V O T O

O Senhor Ministro Luiz Fux (Relator): Cinge-se a controvérsia à constitucionalidade dos artigos 17 e 41, II, da Lei federal 11.727/2008, fruto de conversão da Medida Provisória 413/2007, que majorou a alíquota da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) das instituições financeiras e equiparadas de 9% para 15%. Bem como, conforme admissão do aditamento à inicial, o artigo 1º da Lei federal 13.169/2015, decorrente da conversão da MP 675/2015, que majorou provisoriamente a alíquota da citada contribuição de 15% para 20% para certas pessoas jurídicas e de 15% para 17% para outras instituições em razão da atividade econômica exercida.

I. Legitimidade Ativa da Confederação Nacional do Sistema Financeiro - CONSIF

Ab initio , reconheço a legitimidade ativa do requerente, nos termos do artigo 103, IX, da Constituição.

Esta Corte já assentou que a Confederação Nacional do Sistema Financeiro - CONSIF satisfaz os requisitos para ser qualificada como confederação sindical, de forma que possui legitimidade para provocar o controle abstrato de constitucionalidade perante esta Corte. Nesse sentido: ADI 2591, Rel. Min. Carlos Velloso, Red. p/ acórdão Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 7/6/2006; ADI 3075, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 24/9/2014.

Ademais, o conteúdo da lei impugnada – aumento da alíquota da CSLL para instituições financeiras e assemelhadas – possui pertinência temática com a finalidade institucional da CONSIF – defesa dos interesses daquelas entidades.

II. Modificação do ato normativo no curso da demanda de controle concentrado

Plenário Virtual - minuta de voto - 05/06/2020 00:00

Com o advento da Medida Provisória 675/2015, convertida na Lei federal 13.169/2015, que alterou a Lei federal 11.727/2008, fruto de conversão da Medida Provisória 413/2007, atos inicialmente impugnados, foi aberta a possibilidade de a Requerente aditar à inicial.

Demonstrado o mesmo conteúdo normativo do ato recém editado, que, em verdade, promoveu novo aumento na alíquota da contribuição, o aditamento restou deferido. Precedentes da Corte: ADI 5267-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 23/8/2019; ADI 5709, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 27/3/2019.

Assim, remanesce o objeto da demanda.

III. Mérito

III.1. Alegada ausência dos pressupostos de urgência e relevância para a edição de medida provisória

A Confederação requerente suscita, em suas razões, a inexistência dos pressupostos constitucionais autorizativos à edição de medida provisória, eis que, alegadamente:

> *"Da leitura da exposição de Motivos da Medida Provisória nº 675 /2015 (doc. 2), depreende-se que 'a relevância dos dispositivos decorre da necessidade de adequar a tributação incidente sobre o setor financeiro, tornando-a compatível com sua capacidade contributiva. A urgência da medida se justifica pela necessidade de a alteração proposta entrar em vigor o mais rapidamente possível, observado o princípio nonagesimal'.*
>
> *Não obstante, verifica-se a real intenção da medida quando se afirma que 'a proposta aponta para um aumento de arrecadação estimado de aproximadamente R$ 995.600.000,00 (novecentos e noventa e cinco milhões e seiscentos mil reais) para o ano de 2015, R$ 3.789.400.000,00 (três bilhões, setecentos e oitenta e nove milhões e quatrocentos mil reais) para o ano de 2016 e R$ 4.061.000.000,000 (quatro bilhões e sessenta e um milhões de reais) para o ano de 2017, no caso de aprovação do projeto de Medida Provisória'.*
>
> *Como se verifica, do mesmo modo que se apontou em relação à Medida Provisória nº 413/2008, também não foi indicado pela MP 675*

Plenário Virtual - minuta de voto - 05/06/2020 00:00

/2015 qualquer fato extraordinário, imprevisto, que necessitasse ser regulado em tempo inferior ao do processo legislativo comum.

Alega-se, tão somente, a relevância das medidas propostas e a necessidade de que elas entrem 'em vigor o mais rapidamente possível', sem explicar-se a razão." (Doc. 48, p. 7)

Todavia, segundo remansosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a sindicabilidade quanto ao preenchimento dos requisitos constitucionais de relevância e urgência exigidos pelo artigo 62, *caput* , da CRFB é *excepcional* e pressupõe a flagrante abusividade do poder normativo conferido ao Executivo. Nessa linha, trago à baila os seguintes julgados:

