

**EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) DOUTOR(A) JUIZ
FEDERAL DA MM. ...VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA
DO DISTRITO FEDERAL-DF**

**Ação popular com pedido liminar
Suspensão da majoração da alíquota do PIS-COFINS
Violação aos princípios Constitucionais
Legalidade, moralidade, capacidade contributiva e isonomia.**

CARLOS ALEXANDRE KLOMFAHS, brasileiro,
casado, advogado, registrado na OAB/SP sob o número
346.140, residente e domiciliado na [REDACTED]
[REDACTED] com e-mail que declina
carlosklomfahs@adv.oabsp.org.br, vem, com fundamento
no artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal de 1988,
c/c, artigo 1º da Lei nº 4.717 de 1965 propor

**AÇÃO POPULAR com pedido de suspensão liminar
(artigo 5º, § 4º) do ato impugnado**

Em face de **ATO DA PRESIDÊNCIA DA
REPÚBLICA**, na pessoa de seu representante judicial

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, pelas seguintes razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

PRELIMINARMENTE DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

HELLY LOPES MEIRELLES¹ e outros, comentando sobre a competência da ação popular assim ensinou:

Esclareça que a ação popular, ainda que ajuizada contra o Presidente da República, o presidente do Senado, o presidente da Câmara, o governador ou o prefeito, será processada e julgada perante a justiça de primeiro grau (federal ou comum)

Assim, fosse ato administrativo inquinado do Governador, seria competente o Tribunal de Justiça, e no caso, sendo ato da Presidência da República, claro o interesse da União, consoante o artigo 109, I da Constituição Federal.

Nesse sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal que (grifos nossos):

Trata-se de ação popular constitucional, com pedido de liminar, ajuizada contra o Senhor Presidente da República, promovida por Vereador à Câmara Municipal do Rio de Janeiro, com o objetivo de resguardar a integridade do Parque Nacional da Tijuca, alegadamente exposto a um "crescente processo de degradação" (fls. 2). Devo observar, desde logo, que o autor popular em questão sequer comprovou a sua necessária condição de eleitor (RT 186/648 - RT 436/131 - RTJ 89/240), descumprindo, desse modo, a exigência imposta pelo art. 1º, § 3º, da Lei nº 4.717/65, que dispõe, para esse

¹ 2012:89

específico efeito, que "A prova da cidadania para ingresso em juízo será feita com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda".

Há, contudo, um insuperável obstáculo formal que impede o ajuizamento originário, perante o Supremo Tribunal Federal, da ação popular constitucional contra o Presidente da República. É que falece competência ao Supremo Tribunal Federal para processar e julgar, originariamente, a presente causa. A Constituição Federal de 1988 - observando uma tradição que se inaugurou com a Carta Política de 1934 - não incluiu o julgamento da ação popular na esfera das atribuições jurisdicionais originárias da Suprema Corte, mesmo naquelas hipóteses em que figure, como sujeito passivo da relação processual, o próprio Presidente da República.

Na realidade, não há como dar trânsito, nesta Suprema Corte, à presente ação popular, eis que a causa em questão não se subsume a qualquer das hipóteses taxativamente enunciadas no rol inscrito no art. 102, I, da Carta Política. Não se pode perder de perspectiva, neste ponto, que a competência originária do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional - e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida - não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que extravasem os rígidos limites fixados em *numerus clausus* pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Carta Política, consoante adverte a doutrina (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "Comentários à Constituição Brasileira de 1988", vol. 2/217, 1992, Saraiva) e proclama a jurisprudência desta própria Corte (RTJ 43/129 - RTJ 44/563 - RTJ 50/72 - RTJ 53/776). A ratio subjacente a esse entendimento, que acentua o caráter absolutamente estrito da competência constitucional do STF, vincula-se à necessidade de inibir indevidas ampliações descaracterizadoras da esfera de atribuições institucionais desta Suprema Corte, conforme ressaltou, a propósito do tema em questão, em voto vencedor, o saudoso Ministro ADALÍCIO NOGUEIRA (RTJ 39/56-59, 57). É certo que o Supremo Tribunal Federal, não obstante as considerações precedentes - e sempre enfatizando os propósitos teleológicos do legislador constituinte - tem procedido, algumas vezes, em casos excepcionais, a construções jurisprudenciais que lhe permitem extrair, das normas constitucionais, por força de compreensão ou por efeito de interpretação lógico-extensiva, o sentido exegético que lhes é inerente (RTJ 80/327 - RTJ 130/1015 - RTJ 145/509, v.g.). Não é esse, porém, o caso dos autos. Com efeito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - quer sob a égide da vigente Constituição republicana (RTJ 141/344, Rel. Min. CELSO DE MELLO - Pet 296, Rel. Min. CÉLIO BORJA - Pet 352, Rel. Min. SYDNEY SANCHES - Pet 431, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA - Pet 487, Rel. Min. MARÇO AURÉLIO - Pet 626, Rel. Min. CELSO DE MELLO - Pet 682, Rel. Min. CELSO DE MELLO - Pet 713, Rel. Min. CELSO DE MELLO), quer sob o domínio da Carta Política anterior (Pet 129, Rel. Min. MOREIRA ALVES) - **firmou-se no sentido de que a competência originária desta Corte, por revestir-se de caráter estrito, não abrange as ações populares constitucionais, ainda que propostas com o objetivo de impugnar atos ou omissões do Presidente da República, das Casas que compõem o Congresso Nacional ou de Ministros de Estado.** O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao pronunciar-se sobre esse

específico aspecto da questão, reconheceu não lhe assistir competência originária para processar e julgar ações populares constitucionais contra quaisquer autoridades - inclusive o próprio Presidente da República - cujos atos estejam sujeitos, em sede de mandado de segurança, à jurisdição imediata desta Corte:"

Competência. Ação Popular contra o Presidente da República.- A competência para processar e julgar ação popular contra ato de qualquer autoridade, inclusive daquelas que, em mandado de segurança, estão sob a jurisdição desta Corte originariamente, é do Juízo competente de primeiro grau de jurisdição.

Agravo regimental a que se nega provimento."(RTJ 121/17, Rel. Min. MOREIRA ALVES - grifei) Essa orientação jurisprudencial reflete-se no magistério da doutrina (ALEXANDRE DE MORAES," Direito Constitucional", p. 174, item n. 7.8, 3ª ed., 1998, Atlas; RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, "Ação Popular", p. 129-130, 1994, RT, v.g.), que também assinala não se incluir, na esfera de competência originária do Supremo Tribunal Federal, o poder de processar e julgar ações populares ajuizadas contra o Presidente da República. Esse mesmo entendimento é perfilhado por HELY LOPES MEIRELLES ("Mandado de Segurança, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, 'Habeas Data'", p. 122, 19ª ed., 1998, atualizada por Arnaldo Wald, Malheiros), cuja autoridíssima lição deixou consignada a seguinte advertência:"

Esclareça-se que a ação popular, ainda que ajuizada contra o Presidente da República, o Presidente do Senado, o Presidente da Câmara dos Deputados, o Governador ou o Prefeito, será processada e julgada perante a Justiça de primeiro grau (Federal ou Comum).

