



Decreto sobre PIS/Cofins pode ser questionado na Justiça por não prever noventena

A revogação do Decreto 11.322/22, que reduziu as alíquotas de PIS e Cofins sobre receitas financeiras, abre a possibilidade de questionamentos judiciais sobre a necessidade da observância da noventena, de acordo com especialistas ouvidos pelo JOTA.

O decreto publicado no dia 30 de dezembro de 2022 foi revogado em conjunto com outras normativas pelo Decreto 13.374/23, editado pelo novo governo.

Há um dia de terminar o mandato, o ex-vice-presidente e então presidente em exercício Hamilton Mourão assinou o normativo que reduziu para 0,33% e 2% as alíquotas do PIS/PASEP e da Cofins, respectivamente, incidentes sobre receitas financeiras, inclusive as decorrentes de operações para fins de hedge auferidas por pessoas jurídicas sujeitas ao regime de apuração não-cumulativa.

Em seguida, o presidente Luiz Inácio Lula da Silva e o ministro da Fazenda, Fernando Haddad, assinaram o Decreto 13.374/23 revogando essa alteração e restabelecendo as alíquotas anteriores, de 0,65% e 4%. O decreto é do dia 1º de janeiro, com determinação de entrada em vigor no dia da publicação, que foi feita nesta segunda-feira.

A discussão gira em torno da observância da noventena, considerando que houve uma elevação de alíquotas. Para o PIS e para a Cofins se aplica o artigo 150, inciso III, alínea c da Constituição Federal, que veda a União de cobrar tributos antes de decorridos 90 dias da data da publicação de norma que os instituiu ou aumentou.

Para Telirio Saraiva, sócio de Tributário do Trench Rossi Watanabe, a noventena com certeza se aplica neste caso. A dúvida aparece pela forma como o decreto foi redigido, sem a previsão de vigência para daqui 90 dias, ou seja, em abril.

“O que vem normalmente quando o decreto está olhando para a noventena? Ele sai com a data de hoje, mas coloca a vigência para daqui a 90 dias. A gente não tem isso neste decreto, então as empresas estão realmente acreditando que o governo e, claro, o fisco, vão aplicar a alíquota majorada a partir de hoje”, afirmou.

Segundo Maria Teresa Grassi, sócia do escritório Rayes e Fagundes Advogados Associados, é possível que haja questionamentos judiciais por meio de mandados de segurança. Ela argumenta que não há dúvidas de que houve majoração das alíquotas com o decreto publicado pelo novo governo.

“É perfeitamente possível questionar o restabelecimento das alíquotas antes de transcorrido o prazo de 90 dias, em observância à anterioridade nonagesimal ou noventena”, apontou.

A advogada tributarista afirma que há precedente sobre o tema no Supremo Tribunal Federal (STF), o Recurso Extraordinário nº 1.043.313 (Tema 939). Grassi explicou que a Corte decidiu que há possibilidade de majorar as alíquotas por decreto, mas é necessário observar a noventena.

“Juridicamente, o governo federal poderia sustentar a inconstitucionalidade do Decreto nº 11.322, mas não será tarefa fácil visto que [ele foi] regularmente editado pelo governo anterior”, disse.

Saraiva, da Trench Rossi Watanabe, ressalta que no dia 1º de janeiro, quando o decreto do governo passado estava em vigor, as empresas sujeitas ao regime de apuração não-cumulativa que tiveram receitas financeiras estavam seguindo as alíquotas reduzidas. Com a alteração no dia seguinte, as empresas podem entrar com um mandado de segurança preventivo para garantir que a noventena seja observada.

“Como está nesse clima de incerteza, é mais uma razão para os contribuintes estarem seriamente cogitando ir à Justiça para que a questão fique clara”, disse.

Em sua cerimônia de posse nesta segunda-feira, o ministro Fernando Haddad chegou a citar que medidas tomadas nos últimos dias do governo Jair Bolsonaro poderiam gerar uma perda de receitas tributárias “irrecuperáveis” em patamar de R\$ 10 a R\$ 15 bilhões. Haddad afirmou também que revogação de alguns dos atos exigiria noventa, mas não especificou quais seriam.

Leonardo Branco, membro do Núcleo de Estudos Fiscais (NEF) da FGV e conselheiro da 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 3ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf), avalia que independente de ter produzido efeitos, a diminuição das alíquotas passou a ter vigência no dia 1º de janeiro, então “[as alíquotas] somente poderão ser reestabelecidas dentro de 90 dias”.

Branco ainda ressalta que, se o governo decidir não aplicar a anterioridade nesse caso, o caminho para o contribuinte seria a judicialização, já que a Súmula Carf 2 define que o órgão não é competente para se pronunciar sobre constitucionalidade de matéria tributária.

“Aqui a gente tem uma questão de separação de poderes. O Carf integra o Poder Executivo, não poderia analisar um argumento de constitucionalidade porque o decreto em algum momento esteve vigente. Então é uma questão tipicamente para ser resolvida no âmbito do Judiciário”, afirmou.