"Direito constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Medidas Provisórias Nº 577/2012 e Nº 579/2012, convertidas nas Leis Nº 12.767/2012 e Nº 12.783/2013, respectivamente. Prestação do serviço público de energia elétrica. Juízo excepcionalíssimo dos requisitos. Violação ao art. 62, caput *, da Constituição Federal não verificada. 1. As Medidas Provisórias nº 577/2012 e nº 579/2012, convertidas nas Leis nº 12.767/2012 e nº 12.783/2013, respectivamente, que reduzem o custo da energia elétrica para o consumidor brasileiro e viabilizam a adequada prestação do serviço público de energia elétrica em caso de extinção por falência ou caducidade da concessão ou permissão de serviço público de energia elétrica, não violam os pressupostos previstos no art. 62,* caput *, da Constituição Federal, visto que foram observados, pelo Chefe do Poder Executivo e pelo Congresso Nacional, os requisitos da urgência e relevância, como demonstrado nas exposições de motivos de ambas as medidas provisórias, e não há nenhum indício de excesso ou abuso por parte do Chefe do Executivo que enseje e justifique a censura judicial. 2. A conversão em lei de medida provisória impugnada, mesmo se introduzidas alterações substanciais, não necessariamente acarretará em perda de objeto da ação direta de inconstitucionalidade, cabendo a esta Corte prosseguir no julgamento da respectiva ação, quando forem questionados os pressupostos constitucionais – urgência e relevância – para a edição daquele ato normativo. Nesse sentido: AgR na ADI 5.599, Rel. Min. Edson Fachin, decisão monocrática proferida em 01.08.2017, DJe 03.08.2017. 3. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que somente se admite o exame jurisdicional do mérito dos requisitos constitucionais de relevância e urgência na edição de medida provisória em casos excepcionalíssimos, em que a ausência desses pressupostos seja manifesta e evidente. Precedentes: RE 526.353, Rel. Min. Roberto Barroso; RE 700.160, Rel. Min. Rosa Weber; ADI 2.527,*

Plenário Virtual - minuta de voto - 05/06/2020 00:00

Rel. Min. Ellen Gracie. 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente." (ADI 5.018, Rel. Min. Roberto Barroso, Plenário, j. em 13/6/2018, *DJe* de 11/9/2018, grifei)

"CONSTITUCIONAL. ART. 5º DA MP 2.170/01. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS COM PERIODICIDADE INFERIOR A UM ANO. REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA EDIÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA. SINDICABILIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO. ESCRUTÍNIO ESTRITO. AUSÊNCIA, NO CASO, DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA NEGÁ-LOS. RECURSO PROVIDO. 1. A jurisprudência da Suprema Corte está consolidada no sentido de que, conquanto os pressupostos para a edição de medidas provisórias se exponham ao controle judicial, o escrutínio a ser feito neste particular tem domínio estrito, justificando-se a invalidação da iniciativa presidencial apenas quando atestada a inexistência cabal de relevância e de urgência . 2. Não se pode negar que o tema tratado pelo art. 5º da MP 2.170/01 é relevante, porquanto o tratamento normativo dos juros é matéria extremamente sensível para a estruturação do sistema bancário, e, consequentemente, para assegurar estabilidade à dinâmica da vida econômica do país. 3. Por outro lado, a urgência para a edição do ato também não pode ser rechaçada, ainda mais em se considerando que, para tal, seria indispensável fazer juízo sobre a realidade econômica existente à época, ou seja, há quinze anos passados. 4. Recurso extraordinário provido." (RE 592.377, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ o acórdão Min. Teori Zavascki, Plenário, j. em 4/2/2015, *DJe* de 20/3/2015, grifei)

In casu , como bem indicado pela Procuradoria-Geral da República em sua manifestação, *" não está, assim, patenteado excesso de discricionariedade por parte do Presidente da República na avaliação dos pressupostos de relevância e urgência das medidas provisórias "* (doc. 68, p. 5).

O controle jurisdicional da interpretação conferida pelo Poder Executivo aos conceitos jurídicos indeterminados de *urgência* e *relevância* deve ser restrito às hipóteses de zona de certeza negativa da sua incidência, o que não se verifica no caso concreto. Ausentes evidências sólidas de abuso do Poder Executivo na edição da medida provisória, é corolário da separação de Poderes a adoção de postura autocontida do Poder Judiciário, de maneira a prestigiar as escolhas discricionárias executivas e legislativas.

Rejeito, portanto, a alegação de inconstitucionalidade formal por inobservância do artigo 62, *caput,* da CRFB.

Plenário Virtual - minuta de voto - 08/06/2020 00:00

III.2. Alegada ofensa ao artigo 246 da CRFB

O requerente suscita, também, violação ao artigo 246 da Carta Maior, cujo teor dispõe:

> *"Art. 246. É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta emenda, inclusive."* (Redação conferida pela EC 32/2001)

Sustenta, no ponto, que:

