

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz Federal da _ Vara Federal da Comarca de Porto Alegre/RS

- | |
|--|
| <ol style="list-style-type: none">1. Ato lesivo à legalidade e à moralidade administrativa2. Aumento inconstitucional de tributos3. Violação à anterioridade nonagesimal4. Violação à legalidade tributária |
|--|

RICARDO FERREIRA BREIER, brasileiro, advogado, inscrito na OAB/RS sob nº 30.165, com endereço profissional na Rua Coronel Genuíno, 421, 3º andar - Centro Histórico, na cidade de Porto Alegre/RS, CEP 90010-350, vem, por seu procurador signatário conforme instrumento de procuração anexo, respeitosamente, perante Vossa Excelência, com fulcro 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 DO ATO IMPUGNADO
--

Em face da **PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA**¹, na pessoa de seu representante judicial **ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO**, pelas seguintes razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

BREVE SÍNTESE FÁTICA

No dia 20 de julho de 2017, o Governo Federal editou o Decreto nº 9.101/17. Com o claro intuito de reforçar a arrecadação e tentar cumprir uma meta fiscal de déficit primário de 139 bilhões, o Governo Federal optou – equivocadamente - por aumentar as alíquotas de PIS/PASEP e COFINS incidentes sobre os combustíveis.

¹ A Constituição Federal, em seu artigo 109, § 2º, faculta o ajuizamento das ações movidas em face da União no domicílio do autor, verbis:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

§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.

Com vigência a partir da sua data de publicação, o Decreto nº 9.101/17 alterou os Decretos nº 5.059/04 e 6.573/08, o que impactou nas obrigações tributárias relativas ao PIS/PASEP e COFINS de duas formas: i) mitigando coeficientes de redução de alíquotas e, conseqüentemente, ii) elevando as alíquotas anteriormente previstas. Senão, vejamos:

Decreto nº 9.101, de 20 de julho de 2017

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;”

“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;”

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.”

“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.”

A tabela abaixo demonstra o aumento das alíquotas das contribuições do PIS/PASEP e da COFINS promovido pelo Decreto nº 9.101/17:

Combustíveis ²	Alíquota Anterior PIS/PASEP	Nova Alíquota PIS/PASEP	Alíquota Anterior COFINS	Nova Alíquota COFINS
Gasolina	R\$ 67,94	R\$ 141,10	R\$ 313,66	R\$ 651,40
Diesel	R\$ 44,17	R\$ 82,20	R\$ 203,83	R\$ 379,30
Álcool ³	R\$ 21,43	R\$ 23,38	R\$ 98,57	R\$ 107,52
Álcool ⁴	alíquota zero	R\$ 35,07	alíquota zero	R\$ 161,28

Ocorre que, como se verificará, **esse aumento de tributos foi promovido ao arrepio de garantias e princípios constitucionais**, notadamente os **princípios da legalidade e da anterioridade nonagesimal**, previstos nos artigos 150, inciso I e III, alínea “c” e 195, §6º da Carta Magna.

Essa prática configurou **ato lesivo à própria moralidade administrativa**, em detrimento a todos os cidadãos, uma vez que a majoração da carga tributária foi repassada imediatamente ao preço dos combustíveis - fato notório e incontroverso – e acabou acarretando a elevação instantânea dos preços praticados pelos agentes econômicos.

O quadro a seguir foi publicado pelo Jornal Folha de São Paulo⁵, no dia 20 de julho de 2017, e constata essa elevação no preço final ao consumidor:

O IMPACTO NA BOMBA

Quanto vai custar abastecer se todo o aumento do tributo for repassado ao consumidor

	Gasolina	Álcool	Diesel S10
O litro, em R\$*			
Quanto é hoje	3,485	2,423	3,072
Quanto será	3,895	2,623	3,282
Um tanque de 50 litros, em R\$*			
Quanto é hoje	174,25	121,15	153,6
Quanto será	194,8	131,15	164,1
Aumento	+11,8%	+8,2%	+6,8%

* Preços médio do país na bomba, segundo pesquisa da ANP entre os dias 9.jul e 15.jul

Ademais, segundo declaração do Presidente da Federação Nacional do Comércio de Combustíveis e de Lubrificantes (Fecombustíveis)⁶, Sr. Paulo

² A alíquota é fixa e incide sobre o metro cúbico do combustível.

