

VOTO

O Senhor Ministro Alexandre de Moraes: Trata-se de ação declaratória de constitucionalidade, proposta pelo Presidente da República, tendo por objeto os arts. 1º, II; 3º, I; e 4º do Decreto 11.374/2023, a qual disciplina as alíquotas da Contribuição PIS/PASEP e da Cofins incidentes sobre receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de apuração não cumulativa das referidas contribuições. Eis o teor das normas em questão:

“Art. 1º. Ficam revogados:
(...)
II – o Decreto nº 11.322, de 30 de dezembro de 2022; e
(...)
Art. 3º. Ficam ripristinadas as redações:
I – do Decreto nº 8.426, de 1º de abril de 2015, anteriormente a alteração promovida pelo Decreto nº 11.322, de 2022; e
(...)
Art. 4º. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação”.

Este Decreto utilizou-se da ripristinação para fazer o retorno de vigência do Decreto 8.426/2015 e, conseqüentemente, restabelecer as alíquotas tributárias do PIS/PASEP (de 0,33% para 0,65%) e da Cofins (de 2% para 4%).

Ocorre que o Presidente da República argumenta, na exordial, que a redução pretendida pelo Decreto 11.322/2022 sequer gerou efeitos na esfera jurídica dos contribuintes, porquanto foi revogado no mesmo dia que iniciaria a sua eficácia. Aduziu, ainda, a existência de desvio de finalidade na edição do Decreto 11.322/2022, na medida em que foi editado no último dia do mandato presidencial passado.

Distribuído o feito ao Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Sua Excelência deferiu, em 8/3/2023, o pedido de medida cautelar, *ad referendum* do PLENÁRIO.

O Ministro Relator entendeu presente o requisito da controvérsia judicial relevante e, quanto à plausibilidade jurídica do pedido, compreendeu que foram ripristinadas as alíquotas até então vigente nos termos do Decreto 8.426/2015, sem que houvesse majoração de tributo apta a atrair o princípio da anterioridade nonagesimal.

Sua Excelência ponderou, também, que, ainda no primeiro dia do ano de 2023, o Presidente da República publicou o Decreto 11.374/2023, com vigência imediata, revogando o Decreto 11.322/2022 e repristinando o Decreto 8.426/2015, ou seja, mantendo os índices que vinham sendo pagos pelo contribuinte desde 2015 (0,65% e 4%). Logo, o contribuinte já experimentava, desde 2015, a incidência das alíquotas de 0,65% e 4%.

Destarte, em sua compreensão, não há falar em quebra da previsibilidade. Não se trataria de restabelecimento de alíquota de PIS /Cofins incidentes sobre receitas financeiras, mas tão somente de manutenção do índice que já vinha sendo pago pelo contribuinte.

Finalmente, em relação ao perigo na demora, indicou o risco da existência de decisões judiciais conflitantes acerca do tema.

Na Sessão Virtual de 17 a 24 de março do corrente ano, o processo esteve em votação para referendo da medida cautelar então deferida, oportunidade em que o Ministro Relator ratificou seu entendimento e propôs a seguinte ementa ao julgado:

“Ementa: REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 1º, II; 3º, I; E 4º DO DECRETO 11.374/2023. MANUTENÇÃO DAS ALÍQUOTAS DA CONTRIBUIÇÃO PARA PIS E COFINS INCIDENTES SOBRE RECEITAS FINANCEIRAS AUFERIDAS PELAS PESSOAS JURÍDICAS SUJEITAS AO REGIME DE APURAÇÃO NÃO CUMULATIVA. CONTROVÉRSIA JUDICIAL RELEVANTE CARACTERIZADA PELA EXISTÊNCIA DE DECISÕES JUDICIAIS CONTRADITÓRIAS E PELO ESTADO DE INSEGURANÇA JURÍDICA. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE NONAGESIMAL. FATO GERADOR DOS MENCIONADOS TRIBUTOS É O FATURAMENTO MENSAL. CONTRIBUINTE NÃO ADQUIRE O DIREITO DE SUBMETER-SE A REGIME FISCAL QUE JAMAIS ENTROU EM VIGÊNCIA. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA E REFERENDADA PELO PLENÁRIO. I Os arts. 1º, II; 3º, I; e 4º do Decreto 11.374, de 1º de janeiro de 2023, repristinam dispositivos do Decreto 8.426/2015, anteriormente à alteração pretendida pelo Decreto 11.322, de 30 de dezembro de 2022, que reduziu pela metade as alíquotas de PIS e Cofins sobre receitas financeiras auferidas por pessoas jurídicas sujeitas ao regime de apuração não cumulativa de tais contribuições. II Presente o requisito da controvérsia judicial relevante acerca da