"Sendo assim, tendo presentes as razões expostas, não conheço desta ação popular constitucional, por absoluta ausência de competência originária do Supremo Tribunal Federal, motivo pelo qual nego trânsito ao processo em questão, ficando prejudicada, em consequência, a apreciação da medida liminar. Arquivem-se os presentes autos.

Publique-se. Brasília, 31 de julho de 1998. Ministro CELSO DE MELLO
Presidente 3

(STF - Pet: 1546 RJ, Relator: Min. PRESIDENTE, Data de Julgamento: 31/07/1998, Data de Publicação: DJ 17/08/1998 PP-00023)

Por fim, afirma o autor sobre a competência territorial

que:

Quando o pleito interessar à União e a qualquer outra pessoa ou entidade, será competente o juiz das causas da União, isto é, o juiz federal da seção judiciária em que se verificou o ato lesivo.

Além disso, há previsão inserta e expressa no artigo 109, § 2º, da CF/88 que faculta o ajuizamento da ação no território do autor ou no Distrito Federal, *verbis*:

§ 2º As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal.

Portanto, preenchido os requisitos de competência para distribuição do presente processo.

I - DOS FATOS

O Governo Federal editou o **Decreto nº 9.101, de 20 de julho de 2017**, que alterou o Decreto nº 5.059, de 30 de abril de 2004, e o Decreto nº 6.573, de 19 de setembro de 2008, que reduziram as alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS incidentes sobre a importação e a comercialização de gasolina, óleo diesel, gás liquefeito de petróleo (GLP), querosene de aviação e álcool.

O objetivo do Governo Federal é suprir um *déficit* de 139 bilhões na arrecadação, de acordo com a equipe econômica, aumentando a tributação sobre os

combustíveis, o que haverá geração, durante o restante do ano de 2017, de uma receita adicional de **R\$ 10,4 bilhões** para o Governo Federal.

Já que de acordo com a Receita Federal, no primeiro semestre a arrecadação cresceu 0,77%. O resultado positivo, porém, se deu pelo aumento das receitas do Governo com *royalties* pagos por empresas que exploram petróleo no país - a receita com impostos e contribuições caiu 0,20% no período.

Todavia esse Decreto **onera mais a população, (cidadãos, trabalhadores e consumidores) e menos os empresários**, além de violar a incontornável necessidade de lei em sentido restrito para majorar imposto, violando, via obliqua, princípios constitucionais de direito tributário, como da **moralidade, da capacidade contributiva, da legalidade** e da **isonomia entre contribuintes** (empresas e cidadãos).

Não se pode olvidar que o Governo Federal previa arrecadar neste ano de 2017 aproximadamente **13 bilhões de reais** com o novo Refis, voltado para parcelamento de débitos tributários, ante uma expectativa de 8 bilhões de reais com o programa original, batizado de Programa de

Regularização Tributária (PRT), confirmado pela equipe econômica do Governo.

Porém a Medida Provisória (MP) 783/2017, que institui o Programa Especial de Regularização Tributária (Pert) conforme informação do site oficial do Senado Federal, além de modificada, não será votada neste semestre pelo recesso do Congresso:

Prazos abertos

Prazo de vigência a prorrogar por mais 60 dias - De 31/05/2017 a 12/08/2017

Tramitação em regime de urgência - De 15/07/2017 a 12/08/2017

Último local:

18/07/2017 - MESA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS (Câmara dos Deputados)

Último estado:

18/07/2017 - MEDIDA PROVISÓRIA ENVIADA À CÂMARA DOS DEPUTADOS

Portanto, deveria o Governo Federal **aguardar a aprovação** da MP nº 783/2017, para que o **aumento da contribuição e da receita fosse equânime entre os contribuintes pessoas físicas e pessoas jurídicas**, uma vez que o aumento da tributação sobre os combustíveis esparge efeitos para além do combustível, **tendo efeito, em rude analogia à diferença entre fissão (reator nuclear) e fusão**

nuclear (bomba atômica), onde esta ocorre em ambiente extremamente incontrolável e aquela controlável em laboratório.

Isto é, o aumento causa reação do tipo fusão nuclear, não havendo o controle por parte do Governo quanto aos reflexos para os contribuintes-consumidores, o que diz-se: haverá aumento da inflação pelo efeito cascata.

Pois bem.

Mantido este ato/ decreto *pro forma* tem-se um reflexo insofismável no **consumo direto pelo consumidor** tanto no acesso diretamente ao combustível, como indiretamente no acesso aos produtos dependentes de transporte, no taxi, no transporte, nas entregas etc.

Para se ter uma ideia da dimensão do impacto aos contribuintes-consumidores, o **número de veículos em circulação no país em 2016 segundo os dados, houve um pequeno crescimento de 2015 para 2016 de 0,7% quando a frota passou de 42,58 milhões de unidades para 42,87 milhões, entre carros, comerciais leves, caminhões e ônibus.**

Já o total de **motos** em circulação no país teve queda de 1,27%, passando de 13,63 milhões em 2015 para 13,49 milhões, em 2016.

É o que aponta relatório estatístico do Sindipeças - Sindicato Nacional da Indústria de Componentes para Veículos Automotores com base em dados dos associados e oficiais dos Detrans e Denatran.

O balanço foi divulgado em 18 de maio de 2017.

Isso revela que os efeitos serão sentidos diretamente pela população, pelos trabalhadores, pelos fabricantes e comerciantes, atingindo toda cadeia produtiva e de serviços.

Já a quantidade de empresas que seriam beneficiadas com o REFIS ou **Programa Especial de Regularização Tributária (PERT)** é, **se não somente maior em número, de mais capacidade contributiva em grau**, que pode chegar a mais de 1 milhão de empresas beneficiadas, se considerados os dados dos últimos (programa de regularização tributária

Mantendo-se a situação como está, será violar os princípios da legalidade, da isonomia, da capacidade contributiva e da moralidade.

II - DA AÇÃO POPULAR

NAGIB SLAIBI FILHO em artigo² sobre “**Ação Popular**”, escrito para a Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, citando clássica definição dada por JOSÉ AFONSO DA SILVA escreveu:

A ação popular é instituto processual civil, outorgado a qualquer cidadão como garantia político-constitucional, para a defesa do interesse da coletividade, mediante a provocação do controle jurisdicional corretivo da ilegalidade de atos lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Laborando sobre ação popular DIOGO CALDAS LEONARDO DANTAS³, na introdução ao seu artigo na Revista Jurídica da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, preambula:

A ação popular se mostra como antigo mecanismo jurídico brasileiro, estando presente, ainda que de forma embrionária, até mesmo no antigo regime das Ordenações, apresentando-se, mesmo naquela época, como meio de defesa ou conservação da coisa pública (...)

² Revista da EMERJ. v.6, n.22, 2003.