> *" o estabelecimento de alíquotas diferenciadas da contribuição social sobre o lucro (art. 195, I, 'c'), em razão da atividade econômica desempenhada pelo contribuinte (§ 9º), somente poderia ter sido feito mediante lei formal, resultante de projeto de lei votado e aprovado pelo Congresso Nacional, nunca por medida provisória com força de lei, diante da vedação expressa do art. 246 da Constituição.*
>
> *Não se alegue que o § 9º do art. 195 foi posteriormente alterado pela Emenda Constitucional nº 47/20057, quando não mais se aplicava a restrição do art. 246 da Constituição, legitimando a edição de medida provisória a respeito. Isto porque, a referida emenda apenas acrescentou ao § 9º dois novos critérios de diferenciação das alíquotas e bases de cálculo das contribuições previdenciárias previstas no 'caput', consistentes no 'porte da empresa' e na 'condição estrutural do mercado de trabalho', mantendo intocados aqueles que já haviam sido criados pela Emenda 20/1998, entre os quais, o critério da atividade econômica, no qual se fundamentam os arts. 17 da Medida Provisória nº 413/2008 e 1º da MP nº 675/2015.*
>
> *Portanto, a edição da Emenda nº 47/2005 não afasta o vício das Medidas Provisórias ns. 413/2008 e 675/2015, no que pretenderam aplicar o critério de diferenciação de contribuintes fundamentado na atividade econômica do contribuinte, introduzido pela Emenda nº 20 /1998. Não houve alteração substancial do § 9º do art. 195, nessa matéria. A inconstitucionalidade face ao art. 246 da Constituição é, destarte, patente, contaminando a Lei de conversão nº 13.169/15, ora impugnada."* (doc. 48, p. 9).

A impugnação, entretanto, não convence.

Plenário Virtual - minuta de voto - 05/06/2020 00:00

Evidentemente, não se pode dizer que a alteração de alíquota equivale à ***regulamentação*** do § 9º, do artigo 195 da CRFB, incluído pela EC 20/1998) – que em sua redação original à data da propositura desta ADI, versava que "*as contribuições sociais previstas no inciso I do caput deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão-de-obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho*".

As medidas provisórias em tela não visaram a pormenorizar, densificar o conteúdo do texto constitucional nesses pontos, mas sim a dar cumprimento à previsão constitucional, aplicando, dessa forma, alíquotas diferenciadas em razão da atividade econômica. Além disso, tendo em vista que a EC 20/1998 não instituiu ou alterou alíquotas, observa-se que as medidas provisórias não regulamentaram o artigo 195, § 9º, não afrontando o disposto no artigo 246, da Constituição Federal.

Nesse sentido, colaciono julgados que corroboram com o entendimento ora exposto:

> *"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE LUCRO LÍQUIDO. MP 413/2008 E REEDIÇÕES. ANTERIORIDADE NONAGESIMAL. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE. ISONOMIA TRIBUTÁRIA.*
>
> *1. A existência de ação de controle objetivo pendente de julgamento não infirma a formação de jurisprudência dominante para os fins do art. 21, § 1º, do RISTF, com esteio tão somente na expectativa de mudança jurisprudencial. Embora seja possível em posterior julgamento a alteração da compreensão jurisprudencial, vige no direito brasileiro o postulado de que lei formal goza de presunção de constitucionalidade até declaração em sentido contrário. Art. 525, §§ 12, 14 e 15 do CPC/15.*
>
> *2. A atribuição de alíquota diferenciada a determinada atividade econômica (instituições financeiras) não viola o princípio da igualdade, assim como não é dado o Poder Judiciário, por não dispor de função legislativa, equiparar cargas tributárias entre contribuintes distintos, com base no referido princípio. Precedentes.*
>
> *3. A reedição da MP 413/2008 e posterior conversão em lei não violou o princípio da anterioridade nonagesimal, por expressa dicção*

Plenário Virtual - minuta de voto - 05/06/2020 00:00

legal e como atesta o Tribunal de origem. Precedente: RE-AgR 528.160, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 12.06.2013.

4. ***A majoração de alíquota de CSLL por medida provisória não atrai a aplicação obstativa do art. 246 da Constituição da República.*** *Precedentes.*

4. Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação de multa, nos termos do art. 1.021, § 4º, do CPC." (RE 659.534-AgR, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, *DJe* de 4/10/2017, grifei)

"Agravos regimentais em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Processual Civil e Tributário. 3. ***Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL). MP 413/2008, convertida na Lei 11.727/2008. Validade formal.*** *Alíquota diferenciada para instituições financeiras e equiparadas. Inexistência de afronta aos princípios da isonomia e da anterioridade. Precedentes. 4. Desnecessidade de sobrestamento do feito até o julgamento do mérito da ADI 4.101. Precedentes atuais de ambas as Turmas. 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Agravo regimental a que se nega provimento."* (ARE 1.175.895-AgR-Segundo, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, *DJe* de 6/8/2019, grifei)

"AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ALÍQUOTA DIFERENCIADA DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO. MP 413/2008. LEI 11.727/2008. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA TRIBUTÁRIA. INEXISTÊNCIA. ***ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 246 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INOCORRÊNCIA.*** *PRECEDENTES.*

1. Decisão agravada em consonância com a jurisprudência consolidada da CORTE.

2. Agravo interno a que se nega provimento. Não se aplica o art. 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015, tendo em vista que não houve fixação de honorários advocatícios nas instâncias de origem." (ARE 1.103.059-AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, *DJe* de 6/6/2018, grifei)

Diante do exposto, rejeito a alegação de violação ao artigo 246 da Constituição da República.