³ No caso de venda realizada por produtor ou importador.

⁴ No caso de venda realizada por distribuidor.

⁵ Disponível em: www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/07/1902903-imposto-aumenta-preco-da-gasolina-em-r-041-nas-bombas.shtml

⁶ Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-07/postos-ja-repassam-ao-consumidor-aumento-de-tributos-sobre-combustiveis>

Miranda Soares, o aumento do PIS/PASEP e da COFINS já foi repassado pelas distribuidoras aos consumidores, desde o dia 21 de julho de 2017.

Estima-se que o aumento do preço no valor dos combustíveis gere um efeito em cascata sobre o preço dos transportes e dos demais produtos. Conforme declarações de economistas da Fundação Getúlio Vargas (FGV), do presidente da Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas (CNDL) e da Associação Brasileira de Supermercados (ABRAS), haverá impacto nos produtos de gôndola e até em passagens de ônibus e fretes⁷.

A sociedade deve estar atenta aos atos praticados por agentes administrativos e políticos incumbidos na promoção da ordem constitucional e no trato da coisa pública em períodos de instabilidade político-econômica.

A violação ao Texto Constitucional, no presente caso, é grotesca e chama a atenção. Revela, outrossim, a triste face de um poder que tenta governar sobre a Constituição Federal, e não a partir dela.

Diante disso, o autor popular não pode silenciar quando o que está em jogo é a própria autoridade da nossa Carta Constitucional e seus mais altos valores (cláusulas pétreas), conquistados após anos de chumbo nos quais o Estado inúmeras vezes foi o protagonista de violações aos direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros.

Em um cenário de caos político, novamente o Judiciário é convocado para coibir atos de excepcionalidade e ofensivos à ordem jurídica, a fim de restaurar a autoridade da Constituição; afinal, as políticas econômicas e fiscais devem ser elaboradas e executadas a partir do Texto Constitucional e não à revelia do mesmo.

PRELIMINAR - DO CABIMENTO DA AÇÃO

A ação popular é um instrumento constitucional à disposição do cidadão contra quaisquer atos revestidos de caráter ilegal e lesivo ao patrimônio público, que encontra amparo na Lei nº 4.717/65 e no artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 5º (...)

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural,

⁷ Disponível em: <http://veja.abril.com.br/economia/alta-em-imposto-pode-afetar-de-alimento-a-passagem-de-onibus>

ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Vê-se que a Constituição de 1988 conferiu especial importância à ação popular, tornando-a um instrumento jurídico disponível a qualquer cidadão para exercer sua cidadania e buscar a guarida do Poder Judiciário, com vias a proteger o Estado contra atos atentatórios cometidos pelos seus próprios agentes, aos quais é legítimo governar apenas a partir dos ditames e nos limites constitucionais.

Assim, a importância da ação popular se revela através da participação dos cidadãos nos destinos da coisa pública, facultando-lhes agir como um fiscal em favor do bem comum e da comunidade. É dizer que a verdadeira cidadania resulta no direito de fazer valer as prerrogativas que defluem de um Estado Democrático e que a ação popular é uma das formas de exercício imediato dessa prerrogativa.

Para corroborar o que ora se afirma, vejamos algumas das importantes lições de Hely Lopes Meirelles⁸ sobre o cabimento da ação popular:

Ação popular é o meio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos (...) ilegais e lesivos do patrimônio federal, estadual e municipal (...).

(...)

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.

A constituição vigente mantendo o conceito da carta anterior, aumentou sua abrangência, para que o cidadão possa anular ato lesivo (...) à moralidade administrativa.

(...)

Entender-se, restritamente, que a ação popular só protege o patrimônio público material é relegar os valores espirituais a plano secundário e admitir que a nossa Constituição os desconhece ou julga indignos da tutela jurídica, quando, na realidade, ela própria os coloca sob sua égide (CF, arts. 23, VI, 24, VI, 170, VI, e 225). Essa proteção constitucional não deve ser apenas nominal, mas real, traduzindo-se em meios concretos de defesa, tais como a ação popular para a invalidação de atos lesivos desses valores. Se ao Estado incumbe proteger o patrimônio público, constituído tanto de bens corpóreos como de valores espirituais, de irrecusável lógica é que o cidadão possa compeli-lo, pelos meios processuais, a não lesar esses valores por atos ilegais da Administração.