aplicação dos dispositivos em tela ante as decisões proferidas pela Justiça Federal que, tanto afastam como aplicam as alíquotas previstas no Decreto 11.374/2023, gerando estado de insegurança jurídica. III No âmbito da plausibilidade do pedido, verifica-se que o Decreto 11.374/2023 não instituiu, restabeleceu ou majorou tributo, de modo a atrair o princípio da anterioridade nonagesimal, e, por isso, não viola os princípios da segurança jurídica e da não surpresa, na medida em que o contribuinte já experimentava, desde 2015, a incidência das alíquotas de 0,65% e 4%. IV As contribuições ao PIS e Cofins têm como fato gerador o faturamento mensal, nos termos das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003. Assim, no exíguo prazo do Decreto 11.322/2022, o contribuinte não adquiriu o direito de submeter-se a regime fiscal que jamais entrou em vigência. V Evidenciado o requisito do perigo da demora em razão da constatação da controvérsia constitucional relevante e da existência de decisões judiciais conflitantes acerca do tema. VI Pedido acolhido, ad referendum do Plenário do STF, para suspender a eficácia das decisões judiciais que, de forma expressa ou tácita, tenham afastado a aplicação do Decreto 11.374/2023 e, assim, possibilitar o recolhimento da contribuição para o PIS/Pasep e a Cofins pelas alíquotas reduzidas de 0,33% e 2%, respectivamente, até o exame de mérito. VII Medida cautelar referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal”.

Durante a sessão virtual de julgamento, o Ministro ANDRÉ MENDONÇA lançou voto divergente do relator, composto pelo seguinte dispositivo:

“Pelo quanto exposto e apreciado, não referendo a medida cautelar e, por consequência, indefiro-a. Haja vista o caráter dúplice da ADI e da ADC, o indeferimento proposto implica em determinação para que seja suspensa a eficácia das decisões judiciais que, de forma expressa ou tácita, tenham aplicado o Decreto nº 11.374, de 2023, antes de decorridos noventa dias de sua publicação, e, assim, seja estabelecida a cobrança no referido período das contribuições ao PIS/Cofins pelas alíquotas do Decreto nº 11.322, de 2022”.

Após, pedi vista dos autos para melhor analisar o tema.

É o relatório.

A questão constitucional controvertida diz respeito à aplicação do princípio da anterioridade nonagesimal ao Decreto 11.374/2023, que restaurou a aplicação de alíquotas de PIS/PASEP e Cofins.

Inicialmente, Registro que a jurisprudência deste TRIBUNAL exige, para configuração da controvérsia judicial relevante – pressuposto para o processamento de ação declaratória de constitucionalidade –, a existência de decisões judiciais contraditórias que induzam a estado de insegurança jurídica. Nesse sentido, transcrevo precedente desta CORTE:

“EMENTA Ação declaratória de constitucionalidade. Artigo 15-A da Lei nº 9.096/95, com redação dada pela Lei nº 12.034/2009. Controvérsia judicial relevante caracterizada pela existência de decisões judiciais contraditórias e pelo estado de insegurança jurídica. Regra legal que prevê a responsabilidade exclusiva do órgão partidário nacional, estadual ou municipal que, individualmente, der causa a descumprimento de obrigação, a violação de direito, ou a dano a outrem. Caráter nacional dos partidos políticos. Princípio da autonomia político-partidária. Autonomias administrativa, financeira, funcional e operacional. Capacidade jurídica e judiciária. Incompatibilidade entre o texto constitucional e o dispositivo objeto da ação não verificada. Natureza peculiar e regime jurídico especial e diferenciado das agremiações partidárias. Organizações de padrão multinível. Vício de inconstitucionalidade inexistente. Opção válida do legislador. Autocontenção judicial. Pedido procedente. 1. Desde o julgamento da ADC nº 1/DF (Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ de 16/6/95), o Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de exigir, para a caracterização de uma controvérsia judicial revelante, antagonismo interpretativo em proporção que gere um estado de insegurança jurídica apto a abalar a presunção de constitucionalidade imanente aos atos legislativos, sem o qual a ação declaratória se converteria em inadmissível instrumento de consulta sobre a validade constitucional de determinada lei ou ato normativo (v.g., ADC nº 23-AgR, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe de 1º/2/16 e ADC nº 8-MC, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ de 4/4/03). Na espécie, os autores apresentaram decisões judiciais de primeira e segunda instâncias, bem como acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Superior do Trabalho nos quais se aplica ou se afasta integralmente o dispositivo legal objeto da presente ação declaratória, a depender da Justiça competente para apreciação do feito. 2. A regra de responsabilização exclusiva do diretório partidário que, direta e individualmente, contrair obrigação, violar direito, ou, por qualquer

modo, causar dano a outrem não ofende o caráter nacional dos partidos políticos, decorrendo logicamente do princípio da autonomia político-partidária e do princípio federativo, com os quais aquela determinação convive harmoniosamente. Trata-se, assim, de opção razoável e proporcional do Poder Legislativo, impondo-se ao Poder Judiciário autocontenção e a devida deferência à escolha levada a cabo pelo Congresso Nacional pela via democrática. 3. Pedido procedente.” (ADC 31, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 22/09/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-028 /DIVULG 14-02-2022 PUBLIC 15-02-2022)