III.3. Da alegada ofensa ao artigo 195, § 9º, da CRFB, pela adoção de critérios não previstos ao estabelecer alíquotas diferenciadas

Plenário Virtual - minuta de voto - 05/06/2020 00:00

O requerente suscita, em suas razões, que o artigo 195, § 9º, estabelece rol taxativo de critérios, e que o critério utilizado pelas Medidas Provisórias 413/2008 e 675/2015, convertidas respectivamente nas Leis federais 11.727 /2008 e 13.169/2015, qual seja, a lucratividade, não está previsto neste rol.

Alega, sem síntese:

> *"A Lei nº 11.727/2008 elevou de 9% para 15% a alíquota da CSSL (posteriormente elevada pela Lei n. 13.169/15 para 17%/20%) para as pessoas jurídicas de seguros privados, de capitalização e as instituições financeiras. A justificativa foi adequar a carga tributária à capacidade contributiva dos respectivos setores de atividade econômica, tendo em vista especialmente a sua lucratividade e, na segunda majoração, a necessidade de arrecadação de fundos aos cofres públicos.*
>
> *Contudo, nem a lucratividade, nem o aumento da arrecadação se encontram relacionados entre os critérios taxativos do § 9º do art. 195 da Constituição, o que impede sua utilização, ainda que a pretexto de refletir a capacidade contributiva dos setores atingidos. Fosse isso possível, seria desnecessário alterar, por duas vezes, o texto da Constituição para tratar do assunto."* (Doc. 48, p. 10)

Ocorre que a redação dos dispositivos impugnados é clara no que se refere à **atividade econômica -** critério previsto de forma taxativa na Constituição - cujas pessoas jurídicas sofreram majoração da alíquota, como se extrai a seguir, respectivamente, do art. 17 da Lei 11.727/2008, e do art. 1º da Lei 13.169/2015:

> *" Art. 17. O art. 3º da Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, passa a vigorar com a seguinte redação:*
>
> Art. 3º A alíquota da contribuição é de:
>
> I - 15% (quinze por cento), no caso das pessoas jurídicas de seguros privados, das de capitalização e das referidas nos incisos I a VII, IX e X do § 1º do art. 1º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001; e
>
> II - 9% (nove por cento), no caso das demais pessoas jurídicas."
>
> *" Art. 1º A Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, passa a vigorar com as seguintes alterações:*
>
> "Art. 3º .....

Plenário Virtual - minuta de voto - 05/08/2020 00:00

I - 20% (vinte por cento), no período compreendido entre 1º de setembro de 2015 e 31 de dezembro de 2018, e 15% (quinze por cento) a partir de 1º de janeiro de 2019, no caso das pessoas jurídicas de seguros privados, das de capitalização e das referidas nos incisos I a VII e X do § 1º do art. 1º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001;

II - 17% (dezessete por cento), no período compreendido entre 1º de outubro de 2015 e 31 de dezembro de 2018, e 15% (quinze por cento) a partir de 1º de janeiro de 2019, no caso das pessoas jurídicas referidas no inciso IX do § 1º do art. 1º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001;

III - 9% (nove por cento), no caso das demais pessoas jurídicas."

Confira-se o artigo 195 da Constituição em sua redação à época da proposição desta ADI, antes da Emenda Constitucional 103/2019:

> *"§ 9º As contribuições sociais previstas no inciso I do caput deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica , da utilização intensiva de mão-de-obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho."* (Grifei)

Com efeito, as pessoas jurídicas referidas nos dispositivos impugnados e que sofreram majoração da alíquota, nada mais são do que um ramo da atividade econômica exercido em prol da geração de lucro, como toda entidade de direito privado que visa à lucratividade. Nessa lógica, cito a manifestação da Advocacia-Geral da União que corrobora com este entendimento:

> *"30. O princípio da isonomia tributária determina que a norma infraconstitucional deverá tratar igualmente pessoas que estejam nas mesmas condições e que, em face dessas condições, não seria justificável ou razoável tratá-las desigualmente. Da mesma forma, a norma infraconstitucional deverá tratar desigualmente pessoas que estejam em situações diferentes e que, em face de particularidades relevantes de ordem econômica ou social, mereçam não ser tratadas igualmente, ou seja, o tratamento diferenciado poderá acontecer por motivo extrafiscal, sempre a lei tributária poder discriminar por motivo extrafiscal entre ramos de atividade econômica, desde que a distinção seja razoável, derivada de uma finalidade objetiva, e se*

Plenário Virtual - minuta de voto - 05/06/2020 00:00

aplique a todas as pessoas da mesma classe ou categoria; ou por motivo fiscal, que neste caso o princípio da igualdade é informado pelo princípio da capacidade contributiva.

