

E-BOOK

**DIREITO  
TRIBUTÁRIO**

## PIS E COFINS

**DECISÃO DO RECURSO  
EXTRAORDINÁRIO 1.390.517/PE**

**– AUMENTO DE ALÍQUOTA –  
INCONSTITUCIONALIDADE**

**SUDATTI  
PEREIRA**  
ADVOGADOS

[WWW.SUDATTIEPEREIRA.COM.BR](http://WWW.SUDATTIEPEREIRA.COM.BR)

Tem se comentado bastante nestes dias o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário nº 1.390.517/PE, em que se fixou a tese, com relação à contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS, de que é inconstitucional a majoração desses tributos decorrentes da diminuição de coeficientes de redução de suas alíquotas, sem que se observe a anterioridade de 90 (noventa) dias.



O recurso extraordinário envolvia, especificamente, os Decretos 9.101/2017 e 9.112/2017 que repercutem na tributação pela contribuição para o PIS/PASEP e para a COFINS **incidentes sobre a importação e a comercialização de gasolina, óleo diesel, gás liquefeito de petróleo (GLP), querosene de aviação e álcool, inclusive quando destinado para fins carburantes, como, por exemplo, para gerar energia a motor de automóvel.**



A matéria constitucional do Recurso Extraordinário nº 1.390.517/PE é interessante e se irradia para além dos limites do processo, tanto é que lhe foi reconhecida a repercussão geral.

Para se ter uma ideia da propagação para fora do processo da decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 1.390.517/PE se faz necessária uma rápida visita às limitações estabelecidas na Constituição Federal (CF) do poder de tributar, que servem de proteção ao contribuinte.

Uma proteção conferida pela CF ao contribuinte se encontra no princípio da legalidade, pelo qual só se pode criar ou aumentar tributo por meio de lei votada nas respectivas casas legislativas e promulgada pelo chefe do Poder Executivo (Presidente, Governador ou Prefeito).

Pois bem, no caso em discussão no Recurso Extraordinário nº 1.390.517/PE, o aumento da tributação seria fruto de dois decretos, que são atos originários do Poder Executivo, ou seja, não são leis em sentido formal.

**Confrontado com essa questão o STF, aplicando ao caso entendimento que já havia manifestado em outras ocasiões, reconheceu que as contribuições para o PIS e COFINS têm, também, um papel de extrafiscalidade, ou seja, essas contribuições podem ter a finalidade não apenas de arrecadar recursos para financiar a atuação do Estado, mas também para, por exemplo, corrigir distorções ou externalidade negativas e para premiar ou desestimular certo comportamento do contribuinte ou agentes econômicos.**

Vale lembrar, essa fundação extrafiscal dos tributos não é uma novidade. Por exemplo, o IPI, o Imposto de Importação e o IOF são alguns dos tributos utilizados frequentemente para fins não meramente arrecadatórios.

Uma reflexão a fazer é de que forma viabilizar a adoção como instrumento extrafiscal de um tributo no tempo certo, isto é, na ocasião em que o governo precisa atuar para corrigir distorções ou estimular comportamentos, especialmente quando a medida extrafiscal implicar na sua majoração? Como ficaria a limitação constitucional de que tributo só pode ser aumentado por lei formal (inciso I do artigo 150 da CF)? Seria necessário se aguardar nessa situação a promulgação da lei formal, o que pressupõe o cumprimento do nada célere rito de votação parlamentar?

A solução é interessante e também não é novidade e adequada à atualidade. Em acórdão proferido no Recurso Extraordinário 993585 AgR / DF que tratou da atuação das agências reguladoras, o Ministro Fux, relator desse recurso, pontuou no voto: o tradicional princípio da legalidade não mais se prende ao paradigma liberal clássico, que enxergava na lei formal (i.e., aquela emanada dos órgãos constitucionalmente investidos de função legiferante, notadamente o Parlamento) o único padrão de regência da vida pública ou privada ...”.

**Percebe-se aqui um olhar que não elimina o princípio da legalidade, mas lhe atribui uma leveza que o moderniza de forma a atender a dinamismo dos nossos dias.**

Desse modo, também não é de hoje, tem se consolidado nos tribunais o entendimento de que ao se delegar a faculdade de majorar ou de reduzir a tributação para fins extrafiscais, o princípio da legalidade estará atendido se a lei estabelecer os tetos e as condições a serem observados pelo Poder Executivo (ADI 5.277/DF).