No presente caso, a defesa do bem comum passa pela restauração da legalidade e da moralidade administrativa, ambas violadas quando da edição do Decreto nº 9.101/17, ato ilegal e manifestamente lesivo, o qual foi editado com o

⁸ Hely Lopes Meirelles, Arnaldo Wald, Gilmar Ferreira Mendes. Mandado de Segurança e Ações Constitucionais - 37ª E. São Paulo: Malheiros, 2016. Pg. 195 e seguintes.

especial propósito de cobrir o rompo nas contas públicas às custas dos cidadãos, especialmente com o sacrifício daqueles de menor capacidade econômica.

Sobre a possibilidade de ajuizamento de ação popular que visa à suspensão da eficácia de ato emanado pelo Poder Executivo, como no caso do decreto ora combatido, vejamos o seguinte **precedente do E. Superior Tribunal de Justiça**:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA. AÇÃO POPULAR. TAXA DE ILUMINAÇÃO. DECRETO. ILEGALIDADE.

1. *A Ação popular objetivando a suspensão da eficácia do Decreto Municipal nº 62/2003, a fim de excluir-se das faturas de consumo de energia elétrica dos contribuintes do Município de Resende/RJ o valor relativo à Taxa de Iluminação Pública, à falta de previsão legal tem cunho declaratório, máxime quando assentada em ato administrativo concreto.*

2. *A análise incidenter tantum e de forma difusa pelo juízo a quo da inconstitucionalidade do Decreto é passível de ser confirmada em agravo interno, máxime quando o thema iudicandum restou exaustivamente analisado pelas instâncias superiores.*

(...)

4. *In casu, o Tribunal assentou que "o Supremo Tribunal Federal tem posicionamento tranquilo a respeito do tema, podendo ser citado o seguinte julgado: RE 233332/RJ, Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno (unânime), julgamento em 10.03.1999, DJ 15.05.99(...)" e a Súmula 670/STF, in litteris: "O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa".*

5. *A aferição da lesão ao patrimônio público na sua extensão, objeto principal do pedido, reclama apreciação do contexto fático-probatório dos autos (Súmula 07/STJ).*

(...)

7. *Neste sentido, é a lição do Professor Hely Lopes Meirelles, litteris: "O objeto da ação popular é o ato ilegal e lesivo ao patrimônio público. (...) Dentre os atos ilegais e lesivos ao patrimônio público pode estar até mesmo a lei de efeitos concretos, isto é, aquela que já traz em si as consequências imediatas de sua atuação, como a que desapropria bens, a que concede isenções, a que desmembra ou cria municípios, a que fixa limites territoriais e outras dessa espécie. Tais leis só o são em sentido formal, visto que materialmente se equiparam aos atos administrativos e, por isso mesmo, são atacáveis por ação popular ou por mandado de segurança, conforme o direito ou o interesse por elas lesado, mas é incabível a ação popular contra 'a lei em tese'. (...) Considerando que a sentença de procedência da ação tem efeitos erga omnes, entendemos que não cabe a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em sede de ação popular. O controle de constitucionalidade é da competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, na forma do art. 102, I, "a", da Constituição Federal. (...) O Supremo Tribunal Federal já julgou que é de sua competência exclusiva o julgamento da validade de lei em tese, e que o julgamento deste tema por juiz de primeiro grau implica em 'usurpação da competência do Supremo para o controle concentrado', acarretando a nulidade do respectivo processo (Rcl nº 434-1, Rel. Min. Francisco Rezek, RF 336/231). (...) Nada disso significa, porém, que um ato que viole a Constituição não possa ser objeto de ataque em ação popular. A restrição diz respeito a ato normativo, cuja declaração de inconstitucionalidade é*

especificamente regulada na Carta Política. Nada obsta a que o ato puramente administrativo, quando contrário à Constituição Federal, seja impugnado através de ação popular." (in Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data, 19ª Edição, publicada pela Editora Malheiros, páginas 118/135). Deveras, é assente no Eg. STJ e no STF que "é possível a declaração incidental de inconstitucionalidade, na ação civil pública, de quaisquer leis ou atos normativos do Poder Público, desde que a controvérsia constitucional não figure como pedido, mas sim como causa de pedir, fundamento ou simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal, em torno da tutela do interesse público". (REsp 437.277/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, 2.ª Turma, DJ 13.12.2004) 9. Recurso especial desprovido. (REsp 776.848/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/12/08, DJe 06/08/09)

Destarte, o autor popular, assim, atua na condição de eleitor e substituto processual da coletividade, primando pela defesa de interesses difusos próprios de toda a cidadania a partir do ato lesivo praticado pelo Governo Federal, consoante abaixo será devidamente demonstrado.