(…)

32. Não resta dúvida, então, que a Constituição da República de 1988, mesmo antes da Emenda Constitucional nº 20/1998 e da Emenda Constitucional nº 47/2005, que reforçam a autorização constitucional de tributação diferenciada de contribuições das empresas para a seguridade social em razão de atividade econômica, de utilização intensiva de mão de obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho (art. 195, § 9º), sempre permitiu que a União, por meio de lei ordinária, estabelecesse alíquotas diferenciadas em relação a essas contribuições com supedâneo em critérios como o da igualdade (art. 150, II), o da capacidade contributiva (art. 195, § 1º), como a discriminação em face de setores de atividades econômicas mais ou menos lucrativos (art. 195, § 1º, in fine), o da solidariedade na mantença da seguridade social (art. 195, caput), o da equidade na forma de participação no custeio (art. 194, parágrafo único, V) e o da busca do equilíbrio financeiro e atuarial da previdência social (art. 201, caput).

33. Desse modo, cabe ser realçado que sempre foi possível, desde o Texto original da Constituição da República, portanto, desde antes da EC nº 20/1998, utilizar o legislador infraconstitucional critério de graduar, por lei, a alíquota da contribuição social incidente sobre o lucro das pessoas jurídicas, segundo a maior lucratividade de determinados setores da economia ou a utilização da capacidade contributiva na CSLL." (Doc. 61, p. 15-16)

Com o mesmo entendimento, a Procuradoria-Geral da República opinou pela constitucionalidade dos dispositivos impugnados, em parecer cujo trecho transcrevo, *in verbis* :

"É notório que o lucro auferido por empresas financeiras e equiparadas destaca-se das demais atividades econômicas e empresariais, ainda que, nesse grupo, possa haver distinção de renda entre diferentes empresas. Os princípios da capacidade contributiva e da isonomia, bem como o caráter solidário do sistema previdenciário, autorizam o legislador a graduar as contribuições previdenciárias, conforme reconhecem Paulsen e Velloso:

Nas contribuições de seguridade social, por exemplo, devem ser considerados aspectos do sistema que elas almejam financiar. Dentre tais aspectos, sobressai a responsabilidade do sujeito passivo pelo plexo de benefícios que é chamado a custear.

Plenário Virtual - minuta de voto - 05/08/2020 00:00

> *Para elucidar esse fato, é válido trazer à baila o caso das contribuições dos segurados. Elas devem apresentar traços sinalagmáticos, sendo graduadas em função do valor das prestações securitárias que ensejarão. Porém, o princípio da capacidade contributiva e o caráter solidário do sistema adotado no Brasil permitem que o legislador se afaste razoavelmente de tal norte, de modo a também considerar a aptidão econômica do segurado para financiar o sistema.*
>
> *É o próprio princípio da isonomia, na sua acepção da igualdade vertical, que exige disparidades de trato em função da capacidade contributiva dos segurados e das prestações a que fazem ou podem fazer jus. Em contrapartida, ele também requer, agora na sua acepção de igualdade horizontal, que os segurados em condições análogas sejam tratados de modo paritário.*
>
> *O art. 195, § 9º, da CR permite instituir contribuições sociais com alíquotas e bases de cálculo distintas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão de obra, do porte da empresa e de condição estrutural do mercado de trabalho.* ***O preceito constitui expressão dos princípios da isonomia tributária e da capacidade contributiva, que permitem tratamento específico de contribuintes com maior capacidade econômica.*** *"* (Doc. 65, p. 7, grifei)

A par de uma mera esgrima de definições entre o significado das locuções *atividade econômica* e *lucratividade* , o exame da legitimidade da incidência estabelecida pelo legislador com base no Texto Constitucional alcança exame mais denso, inspirado mesmo em uma análise da exigência a partir de preceitos econômicos.

Ícone na efetivação de uma análise econômica dos comandos jurídicos, Richard Posner, em seu clássico " *Economic Analysis of Law",* estabelece como fundamento para a interseção entre Direito e Economia o pressuposto de que a ciência econômica é, por excelência, aquela que consagra os métodos para a escolha racional. Esta, partindo do comportamento humano, tende sempre a maximizar os recursos a partir dos desejos humanos. Nas palavras do professor da Universidade de Chicago:

> *Conforme concebido neste livro, a economia é a ciência da escolha racional em um mundo - nosso mundo - no qual os recursos são limitados em relação às necessidades humanas. A tarefa da economia, assim definida, é explorar as implicações de assumir que o homem é um maximizador racional de seus fins na vida, de suas satisfações - o que chamaremos de "*self interest *".*

Plenário Virtual - minuta de voto - 05/06/2020 00:00

A obra de Posner consagra três fundamentos econômicos a serem absorvidos pelo Direito: (a) a lei da demanda; (b) a maximização das utilidades e (c) a alocação dos recursos em seus usos mais eficientes. Nesta visão, o objetivo da aplicação das normas jurídicas deve ser a maximização do aproveitamento dos recursos, obtida, em regra, em um livre mercado.