³ 2011:12. Revista Juridica In Verbis. ISSN nº 1413-2605. Ano XVI – Jan/Jun

RODRIGO MAZZEI em obra de Coordenação de FREDIE DIDIER JUNIOR⁴ e JOSÉ HENRIQUE MOUTA sobre “**Tutela jurisdicional coletiva**”, explica a importância da ação popular enquanto integrante do sistema da tutela coletiva:

Apesar de ser lembrada como marco histórico na tutela coletiva nacional, normalmente a ação popular é estudada do espectro da lei nº 4717/65 (...)

(...)

De fato há um microsistema formado por normas envolvendo o direito coletivo, sob vários enfoques, sendo a ação popular partícipe desse conjunto organizado de diplomas, razão pela qual recebe e devolve influências, em forma de diálogos, com esse sistema especialíssimo.

ELPÍDIO DONIZETTI e MARCELO MALHEIROS CERQUEIRA em “**Curso de Processo Coletivo**”⁵, citando o resumo feito por Geisa de Assis Rodrigues sobre o *viés* político e de controle social da ação popular, leciona:

A ação popular é uma manifestação do direito político de participação na gestão da coisa pública, porque confere uma posição ativa ao cidadão que pode realizar o controle social, sem intermediários, sobre os atos da Administração Pública

⁴ 2009:373.

⁵ 2010:477

MARIA HELENA DINIZ⁶ em “**Dicionário jurídico**”

conceitua ação popular como:

O meio pelo qual qualquer cidadão, no gozo de seus direitos políticos pode provocar o pronunciamento do órgão judicante sobre atos ilegais ou inconstitucionais.

No Brasil a ação popular encontrou assento na Constituição de 1934, no seu artigo 113, nº 38:

Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

38) Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.

Foi omissa na Carta de 1937, nas Constituições de 1946 e 1967, inclusive com a redação da EC nº 1 de 1969, mantiveram a ação no artigo 153.

A Lei foi regulada posteriormente pela Lei nº 4.717/1965 oriunda de anteprojeto de Seabra Fagundes e Bilac Pinto, e na Constituição no artigo 5º, inciso LXXIII.

⁶ 2005:81

Mister repisar que protege-se na ação popular o interesse geral, (patrimônio público e moralidade administrativa) não direito próprio e sim o da coletividade.

PEDRO DA SILVA DINAMARCO⁷ participando de volumosa obra intitulada: **“Comentários à Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular”**, comentou sobre a origem da ação popular:

A origem da ação popular é distante. Surgiu, logicamente sem tanta clareza conceitual quanto em sua versão atual, em Roma antiga, onde o cidadão podia agir em defesa dos bens de uso comum do povo – e, portanto, indiretamente pertencente a si próprio.

Corroborar UADI LÂMMEGO BULOS⁸ em **“Constituição Federal anotada”**, a origem da ação:

A origem da ação popular está ligada à história do povo romano. Como disse o jurisconsulto Paulo, ela foi assim cognominada para garantir direito próprio do povo.

PAULO BONAVIDES⁹, JORGE MIRANDA e WALBER DE MOURA AGRA, em **“Comentários à**

⁷ 2006:31. Coordenadora Susana Henriques da Costa. Quartier Latin.

⁸ 2009:388

⁹ 2009:287

Constituição de 1988”, do articulista Sérgio Cruz Arenhart, sobre a ação popular, comentou:

É corrente dizer que o direito de ação tem hierarquia constitucional, assentada nessa garantia de acesso à jurisdição, posta no artigo 5º, LXXIII da CF. Não há dúvida de que essa assertiva é procedente, o que coloca a ação como uma garantia individual fundamental, do que decorre especial proteção dentro da ordem jurídica nacional.

Trata-se de instrumento que não tem por finalidade precípua a defesa de direitos individuais, mas sim a proteção da cidadania e do interesse público. [...] de proteger toda coletividade.

ALEXANDRE DE MORAES¹⁰ em “Constituição do Brasil Interpretada”, explica sobre os seu requisitos objetivo e subjetivo da ação popular:

Requisito subjetivo: somente tem legitimidade para a propositura da ação popular o cidadão.

Requisito objetivo: refere-se a natureza do ato ou da omissão do Poder Público a ser impugnado, que deve ser obrigatoriamente lesivo ao patrimônio público, seja por ilegalidade seja por imoralidade

Por fim no Direito Comparado¹¹, encontramos o previsão da ação popular nos seguintes países:

✓ Constituição Portuguesa de 1976, artigo 52;

¹⁰ 2003:430

¹¹ José Arnaldo Vitagliano. Ação Popular características gerais e direito coparado. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15362-15363-1-PB.pdf>.. Acesso em: 12/03/2016.

- ✓ Constituição da Espanha de 1978, artigo 125;
- ✓ Constituição do Peru de 1979, artigo 295;
- ✓ Constituição da Itália, artigo 113;
- ✓ Constituição da Baviera de 1946;
- ✓ Constituição dos Estados Unidos no *citizen action* por força da Lei Federal de 1970;
- ✓ Na Inglaterra e na Austrália há o *relator action*;
- ✓ Na França;
- ✓ No México desde 1840, na Constituição de 1857 e de 1917;
- ✓ E por fim na Áustria.

Sendo, pois, o remédio constitucional posto à disposição do cidadão para a defesa do patrimônio público e a observância da legalidade, capacidade contributiva, igualdade, em uma interpretação conforme a constituição com seus valores e princípios.

III - DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO PEDIDO

O aumento de tributo - no caso sua alíquota que subirá de R\$ 0,3816 para R\$ 0,7925, para o litro da gasolina e de R\$ 0,2480, para R\$ 0,4615, para o diesel nas refinarias.

Para o litro do etanol, a alíquota passará de R\$ 0,12 para R\$ 0,1309 para o produtor. Para o distribuidor, a alíquota, atualmente zerada, aumentará para R\$ 0,1964.

Porém a majoração deve ser por Lei, em sentido formal, e não por **Decreto que altera outro Decreto**, conforme julgado pelo Supremo Tribunal Federal que entende que é **inconstitucional a majoração do IPTU sem edição de lei em sentido formal**, vedada a atualização, por ato do Executivo, em percentual superior aos índices oficiais.

Conferir nesse sentido RE 648.245, de rel. do min. Gilmar Mendes, j. 1º-8-2013, P, DJE de 24-2-2014, com repercussão geral.

E também o RE 234.605, de rel. do min. Ilmar Galvão, j. 8-8-2000, 1ª T, DJ de 1º-12-2000.

Sendo assim, afirma-se que embora o Decreto nº 9.101, de 20 de julho de 2017, tenha aumentado as alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS incidentes sobre a importação e a comercialização de gasolina, óleo

diesel, gás liquefeito de petróleo (GLP), querosene de aviação e álcool, não dispensa a necessidade constitucional da legalidade estrita.

O ato do Executivo ensejou sua majoração, ferindo o disposto no artigo 150, inciso I, da Constituição Federal c/c artigo 97 do Código Tributário Nacional.