DO MÉRITO

A) DA VIOLAÇÃO DO DECRETO Nº 9.101/17 AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE NONAGESIMAL

De acordo com os fatos acima narrados, o Decreto nº 9.101/17 majorou a obrigação tributária do PIS/PASEP e da COFINS incidentes sobre a comercialização de combustível, **repercutindo de modo incontroverso e indevido no patrimônio dos cidadãos, desde o dia 21 de julho de 2017**, vejamos:

Decreto nº 9.101/17

(...)

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

Não bastasse a violação à legalidade, que será abaixo debuxada, **o ato normativo editado pelo ente arrecadante previu vigência imediata ao aumento das alíquotas das referidas contribuições por si instituídas**, fazendo tábula rasa da Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 150, inciso III, alínea "c" (acrescida pela Emenda Constitucional nº 42/03) exige que qualquer instituição ou majoração de tributo passe a surtir efeito 90 dias a partir da sua publicação. Ao que parece, o Texto Constitucional parece ter sido esquecido pelo Poder Executivo, razão por que o autor pede licença para transcrevê-lo:

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

III - cobrar tributos:

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b;

No que diz respeito especificamente às contribuições sociais, dentre as quais se enquadram o PIS/PASEP e a COFINS, a Carta Maior reitera, em seu artigo 195, § 6º, a **necessidade de expressa observância** da referida “noventena”:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

§6º - As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, "b".

A alteração de coeficientes de alíquotas estabelecida pelo §5º do art. 23 da Lei nº 10.865/04 não pode ter o condão de revogar ou excepcionar o Texto Constitucional. Assim, a alteração – caso fosse possível por decreto – poderia ocorrer a qualquer tempo (como dispõe a Lei), desde que sua eficácia respeitasse o hiato de noventa dias exigido pela Constituição.

As leis são interpretadas a partir da Constituição, e não o contrário. Aliás, admitir-se que uma lei possa excepcionar uma garantia constitucional (cláusula pétrea) significa retirar a força normativa da Carta Magna, na qual estão insculpidos os pilares inarredáveis do pacto sócio jurídico sob o qual vivemos.

Não fosse suficiente, o princípio da anterioridade nonagesimal é dotado de conteúdo deontológico claro, e fixa um limite reto, incontroverso. É garantia constitucional cogente estabelecida em favor do cidadão, e não uma mera faculdade a ser respeitada conforme conveniência do ente tributante. Aliás, a estabilidade e a confiança dos agentes econômicos é obtida com o respeito às leis e à Constituição.

Nesse sentido, o Estado deve agir com ética e, sobretudo, de forma previsível, daí o princípio da anterioridade ser também denominado de “princípio da não surpresa”, cuja razão social e jurídica é elementar, conforme se observa dos ensinamentos do Desembargador do Tribunal Regional Federal da 4ª Região Leandro Paulsen⁹:

Mais do que previsibilidade e do que não surpresa, pois, cuida-se de assegurar ao contribuinte o conhecimento antecipado daquilo que, sendo decorrente de lei estrita devidamente publicada, lhe será com certeza imposto, incidindo sobre os

⁹ PAULSEN, Leandro. Segurança jurídica, certeza do direito e tributação: a concretização da certeza quanto à instituição de tributos através das garantias da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade. 2005. Pág. 128, Editora Livraria do Advogado.

atos que então venham a ser praticados ou sobre os fatos ou situações que se verifiquem em conformidade com a previsão legal, após o decurso de noventa dias e a virada do exercício ou apenas do decurso de noventa dias em se tratando de contribuições de seguridade social.