Em matéria de tributação, as premissas são igualmente válidas. Em especial, o autor faz questão de destacar o fundamento da eficiência. Veja-se:

> *A forte ênfase colocada em considerações distributivas nas discussões faz parte do livro. Mas considerações de eficiência também pesam bastante. A tributação de uma atividade cria um incentivo para que as pessoas envolvidas nela substituam outra atividade que é tributada com menos força. Presumivelmente, no entanto, eles foram empregados de maneira mais produtiva na primeira atividade; caso contrário, a imposição de um imposto não seria necessária para induzi-los a mudar para o segundo. Portanto, o imposto reduziu a eficiência com a qual os recursos estão sendo empregados. A ineficiência poderia ter sido evitada ou pelo menos reduzida, sem perda de receita, se o imposto tivesse sido projetado para minimizar os efeitos da substituição;* ***a eficiência alocativa da tributação é maximizada, fazendo com que a alíquota varie inversamente com a elasticidade da demanda pelo bem ou atividade tributada. Infelizmente, as tentativas de minimizar a ineficiência alocativa podem colidir com os objetivos distributivos da política tributária*** . (destacamos)

Exemplo bastante interessante é trazido na obra:

> *Um imposto federal fixo sobre adultos* [*"head tax"*] *, por exemplo, teria efeitos mínimos de eficiência (mínimo, mas não zero, porque induziria algumas pessoas a emigrar), mas seria altamente opressivo e geraria pouca receita.*

Para o caso em exame, as lições de Posner mostram-se extremamente úteis.

Como já fartamente exposto, a Autora da demanda impugna a tributação diferenciada sobre o lucro exigida de instituições financeiras, pechando-a de inconstitucional.

Plenário Virtual - minuta de voto - 05/06/2020 00:00

A par das considerações já tecidas sobre a redação do Texto Constitucional albergar a possibilidade, a questão pode ser vista sob lentes ainda mais abrangentes.

É que em uma visão sistêmica do segmento econômico explorado pelas instituições financeiras não se pode olvidar do fato de que tais sociedades não exercem atividade produtiva. É inconteste que a intermediação financeira do acesso ao capital franqueia a atividade econômica do país e permite a produção de bens e serviços pelos segmentos responsáveis. Todavia, o segmento financeiro, em si, nada produz.

Espelhando esse diagnóstico no Sistema Tributário Nacional, natural que as instituições financeiras não se submetam às exigências tributárias a que se submetem o setor produtivo. Em verdade, o " *produto",* por excelência, gerado pelas empresas do segmento financeiro é o *spread* , assim entendido, como a diferença entre o custo de captação e o preço cobrado para a oferta de crédito.

Essa diferença, refletida no lucro dessas empresas, é o objeto natural de exigência tributária. O preceito "atividade econômica" referido pela Constituição mostra-se corretamente interpretado na escolha realizada pelo legislador quando editou as normas impugnadas na presente demanda. Tributar de maneira diferenciada o lucro do segmento financeiro nada mais é do que escolher o signo representativo daquele segmento econômico para ser objeto de incidência da tributação.

Aqui fica clara a necessidade de observarmos as lições de Posner, especialmente encetada no exemplo da tributação por meio de um imposto *per capita* ("head tax") por adulto, que transcrevemos alhures: a tributação do lucro de uma instituição financeira deve ser calibrada de maneira a que não seja irrisória a ponto de manter estimulada a atividade de crédito (ou seja, atingir o objetivo em certa medida), mas, em consequência, ocasionar baixíssima arrecadação para o potencial do mercado.

A tributação como elemento indutor de comportamento é corolário natural das análises jurídicas baseadas em preceitos econômicos.

Plenário Virtual - minuta de voto - 05/06/2020 00:00

Esse diagnóstico é bem resumido em artigo de Fábio Severiano do Nascimento, publicado na Revista de Direito da Cidade, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ):

> *As bases (renda ou transações de bens) adotadas para a tributação provocam alguma reação no comportamento dos agentes econômicos, ora se a tributação se vincula a um comportamento ou situação relativa a um contribuinte, basta que este comportamento não seja adotado, ou que esta situação seja afastada, para que não seja devido o tributo, logo, o contribuinte tem o estímulo, diante da norma tributária, para deixar de adotar um comportamento (desestímulo para adotar outro). (…)*
>
> *Quando o Estado cria algum tributo incidente sobre as trocas econômicas, o sistema de preços do mercado altera-se, obrigando o produtor a repassar o custo da tributação para o preço do bem, o que causa uma diminuição na quantidade de bens demandada. (...)*

In casu, n ão se pode olvidar da relação inversamente proporcional entre a elasticidade da demanda por crédito e a alíquota a ser estabelecida para o tributo. Em se tratando de um sistema bancário concentrado como o brasileiro, há estudos que asseguram que, por exemplo, a demanda por crédito para consumo é razoavelmente inelástica. Ou seja, falando sob o aspecto tributário, a demanda é imune a calibragens mais pesadas na tributação que modifiquem o custo desse crédito.

