

# O aumento de PIS e COFINS sobre combustíveis deve respeitar a anterioridade nonagesimal

*Frederico Menezes Breyner<sup>1</sup>*

O aumento operado pelo Decreto 9.101, publicado hoje (21/07/2017) se dá no âmbito de um regime opcional, no qual o contribuinte (vendedor) opta por uma tributação por alíquotas fixas (valor em Reais) sobre determinada quantidade, conforme art. 23 da Lei 10.865/2004.

O fundamento para esse aumento é o §5º do rt. 23 da Lei 10.865/2004, que autoriza o Poder Executivo a fixar coeficientes de redução dessas alíquotas, bem como alterar ou extinguir esses coeficientes, a qualquer tempo.

E foi isso que o Decreto 9.101/2017 fez: alterou para zero os coeficientes de redução previstos no Decreto 5.059/2004, voltando as alíquotas de PIS e COFINS ao patamar previamente fixado no art. 23 da Lei 10.865/2004 para o regime opcional de que trata o dispositivo.

A primeira conclusão é: o aumento só se aplica aos contribuintes que optaram pelo regime.

A segunda é: pelo "barulho" da notícia, a opção pelo regime foi feita de forma generalizada no setor, o que implicará o aumento geral dos preços.

E aí temos uma indagação: esse aumento imediato das alíquotas por Decreto é válido perante a anterioridade nonagesimal prevista no art. 195, §6º da Constituição?

A primeira linha de argumentação pode responder positivamente à indagação: trata-se um regime opcional que possibilita uma redução de alíquotas, com previsão da alteração dessa redução a qualquer tempo. Logo, o contribuinte nunca será tributado acima da previsão legal, e se houve uma opção que o leva a perder a redução a qualquer tempo, é porque foi esta a vontade do contribuinte. Não quisesse o contribuinte ficar à mercê do Poder Executivo, bastaria não optar pelo regime.

Contudo, não nos parece ser a linha mais acertada.

---

<sup>1</sup> Publicado originalmente em: [https://www.linkedin.com/pulse/o-aumento-de-pis-e-cofins-sobre-combust%C3%ADveis-deve-frederico-breyner?lipi=urn%3Ali%3Apage%3Ad\\_flagship3\\_profile\\_view\\_base\\_post\\_details%3B1Isx3mE8S8GTmTvX8hllqw%3D%3D](https://www.linkedin.com/pulse/o-aumento-de-pis-e-cofins-sobre-combust%C3%ADveis-deve-frederico-breyner?lipi=urn%3Ali%3Apage%3Ad_flagship3_profile_view_base_post_details%3B1Isx3mE8S8GTmTvX8hllqw%3D%3D)

Em primeiro lugar porque não é lícito afirmar que se pode optar por uma inconstitucionalidade.

Em segundo lugar, ao prever a possibilidade de alteração do coeficiente de redução "a qualquer tempo", o art. 23, §5º da Lei 10.865/2004 nada disse acerca do momento em que essa alteração entrará em vigor. Ou seja, a alteração pode se dar a qualquer tempo, mas sobre o momento da entrada em vigor dessa alteração o dispositivo é silente.

Trata-se então de definir o momento de vigência (que para nós é o momento em que a lei passa a incidir sobre os fatos) de ato integrante da legislação tributária (art. 96 do CTN) que, alterando o coeficiente de redução das alíquotas, aumenta o PIS e COFINS sobre combustíveis.

Nesse ponto da argumentação é possível sustentar que deve ser afastada a anterioridade nonagesimal do art. 195, §6º da Constituição, na medida em que não se trata de "lei" que aumenta as contribuições, e apenas sobre a "lei" é que versa o dispositivo constitucional.

Contudo, o STF já decidiu que mesmo o Decreto que aumente tributos (no caso julgado, o IPI) nas hipóteses em que isso é possível (e aqui até mesmo isso é discutível, mas foge do nosso questionamento) submete-se à anterioridade tributária (STF, Pleno, ADI 4661-MC, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 20/10/2011). Do teor do acórdão, nota-se que prevaleceu a segurança jurídica na interpretação do dispositivo constitucional (art. 150, III, 'c'). Pelo argumento *a fortiori*, temos que, se a anterioridade se aplica ao IPI, vocacionado à extrafiscalidade que demanda atuação rápida do Poder Executivo no aspecto regulatório, com muito mais razão há se ser aplicada quando o aumento se dá por questões estritamente arrecadatórias, como no caso do Decreto 9.101/2017.

E também já decidiu o STF que não interessa por quais mecanismos ou técnicas é determinado o aumento da tributação. Sempre que isso ocorrer, incidirá a anterioridade tributária (STF, Pleno, ADI 2325-MC, Relator Min. Marco Aurélio, julgado em 23/09/2004).

Daí concluirmos que o aumento das alíquotas de PIS e COFINS operado pela alteração dos coeficientes de redução no âmbito do regime opcional de que trata o art. 23 da Lei 10.865/2004 deve respeitar a anterioridade nonagesimal do art. 195, §6º da Constituição.

Basta agora aguardar para que os contribuintes de PIS e COFINS questionem a medida judicialmente, o que se mostraria extremamente salutar em um momento de aumento da tributação conjugado com uma grave crise econômica.