O E. **Supremo Tribunal Federal** já reconheceu que o princípio da anterioridade nonagesimal constitui verdadeiro **direito fundamental** deslocado do artigo 5º da Constituição Federal, destinado a salvaguardar o contribuinte do arbítrio destrutivo ou dos excessos gravosos do Estado. Dessa forma, nem mesmo o Poder Constituinte derivado poderia mutilá-lo e, muito menos, extingui-lo. Confira-se o posicionamento do E. STF:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 10/96 – ART. 72, INCISO III, DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS (ADCT) - CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO (CSLL) – ALÍQUOTA DE 30% (TRINTA POR CENTO) - PESSOAS JURÍDICAS REFERIDAS NO § 1º DO ART. 22 DA LEI Nº 8.212/91 – ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 195, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. O poder constituinte derivado não é ilimitado, visto que se submete ao processo consignado no art. 60, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal, bem assim aos limites materiais, circunstanciais e temporais dos §§ 1º, 4º e 5º do aludido artigo. 2. A anterioridade da norma tributária, quando essa é gravosa, representa uma das garantias fundamentais do contribuinte, traduzindo uma limitação ao poder impositivo do Estado. 3. A emenda Constitucional nº 10/96, especialmente quanto ao inciso III do art. 72 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – objeto de questionamento - é um novo texto que veicula nova norma, e não mera prorrogação da emenda anterior. 4. Hipótese de majoração da alíquota da CSLL para as pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212/91. 5. Necessidade de observância do princípio da anterioridade nonagesimal contido no art. 195, § 6º, da Constituição Federal. 6. Recurso Extraordinário a que se nega provimento.

(RE 587008, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, TRIBUNAL PLENO, Julgado em 02/02/11, REPERCUSSÃO GERAL, Publicado em 06/05/11)

Ademais, a Suprema Corte também já analisou a questão da necessidade observância do princípio da anterioridade nos casos em que há revogação de benefício fiscal pelo Poder Público:

IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – DECRETOS Nº 39.596 E Nº 39.697, DE 1999, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL – REVOGAÇÃO DE BENEFÍCIO FISCAL – PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE – DEVER DE OBSERVÂNCIA – PRECEDENTES. Promovido aumento indireto do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS por meio da revogação de benefício fiscal, surge o dever de observância ao princípio da anterioridade, geral e nonagesimal, constante das alíneas “b” e “c” do inciso III do artigo 150, da Carta. Precedente – Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.325/DF, de minha relatoria, julgada em 23 de setembro de 2004. MULTA – AGRAVO – ARTIGO 557, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Surgindo do exame do agravo o caráter manifestamente infundado, impõe-

se a aplicação da multa prevista no § 2º do artigo 557 do Código de Processo Civil.

(RE 564225 AgR, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, PRIMEIRA TURMA, Julgado em 02/09/14, Publicado em 18/11/14)

O voto didático proferido pelo Min. Marco Aurélio reclama reprodução:

Segundo interpretação dada as normas estaduais pelo Tribunal de Justiça, promoveu-se aumento indireto do imposto, porquanto revelaram redução de benefício fiscal vigente. Consoante o decidido pelo Supremo no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade no 2.325/DF, de minha relatoria, envolvida lei complementar que postergou a utilização de créditos tributários então permitidos, em casos como o presente deve ser observado o princípio da anterioridade. Esta é a óptica contemporânea adotada pelo Tribunal quanto ao alcance do artigo 150, inciso III, alíneas “b” e “c”, da Carta Maior.

Não bastasse isso, o desrespeito à anterioridade enseja, ainda, a violação do **princípio da segurança jurídica**, assegurado pelo artigo 5º, XXXVI¹⁰ da Constituição Federal, na medida em que as expectativas e previsões estabelecidas a partir de um cenário jurídico-tributário não podem ser alteradas da maneira como determinou o Decreto nº 9.101/2017, ou seja, violando o princípio da anterioridade nonagesimal, ao ter a sua vigência imediatamente a partir do dia subsequente a sua publicação (21/07/2017).

B) DA VIOLAÇÃO DO DECRETO Nº 9.101/2017 À LEGALIDADE

A majoração das alíquotas estabelecidas pelo Decreto nº 9.101/2017 viola, também, o **princípio da legalidade, cláusula pétrea** desenhada no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, e reafirmada – no âmbito tributário – pelo art. 150, I da CF/88, abaixo reproduzido:

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;***

As exceções estão previstas no próprio Texto Constitucional¹¹, e nenhuma delas é aplicável ao caso em exame¹².