A tese de que o artigo art. 23, caput, e § 5º, da Lei nº 10.865, de 30 de abril de 2004, permite ao Executivo reduzir ou restabelecer as alíquotas de PIS e de COFINS, não prospera, pois todo evidente uma **“inegável delegação externa ou pura de competência legislativa”**, o que não é permitido em nosso ordenamento jurídico, sendo este o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

Ação direta de inconstitucionalidade - Lei estadual que outorga ao poder executivo a prerrogativa de dispor, normativamente, sobre matéria tributária - Delegação legislativa externa - Página 5
Matéria de direito estrito - Postulado da separação de poderes - Princípio da reserva absoluta de lei em sentido formal - Plausibilidade jurídica - Conveniência da suspensão de eficácia das normas legais impugnadas - Medida cautelar deferida. - A essência do direito tributário - respeitados os postulados fixados pela própria Constituição - reside na integral submissão do poder estatal a rule of law. A lei, enquanto manifestação estatal estritamente ajustada aos postulados subordinantes do texto consubstanciado na Carta da República, qualifica-se como decisivo instrumento de garantia constitucional dos contribuintes contra eventuais excessos do Poder Executivo em matéria tributária. Considerações em torno das dimensões em que se projeta o princípio da reserva constitucional de lei. - A nova Constituição da República revelou-se extremamente fiel ao postulado da separação de poderes, disciplinando, mediante regime de direito estrito, a possibilidade, sempre excepcional, de o Parlamento proceder a delegação legislativa externa em favor do Poder Executivo. A delegação legislativa externa, nos casos em que se apresente

possível, só pode ser veiculada mediante resolução, que constitui o meio formalmente idôneo para consubstanciar, em nosso sistema constitucional, o ato de outorga parlamentar de funções normativas ao Poder Executivo. A resolução não pode ser validamente substituída, em tema de delegação legislativa, por lei comum, cujo processo de formação não se ajusta a disciplina ritual fixada pelo art. 68 da Constituição. A vontade do legislador, que substitui arbitrariamente a lei delegada pela figura da lei ordinária, objetivando, com esse procedimento, transferir ao Poder Executivo o exercício de competência normativa primária, revela-se irrita e desvestida de qualquer eficácia jurídica no plano constitucional. O Executivo não pode, fundando-se em mera permissão legislativa constante de lei comum, valer-se do regulamento delegado ou autorizado como sucedâneo da lei delegada para o efeito de disciplinar, normativamente, temas sujeitos a reserva constitucional de lei.

- Não basta, para que se legitime a atividade estatal, que o Poder Público tenha promulgado um ato legislativo. Impõe-se, antes de mais nada, que o legislador, abstendo-se de agir ultra vires, não haja excedido os limites que condicionam, no plano constitucional, o exercício de sua indisponível prerrogativa de fazer instaurar, em caráter inaugural, a ordem jurídico-normativa. Isso significa dizer que o legislador não pode abdicar de sua competência institucional para permitir que outros órgãos do Estado - como o Poder Executivo - produzam a norma que, por efeito de expressa reserva constitucional, só pode derivar de fonte parlamentar. O legislador, em consequência, não pode deslocar para a esfera institucional de atuação do Poder Executivo - que constitui instância juridicamente inadequada - o exercício do poder de regulação estatal incidente sobre determinadas categorias temáticas - (a) a outorga de isenção fiscal, (b) a redução da base de cálculo tributária, (c) a concessão de 47 crédito presumido e (d) a prorrogação dos prazos de recolhimento dos tributos -, as quais se acham necessariamente submetidas, em razão de sua própria natureza, ao postulado constitucional da reserva absoluta de lei em sentido formal. - Traduz situação configuradora de ilícito constitucional a outorga parlamentar ao Poder Executivo de prerrogativa jurídica cuja sedes materiae - tendo em vista o sistema constitucional de poderes limitados vigente no Brasil - só pode residir em atos estatais primários editados pelo Poder Legislativo.

Citando excelente monografia de ANDRESSA SOARES MARTINS MOREIRA¹² sobre “A legalidade

¹² Disponível em: <http://www.unirio.br/unirio/ccjp/arquivos/2016-1-andressa-soares-martins-moreira>. Acesso em: 21.07.2017.

Tributária e a mudança das alíquotas do PIS e da COFINS pelo Decreto nº 8.426/2015”, segue excerto:

A esse respeito, é de mister destacar que a delegação legislativa externa somente é permitida quando expressamente prevista na Constituição, como ocorre nas hipóteses de alteração da alíquota dos tributos previstos nos artigos 153, §1º e 177, §4º, I, b da Carta Magna, bem como no caso de elaboração de leis delegadas pelo Presidente da República, mediante resolução do Congresso Nacional, conforme exposto no artigo 68, caput, e §2º do texto constitucional e, por fim, na delegação de índole técnica.

Disponibiliza-se a íntegra do Decreto:

DECRETO Nº 9.101, DE 20 DE JULHO DE 2017

DOU de 21/07/2017 (nº 139, Seção 1, pág. 1)

Altera o Decreto nº 5.059, de 30 de abril de 2004, e o Decreto nº 6.573, de 19 de setembro de 2008, que reduzem as alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS incidentes sobre a importação e a comercialização de gasolina, óleo *diesel*, gás liquefeito de petróleo (GLP), querosene de aviação e álcool. O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, *caput*, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto no art. 23, *caput*, e § 5º, da Lei nº 10.865, de 30 de abril de 2004, e no art. 5º, § 8º, da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, decreta:

Art. 1º - O Decreto nº 5.059, de 30 de abril de 2004, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 1º -"

I - zero para as gasolinas e suas correntes, exceto gasolina de aviação;

II - zero para o óleo *diesel* e suas correntes;

....." (NR)

"Art. 2º -"

I - R\$ 141,10 (cento e quarenta e um reais e dez centavos) e R\$ 651,40 (seiscentos e cinquenta e um reais e quarenta centavos) por metro cúbico de gasolinas e suas correntes;

II - R\$ 82,20 (oitenta e dois reais e vinte centavos) e R\$ 379,30 (trezentos e setenta e nove reais e trinta centavos) por metro cúbico de óleo *diesel* e suas correntes;

....." (NR)

Art. 2º - O Decreto nº 6.573, de 19 de setembro de 2008, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 1º - O coeficiente de redução das alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, de que trata o § 8º do art. 5º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, aplicável às alíquotas específicas de que trata o § 4º do art. 5º, fica fixado em:

I - zero para produtor ou importador; e

II - 0,4 (quatro décimos) para o distribuidor." (NR)

"Art. 2º - As alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS de que trata o § 4º do art. 5º da Lei nº 9.718, de 1998, com a utilização do coeficiente fixado no art. 1º, ficam fixadas, respectivamente, no valor de:

I - R\$ 23,38 (vinte e três reais e trinta e oito centavos) e R\$ 107,52 (cento e sete reais e cinquenta e dois centavos) por metro cúbico de álcool, no caso de venda realizada por produtor ou importador; e

II - R\$ 35,07 (trinta e cinco reais e sete centavos) e R\$ 161,28 (cento e sessenta e um reais e vinte e oito centavos) por metro cúbico de álcool, no caso de venda realizada por distribuidor." (NR)

Art. 3º - Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 20 de julho de 2017; 196º da Independência e 129º da República.