Esse indicador também pode ser evidenciado pelo fato de que os aumentos na tributação promovidos pelas normas impugnadas (datadas de 2008 e 2015) não afetaram de maneira determinante a contratação de operações de crédito no país.

Segundo se lê da Nota Técnica 193, de abril de 2018, publicada pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Econômicos – DIEESE (*"Análise da evolução do crédito no período recente 2014 - 2017"*), as recentes reduções na contratação de crédito no Brasil, que interromperam um forte ciclo de alta, decorrem muito mais da recessão do que propriamente de um desincentivo ocasionado pelo incremento na tributação. Utilizo-me dos considerandos finais do estudo:

Plenário Virtual - minuta de voto - 05/06/2020 00:00

> *A recessão econômica profunda e longa, com quedas no PIB em 11 trimestres consecutivos, acompanhada de uma crise política e de mudança na condução da política econômica do último período, alteraram a tendência de crescimento do crédito, que vinha ocorrendo no período anterior a 2014.*

No mesmo sentido, apura-se que a tributação mais onerosa não representou mudança de comportamento nas atividades das instituições financeiras, que mantiveram a lucratividade nas suas operações. Basta ver que em um ranking de 6 (seis) empresas nacionais que obtiveram maior lucro líquido, em números absolutos, no segundo trimestre de 2019, 4 (quatro) são instituições financeiras:

Assim é que não se trata de tributação da lucratividade das instituições financeiras, mas sim de fazer incidir a exigência sobre a grandeza econômica que representa a atividade daquele segmento. Ademais, a calibragem diferenciada das alíquotas apenas significa a maximação dos efeitos da participação do seguimento no financiamento da coletividade sem desestimular o exercício da atividade. Não há inconstitucionalidade a ser reparada.

Em arremate, verifica-se que esta Suprema Corte, em diversos julgados, já vem declarando a **constitucionalidade** de alíquotas diferenciadas para instituições financeiras, não se verificando a alegada discriminação. No mesmo sentido, confiram-se os seguintes julgados:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO – CSSL. POSSIBILIDADE DE MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA POR MEDIDA PROVISÓRIA. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA TRIBUTÁRIA. NÃO COMPETE AO PODER JUDICIÁRIO EQUIPARAR TRIBUTOS. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO."* (ARE 1.218.829-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, *DJe* de 25/10/2019)

> *"Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Tributário. CSLL. MP nº 675/15. Lei nº 13.169/15. Artigo 246 da CF/88.*

Plenário Virtual - minuta de voto - 05/06/2020 00:00

Majoração de alíquota anteriormente fixada. Ausência de regulamentação. Artigo 195, § 9º, da CF/88. Diferenciação de alíquotas. Possibilidade.

1. A MP nº 675/15, convertida na Lei nº 13.169/15, não regulamentou emenda constitucional, mas apenas majorou a alíquota da CSLL já anteriormente exigida.

2. O art. 246 da Constituição Federal veda a edição de medida provisória que regulamente dispositivos da Carta Magna objetos de alteração por emendas constitucionais promulgadas de 1º de janeiro de 1995 até a data da promulgação da EC nº 32, de 2001.

3. ***É firme o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido da possibilidade de se estabelecerem alíquotas diferenciadas de contribuição social em razão, dentre outros critérios, da atividade econômica desenvolvida pelo contribuinte.***

4. Agravo regimental não provido.

5. Não se aplica ao caso dos autos a majoração dos honorários prevista no art. 85, § 11, do novo Código de Processo Civil, uma vez que não houve o arbitramento de honorários sucumbenciais pela Corte de origem." (ARE 1.113.061-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, *DJe* de 15/6/2018, grifei)

"DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE LUCRO. ALEGADA SEMELHANÇA COM A MATÉRIA A SER APRECIADA NO RE 599.309. INOCORRÊNCIA. PEDIDO DE SOBRESTAMENTO ATÉ JULGAMENTO DEFINITIVO DA ADI 4.101. IMPROCEDENTE. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA POR MEIO DE MEDIDA PROVISÓRIA. CONSTITUCIONALIDADE. ***ALÍQUOTA DIFERENCIADA PARA INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS*** *. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. PRECEDENTES.*

1. Não se aplica ao caso a repercussão geral reconhecida nos autos do RE 599.309. Isso porque naquele feito é discutida a constitucionalidade da contribuição adicional de 2,5% sobre a folha de salários de instituições financeiras, fundamentado no art. 195, I, a, da Constituição Federal. Na hipótese dos autos, a Contribuição Social analisada refere-se ao lucro líquido das instituições financeiras, com embasamento no art. 195, I, c, da Carta.