¹⁰ CF/88, Art. 5º, XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

¹¹ Sobre o que ora se afirma, a primazia do princípio da legalidade em matéria tributária encontra-se mitigada em algumas hipóteses previstas pela Constituição Federal, como ocorre no caso do artigo 153, § 1º, que compreende tributos cuja particularidade seja o caráter regulatório ou extrafiscal, vejamos:

a) Imposto sobre Importação (II);

b) Imposto sobre a Exportação (IE);

c) Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI);

d) Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguros (IOF).

Veja-se que o alcance da finalidade do princípio da legalidade é justamente tutelar os direitos constitucionalmente garantidos aos contribuintes contra as guinadas inesperadas do governo, como no caso de aumento ou criação de tributos sem o devido amparo legal.

Leandro Paulsen¹³, em sua obra “Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à Luz da doutrina e da jurisprudência”, é didático ao discorrer sobre o princípio da legalidade em matéria tributária:

A legalidade tributária constitui garantia fundamental do contribuinte, sendo, portanto, cláusula pétrea, conforme destacado em nota introdutória às limitações ao poder de tributar. As atenuações à legalidade (autorização para que o Executivo altere as alíquotas) são apenas as expressas no art. 153, § 1º da CF. A referência em tal dispositivo, ao II, IE, IPI e IOF é taxativa, não admitindo ampliação sequer por Emenda Constitucional.

Novamente, faz-se necessário observar a redação do artigo 195, §6º da Constituição Federal: **“as contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado”**.

O dispositivo constitucional é **expresso** ao mencionar que a instituição ou a modificação das contribuições sociais deve ocorrer mediante **lei**. Nesse sentido, é de se concluir que as normas infraconstitucionais, como no caso o Decreto nº 9.019/2017, não poderiam **instituir** ou majorar **tributos**.

Ou seja, o art. 150, I, da CF/88 determina que só através de lei se poderá **exigir** ou **aumentar** tributo. A CF/88 não veda a redução das alíquotas do

A referida extrafiscalidade desses tributos permite a flexibilização de suas alíquotas por meio de ato exclusivo do Poder Executivo, desde que dentro dos limites da lei formal, considerando que eles não possuem cunho arrecadatório, mas, sim, servem como instrumento para corrigir situações em atuação intervencionista e regulatória, tudo com autorização constitucional para tanto, o que não se aplica ao caso concreto.

Também, segundo preceitua o art. 177, §4º, I, “b” da CF, pode ser alterada, por ato do Presidente, a alíquota de contribuição de intervenção no domínio econômico (CIDE) relacionada à atividade de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível, bem como as alíquotas do ICMS sobre combustíveis e lubrificantes poderão ser definidas, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, conforme dispõe o artigo 155, § 4º da CF.

¹² Sobre a matéria em exame, faz-se oportuno colacionar o ensinamento de Eduardo Domingos Botallo (Eduardo Domingos Botallo, Limitações do Poder de Tributar, in RDT 48/51-52.):

“O processo de instituição de tributos consiste na descrição legislativa de seus aspectos essenciais e indissociáveis: (o aspecto material, que corresponde à própria descrição dos fatos que servem de suporte à hipótese de incidência, inclusive aqueles atinentes à determinação da base impositiva e alíquotas. Nenhum deles pode ficar à margem da lei, sob pena de não ter-se tributo constitucionalmente criado. Por consequência, encontra aqui confortável campo de aplicação a regra segundo a qual, no Direito Brasileiro, os atos administrativos (decretos, instruções normativas, portarias, etc) nenhuma inovação podem introduzir na conformação da obrigação tributária. Tais atos agem em um plano estritamente infralegal, sem qualquer vocação originária na ordem jurídica; jamais penetram no campo dos elementos essenciais do tributo”.

¹³ Paulsen, Leandro. Direito tributário : Constituição e Código Tributário à Luz da doutrina e da jurisprudência / Leandro Paulsen. 17. ed. - Porto Alegre : Livraria do Advogado; 2015, p. 158.

PIS/PASEP e da COFINS através de ato do Poder Executivo (regime jurídico menos gravoso), conforme autorizado pelo próprio artigo 23 da Lei nº 10.865/04. Entretanto, uma vez estabelecida a redução por prazo indeterminando, sua revogação (majoração de tributo) somente pode ocorrer através do veículo normativo adequado: lei.