MICHEL TEMER

Henrique Meirelles

Não é tudo.

A Federação das Indústrias de São Paulo¹³ (Fiesp) se pronunciou publicamente contra o aumento das alíquotas de PIS/Cofins para combustíveis.

Dessarte percebe-se que o ato fulmina todas as áreas da sociedade dentro do sistema produtivo, e traz manifestações contrárias dos empresários e da população.

A Constituição de 1988, prevê que o aumento do tributo deve se sujeitar ao princípio da legalidade, confira-se:

Seção II DAS LIMITAÇÕES DO PODER DE TRIBUTAR

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

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

Na excelente lição de TATHIANE PISCITELLI E LUIS CLAUDIO YUKIO VATARI sobre a **“Fixação questionável das alíquotas PIS/Cofins via decreto”**, *verbis*:

A fixação de alíquotas do PIS e da Cofins incidente sobre as receitas financeiras está disciplinada no artigo 27, parágrafo 2º, da Lei 10.685/2004, que possibilita a redução e o restabelecimento respectivos por ato do Poder Executivo, e, assim, via decreto. Tal medida se justificaria pela suposta extrafiscalidade inerente a tais incidências. Portanto, valendo-se desse expediente, o governo, no contexto do tão falado ajuste fiscal, houve por bem restabelecer as alíquotas, que estavam fixadas em zero, para o seu patamar original, sem falhar, inclusive, no respeito ao princípio da anterioridade.

Contudo, em que pese a existência de previsão legal e a observância da anterioridade, a fixação das alíquotas via decreto é absolutamente questionável, quando não, inconstitucional.

O cerne da discussão está, exatamente, na autorização trazida pelo artigo 23, parágrafo 5º, da Lei 10.685/2004, que dispõe: *“Fica o Poder Executivo autorizado a fixar coeficientes para redução das alíquotas previstas neste artigo, os quais poderão ser alterados, para mais ou para menos, ou extintos, em relação aos produtos ou sua utilização, a qualquer tempo”*.

Veza que é princípio basilar de direito tributário que **os tributos sejam criados e modificados por Lei**, nos exatos termos do artigo 150, inciso I, da Constituição de 1988.

Como se trata de um mandamento constitucional, que prima pela segurança jurídica na criação de ônus tributários, seu corolário é que só pode ser excepcionado pela própria Constituição, tal como ocorre com impostos extrafiscais (II, IE, IPI e IOF) e a CIDE Combustíveis.

Porém, o mesmo não se dá com as contribuições do PIS e da Cofins, ainda que alíquota incidente na base de cálculo do preço de combustíveis. Tais tributos devem ser criados por lei e observar o mandamento geral da legalidade: **apenas lei em sentido estrito poderá instituir, modificar ou majorar** quaisquer dos aspectos relativos a eles. **Essa postura deve valer, inclusive, para a redução das alíquotas.**

Em face do entendimento atual do Supremo Tribunal Federal de que a alíquota zero pode ser vista como uma modalidade de isenção, igualmente não poderia o decreto determinar a minoração ou majoração dos percentuais.

Trata-se na hipótese, portanto, de vício contido na própria Lei 10.865/2004, que não poderia mitigar o

princípio da legalidade sem autorização constitucional específica.

Um contra-argumento à ofensa ao princípio da legalidade estaria no fato de que a modificação se justificaria pelo fato de a incidência nessa hipótese específica estaria vinculada a uma **finalidade extrafiscal**.

Como regra, a Constituição permite a alteração de alíquotas via Decreto exatamente para contemplar situações de intervenção na economia, que devem ser céleres e distantes do jogo político do Poder Legislativo.

Não obstante, não é esse o caso. Ainda que a interferência no mercado financeiro possua impactos econômicos significativos, não é possível dizer que, apenas por essa razão, a modificação via Decreto estaria autorizada.

Sem é claro, resvalar no jogo político do Governo de empenhar emendas parlamentares em bilhões de reais e não conseguir a aprovação do REFIS.

Reitere-se: tal faculdade concedida ao chefe do Poder Executivo apenas se justifica diante de norma constitucional nesse sentido, inexistente na hipótese.

Diante de todas essas questões, fica bastante evidente a **inconstitucionalidade** do governo em promover a

majoração das alíquotas do PIS e da Cofins – tanto por razões jurídicas, como as acima mencionadas, que se bastam pela ofensa a um princípio fundamental de direito tributário, quanto pelo desestímulo econômico, em um ano em que a economia exhibe números negativos, com o país à beira da recessão.

É forçoso concluir que cobrir o déficit é necessário.

Porém, o momento é de centrar os esforços na redução dos gastos públicos, com foco, especialmente, nas despesas correntes, e no **não empenhamento** dos mais de R\$ 1,8 bilhão em emendas, empenhados em junho de 2017.

VI - QUANTO AO CABIMENTO DA AÇÃO.

O Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento de que, para a existência de uma ação popular, são necessários três pressupostos: a condição de eleitor do proponente, a ilegalidade ou ilegitimidade do ato e a lesividade decorrente do ato praticado, ainda que potencialmente e considerando violações a princípios constitucionais.

Dos requisitos da ação popular temos que:

1. Cidadania: **Comprovada**
2. Ilegalidade ou ilegitimidade do ato: Vício formal na **edição de Decreto em substituição de Lei em sentido formal;**
3. Lesividade (presumida): Violação aos princípios da isonomia, capacidade contributiva, legalidade e moralidade.

Ainda sobre o tema, HELY LOPES MEIRELLES E GILMAR FERREIRA MENDES¹⁴ sobre ações constitucionais, comentando sobre a ação popular ensinou:

Ação popular é o meio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos – ou a estes equiparados – ilegais e lesivos do patrimônio federal, estadual e municipal [...]

a constituição vigente mantendo o conceito da carta anterior, aumentou sua abrangência, para que o cidadão possa anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o estado participe, à moralidade administrativa [...]
[...]

Por ela não se amparam direitos individuais próprios, mas, sim, interesses da comunidade.

o beneficiário direto e imediato desta ação não é o autor; é o povo, titular do direito subjetivo ao governo honesto.

o cidadão promove em nome da coletividade , no uso de uma prerrogativa cívica que a constituição lhe outorga

Entende o autor¹⁵ ainda de que pode ser proposta a ação popular de maneira preventiva, caso entenda a não

¹⁴ 2012:170

lesão a patrimônio, no caso de contestação da União de que a não edição do Decreto justamente seria causa de lesão ao Erário, confira-se:

Como meio preventivo de lesão ao patrimônio público, a ação popular poderá ser ajuizada antes da consumação dos efeitos lesivos do ato [...]

Esse dano pode ser potencial ou efetivo. Assim sendo, não é necessário que se aguarde a conversão do ato em fato administrativo lesivo para intentar a ação.

