



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
13ª Vara Federal de Porto Alegre

Rua Otávio Francisco Caruso da Rocha, 600, 7º andar - Ala Leste - Bairro: Praia de Belas - CEP: 90010-395 - Fone: (51)3214-9476

AÇÃO POPULAR Nº 5043195-45.2017.4.04.7100/RS

AUTOR: RICARDO FERREIRA BREIER

RÉU: UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO

RÉU: PRESIDENTE DA REPÚBLICA - UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO - BRASÍLIA

DESPACHO/DECISÃO

Trata-se de Ação Popular em que **RICARDO FERREIRA BREIER** postula, em sede liminar, a suspensão dos efeitos do Decreto nº 9.101/2017, ante a sua flagrante inconstitucionalidade face a violação de garantias e princípios constitucionais da legalidade e da anterioridade nonagesimal. Não atendido este pedido, requer, sucessivamente, ainda em sede liminar, a suspensão dos efeitos do Decreto nº 9.101/2017 até completado o prazo de noventa dias contados da data de sua publicação, em atenção ao art. 150, III, 'c', da Constituição Federal. Em sendo deferido quaisquer desses pedidos, requer seja oficiada 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 a COFINS na forma do Decreto nº 9.101/17.

Alega o autor que o aumento das alíquotas das contribuições do PIS/PASEP e da COFINS promovido pelo Decreto nº 9.101/17 ocorreu ao arrepio de garantias e princípios constitucionais, notadamente os princípios da legalidade e da anterioridade nonagesimal, previstos nos artigos 150, incisos I e III, alínea 'c', e 195, §6º, da Constituição Federal. Aduz que essa prática configurou ato lesivo à própria moralidade administrativa, em detrimento a todos os cidadãos, pois a majoração da carga tributária foi repassada imediatamente ao preço dos combustíveis.

No mérito, requer a confirmação da tutela de urgência, tornando-a definitiva mediante o reconhecimento da total procedência da presente ação.

Vieram os autos conclusos. Decido.

A suspensão liminar do ato impugnado através de ação popular é possível, nos termos do § 4º do art. 5º da Lei nº 4.717/65. Todavia, para tanto, é necessária a verificação dos requisitos previstos para a concessão da tutela provisória de urgência, prevista no art. 300 e seguintes do CPC.

O novo Código Processual, de forma análoga ao CPC de 1973, informa que a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 300), de forma liminar ou após justificação prévia. (§2º). Poderá, ainda, se revestir de natureza cautelar ou antecipada, bem como ser requerida em caráter preparatório ou incidentalmente.

No caso dos autos, entendo que há elementos suficientes à concessão do pedido antecipatório.

Com efeito, é nítida a lesividade do ato noticiado pelo autor, uma vez que o **Estado não pode legislar abusivamente, ainda mais em afronta a direitos fundamentais do cidadão, como os direitos limitadores do poder de tributar do Estado.** De fato, ainda que relevante o aspecto econômico e político da medida adotada pelo governo ao editar o referido Decreto, **a atividade arrecadatória do Estado não pode representar subtração de direito fundamental, sob pena de violação ao próprio Estado de Direito.** Desse modo, a presente decisão cinge-se aos aspectos jurídicos da indigitada majoração de tributos. Tal registro é de alta importância para evitar a adoção de necessidades econômicas em detrimento do âmbito jurídico e mais precisamente das GARANTIAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS estatuídos na Constituição Federal.

De fato, o artigo 150 da Constituição Federal, que trata das limitações do poder de tributar, prevê, em seu inciso I, que é **vedado à União e aos outros entes exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.** Já no inciso II, alínea “c”, **há a vedação a cobrança de tributos antes do decurso de noventa dias da data da publicação da lei que os instituiu ou aumentou.**

No que se refere ao princípio da legalidade tributária, a própria Constituição Federal, como não poderia deixar de ser, estabelece algumas exceções. A primeira delas está prevista no art. 153, §1º, e se refere aos chamados impostos extrafiscais, quais sejam, o Imposto de Importação, o Imposto de Exportação, o Imposto sobre Produtos Industrializados e o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguros, que poderão ter suas alíquotas majoradas (ou reduzidas) por ato do Poder Executivo.

