²⁶ de que as alíquotas agravadas das instituições financeiras não são informadas por critérios de capacidade econômica, como induz a crer a retórica da Exposição de Motivos da MP 413. Caso o fossem, a alíquota majorada teria em seu campo de incidência todos os contribuintes que apresentassem lucro ou lucratividade em patamares superiores, independente do seu setor de atividade (tal como ocorre com a alíquota adicional do atual IRPJ). Como pode ser "adequada" do ponto de vista da capacidade econômica uma norma que manda um banco com lucro e lucratividade inferior ao de uma empresa industrial (ou de qualquer outro ramo) recolher a CSL com a aplicação de uma alíquota 66% superior? A aplicação racional e lógica dos critérios "lucratividade, dinamismo e expansão" como parâmetros de graduação das alíquotas levaria à inclusão de diversos outros setores de atividade econômica no âmbito de incidência da alíquota majorada.

Não há discriminação arbitrária em se tomar uma característica de um setor de atividade econômica como critério de tratamento tributário-previdenciário diferenciado, desde que se esteja diante de uma característica necessariamente presente em todos os componentes desse setor de atividade (como se dá na legislação da contribuição do SAT em relação ao grau de risco da atividade), e essa característica tenha impactos sobre os gastos do sistema de segurança social.

²⁶ Cf. GODOI, Marciano Seabra de. A alíquota agravada da contribuição social sobre o lucro das instituições financeiras (art.17 da Lei 11.727/2008), In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário – 12º Volume*, São Paulo: Dialética, 2008, p.387-401.

Não é necessária uma especial formação econômica para saber que, ano após ano, o ranking de lucratividade por setores numa economia de mercado apresenta variações, e que em todo e qualquer setor econômico os lucros e a lucratividade tendem a variar de empresa para empresa. Tampouco é necessário maior refinamento jurídico para saber que a capacidade econômica que se busca alcançar com qualquer tributo é a capacidade econômica do contribuinte, e não a capacidade econômica média de determinado setor. Por isso se mostra arbitrário definir uma alíquota agravada de um tributo sobre o lucro para todos os contribuintes de determinado ramo de atividade, tomando como parâmetro a suposta lucratividade *média* ou *objetiva* do setor. Isso nada tem a ver com a técnica de gravar a capacidade econômica dos contribuintes com base em dados objetivos como a propriedade de um imóvel ou de um veículo automotor.

A alíquota agravada definida pelo art. 17 da Lei 11.727/08 somente encontrará apoio ou respaldo no art. 195, § 9º, da Constituição se esse último dispositivo for lido de maneira literal e canhestra. É um erro palmar considerar que toda vez que o legislador escolher o critério “setor de atividade econômica” para criar distinções no regime de recolhimento das contribuições previdenciárias, ter-se-á uma norma automaticamente constitucional, por força da “literalidade” do art. 195, § 9º, da Constituição. O legislador pode diferenciar tendo em vista alguma característica ou algum dado presente nas diversas atividades econômicas. O relevante para justificar o trato diferenciado nunca pode ser a atividade econômica em si – como se uma atividade fosse em si mesma mais ou menos “valiosa” do que outra –, mas sim algum critério racional que se manifeste de determinada forma naquela atividade.

O fato de a lei ordinária tomar um dos elementos mencionados no art. 195, § 9º, da Constituição como critério diferenciador de alíquotas e bases de cálculo das contribuições do art. 195, I, da Constituição não torna essa lei automaticamente constitucional. É preciso encontrar na lei motivos razoáveis, razões suficientes para validar o manejo concreto a que o legislador submeteu o critério previsto expressamente no art. 195, § 9º, da Constituição.

— 6 —

O CONCEITO DE SALÁRIO NA JURISPRUDÊNCIA do TST E OS INSTITUTOS DE BÔNUS DE ENTRADA E RETIRADA E DAS STOCK OPTIONS

MARCEL CORDEIRO

Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela PUC/SP
Especialista em Direito do Trabalho pela PUC/SP
Advogado e Administrador de Empresas
Professor na Escola Superior de Advocacia de São Paulo,
na Escola Paulista de Direito e na PUC/SP

Sumário: I – Proêmio; II – Dos conceitos de salário e remuneração na doutrina; III – Do conceito de salário no Tribunal Superior do Trabalho; IV – Bônus de entrada e retirada; V – Stock options (programas de concessão de ações); VI – Das conclusões.

I – Proêmio

Mesmo depois de tantos anos contados da promulgação do Decreto-Lei nº 5.452/1943 (DOU 09.08.1943), que aprovou a Consolidação das Leis do Trabalho, os debates envolvendo os conceitos de salário e remuneração mantêm-se com grande intensidade.

Como se sabe, a Consolidação das Leis do Trabalho se alterna na utilização desses vocábulos, por vezes preferindo *salário* (v.g. Art. 40, I), outras vezes indicando *remuneração* (v.g. Art. 117) e em algumas oportunidades adotando ambos os termos (v.g. Art. 29, § 1º), sem, contudo, percorrer uma linha sólida quanto a uma ou a outra terminologia.

E como não poderia ser diferente, a doutrina divide-se sobre o assunto. Alguns autores apontam, por exemplo, que os termos são sinônimos. Outros, por sua vez, indicam que o salário é a quantia paga diretamente pelo empregador, enquanto a remuneração é montante pago ao empregado por outras fontes. Os exemplos aqui são as gorjetas e as gueltas. Alguns outros, por fim, entendem que a remuneração é gênero do qual salário é verdadeira espécie.