Nesse sentido se pronunciou o Pretório Excelso em Ação Originária de relatoria do Ministro Sydney Sanches, *verbis*, grifo nosso:

EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR CONTRA TODOS OS MAGISTRADOS DO ESTADO DO ACRE. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ART. 102, I, "N", DA C.F.). CABIMENTO DA AÇÃO. MEDIDA LIMINAR. GRATIFICAÇÃO DE NÍVEL UNIVERSITÁRIO AOS MAGISTRADOS DO ESTADO DO ACRE: ATO Nº 143/89, DE 20.07.1989, BAIXADO PELO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ART. 326 DO CÓDIGO DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO (L.C. N 47, DE 22.11.1995). QUESTÕES DE ORDEM. 1.

A competência originária do Supremo Tribunal Federal é de ser reconhecida, em face do disposto no art. 102, I, "n", da Constituição Federal, pois a Ação é proposta contra todos os Juízes do Estado do Acre, inclusive os Desembargadores do Tribunal de Justiça. 2. A Ação Popular é cabível, já que objetiva a suspensão definitiva do pagamento da Gratificação de Nível Superior e a conseqüente condenação dos beneficiários à devolução de todas as quantias recebidas, devidamente corrigidas. **Com efeito, a Ação Popular, como regulada pela**

¹⁵ *Ibidem*, p.178.

Lei nº 4.717, de 29.06.1965, visa à declaração de nulidade ou à anulação de atos administrativos, quando lesivos ao patrimônio público, como dispõem seus artigos 1º, 2º e 4º. Mas não é preciso esperar que os atos lesivos ocorram e produzam todos os seus efeitos, para que, só então, ela seja proposta. 3. No caso presente, a Ação Popular, como proposta, tem índole preventiva e repressiva ou corretiva, ao mesmo tempo. Com ela se pretende a sustação dos pagamentos futuros (caráter preventivo) e a restituição das quantias que tiverem sido pagas, nos últimos cinco anos, em face do prazo prescricional previsto no art. 21 da Lei da Ação Popular (caráter repressivo). 4. Cabível, pois, a Ação, como proposta. 5. Examina-se, em seguida, o requerimento de medida liminar, como prevista no § 4º do art. 5º da L.A.P. 6. A base normativa atual para o pagamento da Gratificação de Nível Universitário aos Magistrados do Estado do Acre é o Ato nº 143/89, de 20 de julho de 1989, baixado pelo então Presidente do Tribunal de Justiça. 7. O caráter normativo desse Ato é indiscutível, pois reinstalou a antiga e já extinta Gratificação de Nível Universitário para todos os Magistrados do Acre, não se tratando, aí, de ato puramente administrativo, praticado na apreciação de requerimento de qualquer interessado. Tendo caráter normativo, não poderia ele ser impugnado em Ação Popular, mas, sim, em Ação Direta de Inconstitucionalidade, ou, incidentalmente, na propositura da Ação Popular, como um dos fundamentos desta. E é o que ocorre, no caso, pois o autor não objetiva a declaração de nulidade ou de inconstitucionalidade do Ato nº 143/89, de 20.07.1989, da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado, mas, sim, a suspensão dos atos administrativos consistentes nos pagamentos dos valores correspondentes à vantagem reinstituída pelo ato normativo. E isso por considerar inconstitucional e ilegal a reinstituição da gratificação, pelo ato normativo referido. 8. Parece evidente, ao menos a um primeiro exame, que o Presidente do Tribunal de Justiça não tinha e não tem competência para elaborar ato normativo, instituindo ou reinstituindo vantagem pecuniária em favor de toda a Magistratura do Estado, como ocorreu no caso, pois, para isso, seria imprescindível o envio de projeto de lei, pelo Tribunal de Justiça, ao Poder Legislativo estadual, nos termos do art. 96, II, "b", da Constituição Federal. Projeto, ademais, que haveria de estar em conformidade com o Estatuto da Magistratura Nacional, que não prevê Gratificação de Nível Universitário aos Magistrados, e até exclui a possibilidade de lhes ser outorgada (art. 65, seus incisos, e parágrafo 2º, da Lei Complementar nº 35, de 14.03.1979). Estatuto, aliás, que, segundo pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ainda se encontra em vigor, ao menos nos pontos em que não se mostra incompatível com a Constituição Federal de 05.10.1988, que lhe é posterior. E, a esse respeito, não há incompatibilidade entre o Estatuto e a Constituição, pois, tanto um, quanto outra, deixam

claro que os vencimentos dos Magistrados, neles incluídas as vantagens pecuniárias, como as gratificações, são fixados em lei (art. 61 da LOMAN e art. 96, II, "b", da Constituição). 9. De resto, o Projeto de Lei do novo Estatuto da Magistratura Nacional, já foi enviado, pelo Supremo Tribunal Federal, ao Congresso Nacional, conforme estabelece o art. 93 da Constituição Federal, e também ele, no art. 28, exige lei formal para a instituição de qualquer vantagem pecuniária para os Magistrados. 10. Esse, pois, o entendimento do Tribunal, a respeito da matéria, manifestado com o envio do Projeto e que é encontrado, também, em sua jurisprudência. 11. De salientar, mesmo de passagem, que, entre os "consideranda" do ato normativo, em questão, há também a referência no sentido de que "os membros do Ministério Público do Estado, que têm vencimentos e vantagens iguais aos magistrados do Estado, por força do art. 82 da Lei Complementar nº 08, de 18 de julho de 1983, continuam percebendo as vantagens denominadas nível universitário e sexta parte". E por isso o ato normativo estendeu aos Magistrados a Gratificação de Nível Universitário, assim como a sexta parte. Sucede que vinculação e equiparação de vencimentos já eram proibidas pelo art. 98, parágrafo único, da E.C. nº 1/69, e continuam sendo pelo inciso XIII do art. 39 da Constituição Federal de 1988. 12. É certo, também, que a Lei Complementar estadual nº 47, de 22 de novembro de 1995, que instituiu o Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Acre, no art. 326, estabeleceu: "Art. 326. A Gratificação de Nível Superior devida aos servidores ocupantes de cargos de nível superior, corresponderá a 40% (quarenta por cento) do vencimento do cargo que estiverem exercendo." Essa Gratificação vem sendo paga aos Magistrados do Acre, não com base nesse texto, que somente se refere aos servidores públicos ocupantes de cargos de nível superior, mas com base num texto que assim restou expresso pelo Tribunal de Justiça, no "Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Acre", que fez imprimir: "Art. 326 - A Gratificação de Nível Superior, devida aos servidores ocupantes de cargos de nível superior, inclusive aos Magistrados, corresponderá a 40% (quarenta por cento) do vencimento do cargo que estiverem exercendo". As expressões "inclusive aos Magistrados" não constaram da Lei, como aprovada pelo Poder Legislativo, mas, sim, apenas e tão-somente, do impresso realizado pelo Tribunal de Justiça. Trata-se, pois, de expressões juridicamente inexistentes na Lei e que não podem ser invocadas para o pagamento. Aliás, nas informações presidenciais, ficou expressamente reconhecido que não constam elas da Lei, de sorte que, a esta altura, o único ato normativo, que outorga tal vantagem aos Magistrados do Acre é o baixado, pelo então Presidente, a 20 de julho de 1989 (Ato nº 143/89), sem qualquer apoio na Constituição Federal e no Estatuto da Magistratura Nacional. 13. De resto, a Gratificação de Nível Universitário vinha sendo paga, aos Magistrados do