Ainda há a exceção prevista no art. 177, §4º, I, ‘b’, da Constituição Federal, que se refere a CIDE-combustível, cuja alíquota poderá ser reduzida e estabelecida por ato do Poder Executivo; bem como aquela referente ao ICMS monofásico incidente sobre combustíveis, prevista no art. 155, §4º, IV, da Constituição Federal. É possível também a edição de Medida Provisória para instituição ou majoração de tributos, em casos de relevância e urgência, na forma do art. 62, §2º, da CF.

Essas exceções devem ser interpretadas restritivamente, ou seja, não podem ser aplicados por analogia, já que restringem garantia fundamental relativa às limitações do poder de tributar do Estado. Conclui-se, assim, que o Texto Constitucional não faz nenhuma ressalva no que se refere às contribuições devidas ao PIS e à COFINS, nem a possibilidade de restabelecimento de suas alíquotas por ato do Poder Executivo.

Desse modo, a inconstitucionalidade se verificaria primeiro no art. 5º, §8º, da Lei nº 9.718/1998, bem como no art. 23, caput e §5º da Lei nº 10.865/2004, que transbordaram os limites constitucionais do poder de tributar ao autorizar o Poder Executivo a majorar esses tributos e, por, reflexo, no Decreto nº 9.101/2017.

O Supremo Tribunal Federal reiteradamente tem afirmado o dever de observância ao princípio da legalidade em caso de instituição ou majoração de tributos:

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.)

Assim, o Decreto nº 9.101/2017, ainda que editado com base em autorizativos legais, quais sejam, o art. 23, caput e §5º da Lei nº 10.865/2004, e o art. 5º, §8º, da Lei nº 9.718/1998, **está eivado de inconstitucionalidade,** pois desrespeitou o princípio da legalidade tributária. **Com efeito, ao restabelecer os coeficientes de redução das alíquotas do PIS/PASEP e da COFINS, teve o efeito, ainda que indireto, de majorar esses tributos, o que não é permitido ao Decreto presidencial, que não é lei em sentido estrito.**

De outro lado, ao determinar a sua vigência imediata, o Decreto claramente suprime a garantia individual do contribuinte relativa à anterioridade nonagesimal, ou seja, a garantia de quem um tributo instituído ou majorado somente possa ser cobrado depois de decorridos noventa dias da data de publicação da lei que os instituiu ou aumentou. Por oportuno, importa ressaltar a importância de tal princípio, corolário do princípio da não surpresa, que confere segurança jurídicas às relações jurídico-tributárias entre cidadão contribuinte e Estado.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal, em caso semelhante, no qual se discutia o dever de observância pelos Decretos estaduais nº 39.596/99 e nº 39.697/99 ao princípio da anterioridade tributária, assim decidiu:

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(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 02/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-226 DIVULG 17-11-2014 PUBLIC 18-11-2014)

Com efeito, a Suprema Corte firmou entendimento que, mesmo no caso de aumento indireto de tributo, por meio de revogação de benefício fiscal, deve ser observado o princípio da anterioridade nonagesimal.

Consigno, outrossim, que o STF reconheceu a repercussão geral da matéria no Recurso Extraordinário nº 986.296/PR, de relatoria do Ministro Dias Toffoli. Assim se manifestou o Ministro sobre a existência de repercussão geral da questão constitucional:

É de se fixar orientação sobre a possibilidade de o artigo 27, § 2º, da Lei 10.865/2004 transferir a regulamentação — portanto, a ato infralegal — a competência para reduzir e restabelecer as alíquotas da contribuição ao PIS e da Cofins. A matéria é similar à discutida na ADI 5.277/DF, de minha relatoria, de modo que entendo estarem presentes a densidade constitucional e a repercussão geral.

A propósito, na ADI nº 5.277/DF, ainda não julgada, a Procuradoria-Geral da República já emitiu parecer, cujo excerto a seguir transcrevo e adoto como complementação da fundamentação acima:

[...]

As limitações constitucionais ao poder de tributar, que integram o denominado estatuto do contribuinte, são garantias fundamentais do sujeito passivo contra ação fiscal do poder público. Qualificam-se como interdições ao poder impositivo do Estado na atuação tributária, para proteção do cidadão-contribuinte e das empresas.

Segundo HUMBERTO ÁVILA: A expressão “Estatuto do Contribuinte” denota um conjunto de normas que regula a relação entre o contribuinte e o ente tributante. Sua utilização possui conotação tanto de garantia dos direitos dos contribuintes quanto limitativa do poder de tributar.