No caso aqui considerado, a majoração das contribuições para o PIS e COFINS pela diminuição do percentual de redução nas operações com os produtos mencionados acima, o princípio da legalidade foi atendido, na medida em que do artigo 23, §5º, da Lei nº 10.685/2004 e do artigo 5º, §8º, da Lei nº 9.718/98 estabeleceram a permissão ao Poder Executivo de alterar as alíquotas do PIS e da COFINS, fixando coeficientes para a sua redução.

---

**Desse modo, não há inconstitucionalidade relativamente aos Decretos 9.101/2017 e 9.112/2017, no que se refere ao princípio da legalidade. Porém, com respeito ao princípio da anterioridade a história é outra.**

---

Lembrando, os Decretos 9.101/2017 e 9.112/2017 repercutem na tributação pela contribuição para o PIS/PASEP e para a COFINS na importação e a comercialização de gasolina, óleo diesel, gás liquefeito de petróleo (GLP), querosene de aviação e álcool, inclusive quando destinado para fins carburantes, como, por exemplo, para gerar energia a motor de automóvel.

Muito bem, voltando às limitações do poder de tributar, há na Constituição Federal (CF) a vedação de se cobrar tributo no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que o instituiu ou o aumentou e nem antes de 90 (noventa) dias do início da vigência da lei que criou ou majorou o tributo (alínea “b” e “c” do inciso III, do artigo 150). Essa limitação é tratada por princípio da anterioridade.

Essa limitação do poder de tributar visa a segurança jurídica, a não surpresa, possibilitando ao contribuinte o planejamento para a condução de sua vida e de seus negócios.

No entanto, no que se refere às contribuições sociais destinadas a financiar a seguridade social, como são as contribuições para o PIS e COFINS, não se aplica o impedimento de cobrá-las no mesmo exercício financeiro em que tenham sido criadas ou aumentadas.

Para essa espécie de contribuição social, o princípio da anterioridade é mitigado, podendo a sua cobrança ocorrer 90 (noventa) dias depois da entrada em vigor da lei que a criou ou que a majorou, ainda que isto aconteça no mesmo exercício financeiro (§6º do artigo 195 da CF).

É nesse particular que a aplicação dos Decretos 9.101/2017 e 9.112/2017 foi incorreta. Esses decretos diminuíram a redução que havia nas alíquotas das contribuições para o PIS e COFINS incidentes na importação e comercialização dos produtos mencionados acima. Assim, se houve a diminuição na redução das alíquotas, conseqüentemente, ocorreu um aumento dessas alíquotas e, logo, os tributos foram majorados.

Embora não existisse impedimento para que essa majoração fosse exigida no mesmo exercício financeiro em que ocorreu, a sua cobrança teria que respeitar, no mínimo, o prazo de 90 (noventa) dias, contados da vigência do ato de majoração, ou seja, 90 (noventa) dias contados de cada uma das datas em que cada um dos decretos entrou em vigor, com relação à matéria nele especificada.

Só que não foi essa a pretensão do Poder Executivo federal, para quem a aplicação dos decretos deveria acontecer de pronto, a partir da data de sua publicação, e assim se fez.

Por isso, o STF considerou inconstitucional, por ofensa ao § 6º do artigo 195 da CF, a exigência das contribuições em questão durante os respectivos prazos de anterioridade nonagesimal.

Transcorrido esses períodos, a cobrança dos tributos majorados pelos Decretos 9.101/2017 e 9.112/2017 não teria nenhum óbice.

Todavia, como resultado da postura do Poder Executivo federal, contribuintes efetuaram o cálculo e o pagamento das contribuições sociais para o PIS e COFINS aumentadas no período da anterioridade nonagesimal.

Sempre que há pagamento a maior de tributo, o contribuinte pode reaver a parcela recolhida aos cofres públicos superior ao devido, inclusive por meio de compensação por iniciativa própria, ou por meio de pedido de restituição.

Contudo, há de se atentar para o prazo em que a compensação ou restituição poderia ser feita. Trata-se do instituto da prescrição, em que a inércia do contribuinte pelo prazo de 5 (cinco) anos, contados do pagamento indevido ou da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa que tenha negado a restituição ou compensação (incisos I e II do artigo 168 do CTN).

---

**Sudatti e Pereira  
Advogados está à  
disposição para prestar  
o suporte legal neste  
assunto.**





SUDATTI  
PEREIRA   
ADVOGADOS



RUA JOSÉ VERSOLATO, 111  
11º ANDAR - CJ 1101 B - CENTRO  
SÃO BERNARDO DO CAMPO | SP  
CEP: 09750-730



+55 11 2325-3484