Acre, antes da E.C. nº 1/69 e do Estatuto da Magistratura Nacional (L.C. nº 35/79), com base no art. 374 da Lei de Organização Judiciária do Estado (Lei nº 11, de 20 de março de 1964). Essa vantagem restou extinta, como reconhecido nos próprios "consideranda" do Ato Normativo nº 143/89, de 20 de julho de 1989. Assim, o Ato normativo nº 143/89, baixado pelo então Presidente, sem apoio constitucional ou legal, reinstituíu a vantagem extinta. Mas a que vem sendo paga, também não é a correspondente aos 25% dos vencimentos do cargo, mas, sim, a 40%. E isso como decorrência de inclusão, no texto impresso pelo Tribunal, de expressões não contidas na L.C. nº 47/95. 14. Diante de todas essas circunstâncias, não se pode negar a plausibilidade jurídica da Ação Popular, que visa, em primeiro lugar, à sustação do pagamento da Gratificação de Nível Superior aos Magistrados ativos e inativos do Estado do Acre e, em seguida, à restituição do que tiverem recebido a esse título, nos últimos cinco anos. 15. Está presente, também, o requisito do "periculum in mora", pois é previsível a demora no andamento do processo, talvez de alguns anos, com tantos demandados a serem citados e que poderão apresentar defesas as mais diversas, seguindo-se a instrução que vier a ser necessária, a manifestação final das partes, do Ministério Público e, enfim, o julgamento do mérito. 16. Se é certo que o Estado do Acre não se insurgiu contra o pagamento da vantagem em questão, certo também é, por outro lado, que qualquer cidadão pode fazê-lo, mediante a Ação Popular. E o autor pediu a citação do Estado para os termos do processo, o que, aliás, tem apoio no § 3º do art. 6º da Lei da Ação Popular, segundo o qual "a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil, ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente". 17. Há, nas informações do Presidente do Tribunal de Justiça, a notícia de que "alguns juízes, quando o Estado do Acre quis retirar o adicional proveniente do nível superior da Magistratura, ingressaram na Justiça e ganharam a causa, inclusive no Tribunal de Justiça, que confirmou a sentença de primeiro grau". Quanto a esse ponto, não há elementos nos autos, que possibilitem qualquer ressalva. 18. Enfim, resolvendo as questões de ordem, suscitadas pelo Relator, o Supremo Tribunal Federal, considera-se competente, para o processo e julgamento da ação (art. 102, I, "n", da Constituição Federal), admite a Ação Popular, como proposta, e defere a medida liminar, com base no § 4º do art. 5º da L.A.P., para suspender a Gratificação de Nível Superior ou Universitário, que estiver sendo paga aos Magistrados ativos e inativos do Estado do Acre. 19. Oportunamente serão apreciados, pelo Relator, os requerimentos de citação para os termos do processo. 3

(AO 506 QO, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal

Pleno, julgado em 06/05/1998, DJ 04-12-1998 PP-00010
EMENT VOL-01934-01 PP-00022)

Inclusive com repercussão geral reconhecida reafirmando jurisprudência, julgado pela ARE 824781 RG / MT - MATO GROSSO REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI Julgamento: 27/08/2015, verbis, grifos nossos:

EMENTA Direito Constitucional e Processual Civil. Ação popular. Condições da ação. **Ajuizamento para combater ato lesivo à moralidade administrativa.** Possibilidade. Acórdão que manteve sentença que julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, por entender que **é condição da ação popular a demonstração de concomitante lesão ao patrimônio público material. Desnecessidade.** Conteúdo do art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal. Reafirmação de jurisprudência. Repercussão geral reconhecida. 1. O entendimento sufragado no acórdão recorrido de que, para o cabimento de ação popular, é exigível a menção na exordial e a prova de prejuízo material aos cofres públicos, diverge do entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal. 2. **A decisão objurgada ofende o art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal, que tem como objetos a serem defendidos pelo cidadão, separadamente, qualquer ato lesivo ao patrimônio material público ou de entidade de que o Estado participe, ao patrimônio moral, ao cultural e ao histórico.** 3. **Agravo e recurso extraordinário providos.** 4. **Repercussão geral reconhecida com reafirmação da jurisprudência.**

(ARE 824781 RG, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 27/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-203 DIVULG 08-10-2015 PUBLIC 09-10-2015)

E também revela este entendimento os Tribunais Regionais Federais da 2^a e 3^a Região, *verbis*, grifos nosso:

AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR PREVENTIVA. POSSIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. PERDA DE OBJETO E AUSÊNCIA DE REQUISITO DA MEDIDA POPULAR. PRELIMINARES NÃO CONFIGURADAS. DANO AMBIENTAL POTENCIAL. POSSIBILIDADE. ILEGALIDADE DAS LICENÇAS DE INSTALAÇÃO. AUSÊNCIA DE EIA-RIMA. -

No caso sob análise, trata-se de ação popular preventiva, que está prevista nos artigos 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal e 1º da Lei nº 4.717/65 e não é vedada no sistema processual. Assim, não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido, de modo que deve ser afastada a preliminar em debate. - A demanda cautelar proposta para evitar a construção de uma via pública de dupla rodagem em local de preservação permanente, bem como em qualquer terreno da universidade, se revela adequada e útil à obtenção do provimento pretendido, porquanto a obra efetivamente ingressou na área de propriedade da instituição de ensino, razão pela qual remanesce o interesse na análise da legalidade do ato. Dessa forma, a preliminar de perda do objeto também deve ser rechaçada sob tal aspecto. - A ação popular constitui um remédio constitucional colocado à disposição de qualquer cidadão para defesa dos interesses da coletividade e se destina à anulação de ato lesivo, concreto ou potencialmente, ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, consoante previsão nos artigos 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal e 1º da Lei nº 4.717/65. - Para tanto, o ordenamento jurídico prevê alguns requisitos legais, sem os quais a demanda não se viabiliza, são eles: condição de eleitor, ilegalidade ou ilegitimidade do ato e lesividade. - In casu, a ação foi proposta por eleitores. No tocante à presença do binômio ilegalidade-lesividade do ato impugnado há divergência na doutrina e na jurisprudência acerca de sua necessidade. Adotada a corrente segundo a qual basta um desses requisitos para a propositura e procedência do processo popular, na medida em que a ilegalidade da conduta do administrador público enseja a violação à moralidade administrativa, a qual pode ser considerada um elemento apto a ensejar a propositura do remédio constitucional. Dessa forma, o instituto popular pode