Em casos análogos aos dos autos, o Supremo Tribunal Federal se manifestou no Recurso Extraordinário (RE) 632.245, para declarar a inconstitucionalidade dos Decretos nº 31.632/2002 e 35.219/2004, ambos do Estado do Rio de Janeiro, contemplando a tese de que somente lei em sentido formal poderia instituir o regime de recolhimento do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços - ICMS - por estimativa:

TRIBUTO – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. A EXIGIBILIDADE DE TRIBUTO PRESSUPÕE LEI QUE O ESTABELEÇA – ARTIGO 150 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ICMS – REGIME DE APURAÇÃO – ESTIMATIVA – DECRETO – IMPROPRIEDADE.

A criação de nova maneira de recolhimento do tributo, partindo-se de estimativa considerado o mês anterior, deve ocorrer mediante lei no sentido formal e material, descabendo, para tal fim, a edição de decreto, a revelar o extravasamento do poder regulamentador do Executivo.

(RE 632.265, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Julgado em 18/06/15, PLENÁRIO, DJE de 05/10/15, com repercussão geral.)

Por todo o arrazoadado, não resta dúvida de que a grotesca e malfadada edição do Decreto nº 9.101/2017 viola cabalmente o princípio constitucional da legalidade, sendo manifestamente inadequada a via legislativa eleita para a majoração das alíquotas do PIS/PASEP e da COFINS, devendo ser restabelecida a legislação anteriormente vigente.

DA LIMINAR/TUTELA ANTECIPADA

Pelo princípio da fungibilidade, requer de Vossa Excelência, a concessão da suspensão liminar do ato lesivo impugnado, conforme §4º do artigo 5º da Lei nº 4.717/65, ou de tutela provisória antecipada, a teor do art. 294, parágrafo único da Lei nº 13.105/15 (CPC).

Conforme redação do *caput* e do §2º do art. 300 do Código de Processo Civil, a tutela de urgência antecipada poderá ser concedida quando houver elementos que evidenciem a **probabilidade do direito** e o **perigo de dano**.

A probabilidade do direito resta evidenciada em razão de toda a fundamentação da presente Ação Popular. Contudo, importante ressaltar que se trata no presente caso de um Decreto da União, que, ao aumentar tributo, violou

frontalmente garantias e direitos fundamentais dos cidadãos, prescritos expressamente pela Carta Constitucional, notadamente aos princípios da legalidade e da anterioridade nonagesimal.

O perigo de dano se perfaz na medida em que os efeitos do Decreto inválido atingem milhões de cidadãos e consumidores, cristalizam efeitos em toda a economia e agravam as dificuldades por que passa a população.

Destarte, uma vez presente os requisitos legais, faz *jus* à concessão da medida liminar ou de tutela de provisória de urgência.

DOS PEDIDOS

Ante o exposto, requer a Vossa Excelência:

a) O deferimento da LIMINAR/TUTELA DE URGÊNCIA para suspender os efeitos do Decreto nº 9.101, de 20 de julho de 2017, ante a sua flagrante inconstitucionalidade e violação ao princípio da legalidade (CF art. 150, I e 195, §6º);

b) Não atendido o pedido anterior, de maneira sucessiva e alternativa, o deferimento da LIMINAR/TUTELA DE URGÊNCIA para suspender os efeitos do Decreto nº 9.101, de 20 de julho de 2017, nos moldes do pedido anterior, até completado o prazo de noventa dias contados da data da sua publicação, em atenção ao art. 150, III, c, da Constituição Federal;

c) Em sendo deferido quaisquer dos pedidos anteriores, oficiar a Agência Nacional do Petróleo (ANP) para que ela notifique os produtores, importadores e distribuidores para que os mesmos deixem de exigir o PIS/PASEP e COFINS na forma do Decreto nº 9.101/17;

d) a citação da ré, para apresentar resposta no prazo legal;

f) a isenção das custas processuais e ônus processuais, nos termos do que prescreve o artigo 5º, inciso LXXII, da Constituição Federal;

g) no mérito, que seja confirmada a tutela de urgência, tornando-a definitiva mediante a total procedência dos pedidos da presente ação.

VALOR DA CAUSA: Atribui à presente causa o valor de R\$ 1.000,00.

Nestes termos,

Pede deferimento.

Porto Alegre, 18 de agosto de 2017.

Rafael Pandolfo
OAB/RS 39.171