No caso sob exame, o Sistema de Acompanhamento Judicial da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional identifica a existência de 279 ações cíveis envolvendo o tema, com decisões proferidas tanto pelo deferimento como pelo indeferimento de medida cautelar. Além disso, o referido relatório ainda indica a existência de 1.302 ações ajuizadas, entre processos que tramitam no 1º e no 2º grau, situação que evidencia o potencial efeito multiplicativo de litigância da matéria. Nesse cenário, resta atendido o requisito da controvérsia judicial relevante.

Quanto ao mérito, entendo presentes os requisitos autorizativos para a concessão de medida cautelar.

Em memoriais que recebi da Advocacia-Geral da União, argumenta-se que:

“ Merece referendo a cautelar, diante da excepcionalidade e particularidades da situação tratada neste autos: no dias 30/12/2022 , às vésperas da posse do novo Governo e sem que tivesse havido participação da equipe de transição, **o Decreto nº 11.322/2022 reduziu pela metade as alíquotas do PIS/PASEP e da COFINS** sobre receitas financeiras auferidas por pessoas jurídicas sujeitas ao regime de apuração não-cumulativa de tais contribuições, **gerando um impacto orçamentário-financeiro negativo** estimado pela Receita Federal **em torno de R\$ 5,823 bilhões para o ano de 2023** , em clara afronta aos deveres de cooperação que devem reger as relações institucionais de transição de governo em um Estado Democrático de Direito. No entanto, na **data prevista para o início de sua eficácia – 01/01/2023 –**, foi revogado pelo Decreto nº 11.374/2023, o que resultou na **manutenção do percentual das alíquotas anteriormente vigentes desde 2015.**

(...)

Se for considerado somente o período da noventena, o impacto estimado é de R\$ 1,45 bilhões ”.

Diante desse cenário, observo que, além do potencial efeito multiplicativo da demanda e da insegurança jurídica decorrente do afastamento da incidência do Decreto 11.374/2023 no âmbito de ações do controle incidental de constitucionalidade, a controvérsia impacta significativamente na arrecadação tributária, tendo o condão de comprometer o equilíbrio das contas públicas e até a prestação de serviços públicos essenciais. Configurado, portanto, o *periculum in mora*.

No que diz respeito ao *fumus boni iuris*, observo, em juízo perfunctório, que não houve intervalo temporal a macular a eficácia das alíquotas PIS/PASEP e Cofins vigentes desde 2015.

A Constituição Federal, ao tratar da anterioridade nonagesimal prevê que:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

III - cobrar tributos:

(...)

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea “b”.

“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:

(...)

§ 6º As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, ‘b’.”

Esses dispositivos são claros quanto ao dever de observância ao princípio da anterioridade nonagesimal (ou noventena) pelos atos normativos que instituem ou majoram tributos. Trata-se de corolários do princípio geral de direito tributário da não-surpresa, enquanto meio de

garantir segurança jurídica e previsibilidade ao contribuinte, evitando cobrança ou majoração de tributos repentinos.

Doutrinariamente, aponta-se que o escopo dessas normas é atribuir grau de certeza às relações jurídico-tributárias e “ *o que se enfatiza é a proteção do contribuinte contra a surpresa de alterações tributárias* ” (Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário, 16. ed., p. 148; AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro, 14. ed., p. 123). Assim:

“A finalidade desse princípio reside na atribuição de um lapso temporal entre a publicação da lei e a data de produção de efeitos, para que o sujeito passivo possa ter conhecimento prévio acerca das alterações na legislação tributária que resultem na criação de novos tributos ou majoração de outros já existentes. Daí, portanto, ser um corolário do valor certeza, na medida em que confere maior segurança jurídica às relações entre contribuintes e administração” (Cf. PISCITELLI, Tathiane. Curso de Direito Tributário. 2022, Capítulo 2, Item 1.2).

No caso sob exame, a redução de alíquota pretendida pelos contribuintes não chegou a ter efetividade. Como bem ponderado pelo Min. RICARDO LEWANDOWSKI, em seu voto:

“As contribuições ao PIS/Cofins incidentes sobre receitas financeiras, com incidência não cumulativa, têm como fato gerador o faturamento mensal, nos termos das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003. Desse modo, a lei aplicável será aquela vigente à data da ocorrência do fato gerador, ou seja, o art. 1º do Decreto 8.426/2015, ripristinado pelo Decreto 11.374/2023.