ser manejado para proteção dos bens juridicamente tutelados, ainda que inexistente o dano material ao patrimônio público. Precedentes da Corte Superior. - Os autores visaram a impedir a construção da via pública em local de preservação ambiental e em qualquer terreno da fundação. Assim, a alteração do projeto não teve o condão de afastar a análise da legalidade da licença de instalação impugnada pelos autores, uma vez que, conforme anteriormente mencionado, a obra ingressou em área da instituição de ensino e a demanda popular pressupõe a ocorrência ou ameaça efetiva de ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa ou ao meio ambiente, bem como a verificação do dano, concreta ou potencial aos bens legalmente tutelados. Destarte, faz-se necessária a análise do terceiro requisito: o da legalidade, de modo a se perquirir se ele está presente, na medida em que, ainda que de forma isolada, pode ensejar a propositura da medida cautelar. - Para execução de obras que causem impactos a tal bem é necessária a prévia elaboração de estudo de impacto ambiental (EIA) e respectivo relatório (RIMA), quando da solicitação de licenciamento, a serem submetidos à aprovação dos órgãos competentes, a teor do disposto no artigo 2º da Resolução CONAMA nº 01/1986. - O estudo de impacto ambiental (EIA) não pode ser dispensado sempre que as atividades forem consideradas de significativo potencial de degradação ou poluição, como no caso dos autos. Ademais, o EIA é um dos instrumentos da política nacional do meio ambiente e consiste num conjunto de estudos realizados por especialistas de diversas áreas, com dados técnicos detalhados. - No caso concreto, ficou devidamente comprovado que a obra inicialmente seria realizada em área de preservação ambiental. Para tanto, foi elaborado tão somente estudo ambiental preliminar. Entretanto, referido documento só pode ser confeccionado nas hipóteses de dispensa do EIA/RIMA, de acordo com o disposto no artigo 5º do Decreto Municipal nº 7.884/99, da Prefeitura de Campo Grande. - No entanto, a municipalidade não comprovou ser hipótese de dispensa do EIA/RIMA, bem como de que a construção da avenida de dupla rodagem em área de preservação ambiental causaria baixo impacto ambiental. Ao contrário, a atividade foi considerada de porte especial e com alto potencial poluidor. Dessa forma, as licenças de instalação foram emitidas a título precário, na medida em que foram elaboradas sem a confecção de prévio EIA/RIMA. - Por fim, ressalto que o fato de o IBAMA ter-se absterido de se manifestar no processo administrativo não eximiu a municipalidade da elaboração do EIA/RIMA. - Destarte, patente a ilegalidade do ato impugnado (licenças de instalação), é de rigor a manutenção da sentença recorrida. - Apelação e remessa oficial desprovidas.

(TRF-3 - APELREEX: 6992 MS 0006992-29.2002.4.03.6000,
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRE

NABARRETE, Data de Julgamento: 06/09/2013, QUARTA TURMA,)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR PREVENTIVA. POSSIBILIDADE. ATO INEXISTENTE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE E LESIVIDADE. I-) Embora a Lei nº 4717/65 não mencione especificamente a possibilidade de ajuizamento de ação popular preventiva, é pacífico o entendimento de que isto pode ocorrer, desde que seja iminente a prática do ato administrativo. II-) No entanto, os réus não praticaram qualquer ato relacionado com eventual essentamento de colonos na área da reserva biológica Poço das Antas. A alegação da autora de que o INCRA pretende alienar a terceiros o patrimônio da União carece e suporte fático e probatório, sendo mera conjectura da autora. III-) Não há como se cogitar de ilegalidade, nem tampouco lesividade em ato inexistente. IV-) Remessa necessária improvido.

(TRF-2 - REO: 9802382175 RJ 98.02.38217-5, Relator: Desembargador Federal ANTONIO CRUZ NETTO, Data de Julgamento: 17/11/1999, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJU - Data::23/12/1999)

REGINA HELENA COSTA em “Curso de Direito Tributário” (2013:78 ss.) se posiciona sobre o conceitos dos princípios:

Moralidade

O princípio da moralidade impõe ao Estado o prestígio aos valores éticos, à probidade, à honestidade, ao decoro, à lealdade, à boa-fé, em última análise, à busca pela realização, tanto quanto possível, da justiça social.

Em sendo assim, o princípio da moralidade tem grande relevância nas considerações atinentes às relações jurídico-tributárias.

Isonomia.

Em sendo assim, tal diretriz impacta intensamente o âmbito tributário, porquanto o legislador e o aplicador da lei não de atentar às diferenças entre os sujeitos, procedendo às necessárias discriminações na modulação das exigências fiscais.

Capacidade contributiva.

O conceito pode ser entendido como a aptidão, da pessoa, colocada na posição de destinatário legal tributário, para suportar a carga tributária, numa obrigação cujo objeto é o pagamento de imposto, sem o perecimento da riqueza lastreadora da tributação.

A capacidade contributiva relativa ou subjetiva reporta-se ao sujeito individualmente considerado. Expressa na aptidão de contribuir na medida de suas possibilidades econômicas de determinada pessoa.

Por fim repisamos que o Decreto nº 9101/2017, viola os princípios da legalidade, moralidade, capacidade contributiva e igualdade.

V - DA CONCESSÃO DA MEDIDA LIMINAR OU DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, NOS TERMOS DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE

Pelo princípio da fungibilidade, requer de Vossa Excelência, alternativamente, a escolha da concessão da medida liminar preventiva ou da concessão de tutela antecipada.

A prova inequívoca e a verossimilhança das alegações podem ser inferidas, *in totum*, da manifestação de quase todos os setores da sociedade contra a majoração abusiva.

Portanto, o *fumus boni iuris* está presente conforme demonstrado.

Quanto ao *periculum in mora*, também se faz presente.

Presente os dois requisitos legais faz jus à concessão da medida liminar ou a antecipação de tutela, conforme o poder geral de cautela.

VI - DOS REQUERIMENTOS

- a) Citação para querendo apresente defesa no prazo legal e/ou prestar informações e documentos em que o autor não tem acesso;
- b) Intimação do Ministério Público na forma do artigo 4^a da Lei 4.717/65;
- c) Deferimento da gratuidade.

VII - DO PEDIDO

Ante o exposto pede-se LIMINARMENTE a **suspensão** do ato impugnado (DECRETO Nº 9.101, DE 20 DE JULHO DE 2017) e no mérito a procedência dos pedidos da inicial para **confirmar** a liminar concedida **decretando a invalidade do ato impugnado**, por violação ao artigo 150, I, da Constituição e aos princípios constitucionais tributários da legalidade, capacidade contributiva e moralidade administrativa.

VIII - DO VALOR DA CAUSA

Dá-se à causa o valor de R\$ 1.000,00.

Termos em que,
Pede deferimento.

Santo André, 21 de julho de 2016.

CARLOS ALEXANDRE KLOMFAHS

[assinatura por certificado digital]

OAB/SP Nº 346.140.