2. O fato de o mérito da ADI 4.101 ainda não ter sido apreciado não impede o julgamento do presente recurso, consoante prevê a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

3. A jurisprudência desta Suprema Corte assentou a legitimidade da alteração da alíquota da CSLL por meio de medida provisória, tendo em vista que a alteração do art. 195 da Carta pela Emenda Constitucional 20 não versou, especificamente, sobre a alíquota de contribuição destinada ao custeio da seguridade social. Dessa forma, a

Plenário Virtual - minuta de voto - 05/06/2020 00:00

referida medida provisória não regulamentou o art. 195, § 9º, da Constituição Federal, o que afasta a alegada contrariedade ao art. 246 da Carta Magna.

4. Nos termos da jurisprudência pacífica da Corte, a exigência de alíquota diferenciada da CSLL das instituições financeiras não afronta o princípio da isonomia. Precedentes.

5. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não é cabível condenação em honorários advocatícios (art. 25, Lei nº 12.016 /2009 e Súmula 512/STF).

6. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015." (ARE 949.005-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, *DJe* de 28/9/2016)

Finalmente, em sentido análogo, cito ementa do julgamento da ADI 2.898, Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* de 3/12/2018, na qual ficou assentado que "*a imposição de alíquotas diferenciadas em razão da atividade econômica pode estar fundada nas funções fiscais ou nas funções extrafiscais da exação. A priori, estando fundada na função fiscal, deve a distinção corresponder à capacidade contributiva; estando embasada nas funções extrafiscais, deve ela respeitar a proporcionalidade, a razoabilidade, bem como o postulado da vedação do excesso*":

"Ação direta de inconstitucionalidade. Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL). Artigos 22 e 29, III, da Lei nº 10.684/03. Aumento da base de cálculo do tributo para as empresas prestadoras de serviço. Violação dos princípios da isonomia, da capacidade contributiva, da vedação do confisco ou da anterioridade. Não ocorrência. Improcedência da ação.

1. A alteração da redação do art. 20 da Lei nº 9.249/95 pela Medida Provisória nº 232/04 não é suficiente para gerar o prejuízo da ação, pois o dispositivo que modificava o art. 20 da Lei nº 9.249/95 não foi aprovado pelo Congresso Nacional, deixando de constar no texto final da lei de conversão (Lei nº 11.119/05). O efeito revogador somente se operaria quando da conversão em lei do texto provisório.

2. Descabimento da alegação de inconstitucionalidade do art. 29, inciso III, da Lei nº 10.684/03 por desrespeito ao princípio da anterioridade anual previsto no art. 150, inciso III, alínea b, da Lei Fundamental. A instituição ou a majoração de contribuições sociais submete-se a regramento específico, estampado no art. 195, § 6º, da Constituição Federal, fazendo o dispositivo remissão expressa à vigência do art. 22 da mesma lei após o interregno de noventa dias da publicação do ato normativo.

3. O aumento da base de cálculo da CSLL foi destinado às empresas prestadoras de serviços tributadas com base no lucro

Plenário Virtual - minuta de voto - 05/06/2020 00:00

presumido ou por estimativa, com exclusão das prestadoras de serviços hospitalares e equiparadas. A norma questionada, sob o pálio da política fiscal, teve o objetivo de sanar discrepância antes estabelecida consistente em uma menor tributação da renda (lucro) das pessoas jurídicas prestadoras de serviço, em detrimento das pessoas físicas desempenhadoras da mesma atividade.

4. ***A conformação do princípio da isonomia na Constituição Federal, mais ainda na vertente tributária, autoriza a adoção de medidas discriminativas para a promoção da igualdade em sentido material. No caso da Contribuição Social de Lucro Líquido (CSLL), assim como de outras contribuições sociais, a Constituição Federal autoriza a adoção de alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, dentre outros critérios, em razão da atividade econômica desenvolvida pela empresa, notadamente após a Emenda Constitucional nº 20/98, que inseriu o § 9º no art. 195 da CF.***

5. ***Atrelado ao valor da isonomia, o princípio da capacidade contributiva busca, exatamente, justificar a adoção de critérios de diferenciação de incidência, conforme exija a multiplicidade de situações sociais, sempre visando a uma tributação mais justa e equânime.***

6. Tendo em conta a totalidade da carga tributária suportada pelo contribuinte, o incremento isolado de uma contribuição não seria suficiente para atestar o efeito confiscatório propalado, porquanto, apesar do maior sacrifício da renda do sujeito passivo do tributo, não se impôs óbice irrazoável ao exercício de sua atividade.

7. Ação que se julga improcedente." (Grifei)

Ex positis , **CONHEÇO** da ação e julgo **IMPROCEDENTES** os pedidos.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 05/06/2020 00:00