Como se vê, no seu exíguo prazo no ordenamento jurídico, o Decreto 11.322/2022 não foi aplicado ao caso concreto, pois não houve sequer 1 (um) dia útil a possibilitar auferimento de receita financeira – isto é, como não ocorreu o fato gerador, o contribuinte não adquiriu o direito de submeter-se ao regime fiscal que jamais entrou em vigência”.

De fato, pelo menos em juízo preliminar típico da medida cautelar, não parece razoável invocar o princípio da anterioridade, enquanto corolário da não surpresa, para obstar uma carga tributária que já estava sedimentada desde 2015.

Em reforço argumentativo, registro que a incidência da anterioridade nonagesimal não é absoluta, podendo ser flexibilizada quando o montante do tributo devido é impactado por questões alheias à sua exação, como o diferimento de data de início de norma permitindo a compensação de crédito tributário; e a redução ou a extinção de desconto para pagamento de tributo em parcela única. Transcrevo precedentes nesse sentido:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ICMS. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE E REGIME DE COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS. PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL. DISCIPLINA POR LEI COMPLEMENTAR. NÃO INCIDÊNCIA DE ANTERIORIDADE NONAGESIMAL NA PRORROGAÇÃO DA COMPENSAÇÃO. PROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1.A Constituição Federal trouxe, no artigo 155, §2º, I, a previsão do princípio da não-cumulatividade relativamente ao ICMS e, em seu inciso XII, alínea c, determina que compete à lei complementar regulamentar o regime de compensação do tributo. 2. Dessa forma, embora a Constituição Federal tenha sido expressa sobre o direito de os contribuintes compensarem créditos decorrentes de ICMS, também conferiu às leis complementares a disciplina da questão. 3.O contribuinte apenas poderá usufruir dos créditos de ICMS quando houver autorização da legislação complementar. Logo, o diferimento da compensação de créditos de ICMS de bens adquiridos para uso e consumo do próprio estabelecimento não viola o princípio da não cumulatividade. 4.O Princípio da anterioridade nonagesimal (ou noventa) é exigível apenas para as leis que instituem ou majoram tributos. A incidência da norma não precisa observar o prazo de 90 (noventa) dias da data da publicação que prorrogou o direito à compensação, nos termos do artigo 150, III, alínea c, da Constituição 5.Recurso Extraordinário do Estado do Rio Grande do Sul a que se dá PROVIMENTO, para denegar a ordem. Fixadas as seguintes teses de repercussão geral no Tema 346: "(i) Não viola o princípio da não cumulatividade (art. 155, §2º, incisos I e XII, alínea c, da CF/1988) lei complementar que prorroga a compensação de créditos de ICMS relativos a bens adquiridos para uso e consumo no próprio estabelecimento do contribuinte; (ii) Conforme o artigo 150, III, c, da CF/1988, o princípio da anterioridade nonagesimal aplica-se somente para leis que instituem ou majoram tributos, não incidindo relativamente às normas que prorrogam a data de início da compensação de crédito tributário".

(RE 601967, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 18/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-221 DIVULG 03-09-2020 PUBLIC 04-09-2020)

“EMENTA: Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. 2. Art. 3º da Lei nº 15.747, de 24 de dezembro de 2007, do Estado do Paraná, que estabelece como data inicial de vigência da lei a data de sua publicação. 3. Alteração de dispositivos da Lei nº 14.260/2003, do Estado do Paraná, a qual dispõe sobre o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores - IPVA. 4. Alegada violação ao art. 150, III, alínea "c", da Constituição Federal. 5. A redução ou a extinção de desconto para pagamento de tributo sob determinadas condições previstas em lei, como o pagamento antecipado em parcela única, não pode ser equiparada à majoração do tributo em questão, no caso, o IPVA. Não-incidência do princípio da anterioridade tributária. 6. Vencida a tese de que a redução ou supressão de desconto previsto em lei implica, automática e aritmeticamente, aumento do valor do tributo devido. 7. Medida cautelar indeferida”.

(ADI 4016 MC, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2008, DJe-075 DIVULG 23-04-2009 PUBLIC 24-04-2009 EMENT VOL-02357-01 PP-00047 RDDT n. 165, 2009, p. 187-193)

Ante todo o exposto, ACOMPANHO o ministro relator, para referendar a concessão da medida cautelar requerida e suspender, até o exame de mérito desta ação, a eficácia das decisões judiciais que tenham afastado a aplicação do Decreto 11.374/2023, possibilitando o recolhimento da contribuição para o PIS/PASEP e Cofins pelas alíquotas reduzidas de 0,33% e 2%, respectivamente.

É como voto.