Consubstancia limite formal ao poder de tributar o princípio da legalidade tributária, inscrito no art. 150, I, da Constituição da República, pelo qual se veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir ou aumentar tributos, senão por lei em sentido estrito. O art. 150, § 6º, da CR, é consectário do princípio da reserva legal em matéria tributária, porquanto o exercício do poder de exonerar nesse campo pressupõe competência impositiva do ente para instituir ou majorar exação e, da mesma, forma, depende de lei em sentido formal.

O princípio da legalidade tributária, por constituir direito fundamental do cidadão-contribuinte, somente pode ser restringido ou mitigado pela própria Constituição, ou por lei (com ou sem reservas), quando expressamente autorizada pelo texto constitucional.

O art. 153, § 1º, da CR autoriza o Executivo, por ato próprio (infralegal), a alterar as alíquotas do imposto de importação (II), do imposto de exportação (IE), do imposto sobre produtos industrializados (IPI) e do imposto sobre operações financeiras (IOF). A autorização não é irrestrita e deve observar o elemento quantitativo da hipótese de incidência tributária estabelecido em lei. Embora possam ser alteradas as alíquotas dos impostos descritos no art. 153, § 1º, da CR por ato infralegal do Executivo, cabe à lei descrever as alíquotas mínima e máxima desses tributos.

Há duas outras exceções ao princípio da legalidade tributária, introduzidas pela Emenda Constitucional 33, de 11 de dezembro de 2001: (i) redução ou restabelecimento, por ato infralegal, das alíquotas da CIDE-combustível⁵ fixadas em lei (CR, art. 177, § 4º, I, b) e (ii) definição, redução e restabelecimento de alíquotas do ICMS⁶ incidente em etapa única (monofásica) sobre combustíveis e lubrificantes definidos em lei complementar, mediante convênio interestadual (CR, art. 155, § 2º, XII, h, e § 4º, IV, c).

[...]

São taxativas as hipóteses constitucionais que excepcionam do princípio da legalidade estrita a alteração das alíquotas definidas em lei, não justificando inobservância delas nem mesmo a extrafiscalidade de certos tributos. Observa, corretamente, LUIZ EDUARDO SCHOUERI que “não há mitigação tácita ao princípio da legalidade em matéria tributária. Quando o constituinte assim desejou, ele expressamente previu a possibilidade de o Executivo, nos limites da lei, alterar as alíquotas”. Fora as exceções constitucionais ao princípio, não cabe ao Executivo, ainda que por delegação legislativa e nos limites definidos em lei, alterar, para mais ou para menos, alíquotas de tributos.

[...]

A prerrogativa de o Executivo reduzir e restabelecer alíquotas de tributos – até determinado limite estabelecido em lei – é admitida somente nos casos expressamente previstos na Constituição da República. A legalidade tributária tem como um de seus elementos a segurança jurídica. A definição do valor devido, portanto, deve decorrer diretamente da lei, de modo que o contribuinte tenha certeza quanto à dimensão do aspecto quantitativo da sua obrigação tributária.

A discricionariedade delegada ao Executivo para, nos parâmetros contidos em lei, alterar a alíquota de tributo (a maior ou a menor) ofende a tipicidade fechada do Direito Tributário, ao retirar da lei em sentido estrito a função de definir os elementos essenciais da regramatrix de incidência. Daí as exceções ao princípio da legalidade tributária serem apenas as previstas na própria Constituição.

[...]

Portanto, resta evidente a probabilidade do direito.

Quanto ao perigo de dano, resta consubstanciado na própria lesividade do ato impugnado, com imediata repercussão no aumento de preços dos combustíveis.

Destarte, tenho que devam ser suspensos os efeitos do Decreto nº 9.101, de 20 de julho de 2017, até ulterior decisão. Consequentemente, deverão ser restabelecidas as alíquotas de PIS/PASEP e COFINS incidentes sobre a importação e a comercialização de combustíveis anteriores à edição do referido decreto.

Quanto aos efeitos da presente decisão, devem ser limitados ao âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, considerando a possibilidade de conflito com decisões proferidas por juízos de outras Seções Judiciárias.

Ante o exposto, **DEFIRO o pedido de tutela de urgência** para suspender imediatamente os efeitos do Decreto nº 9.101, de 20 de julho de 2017.

Requisite-se ao Diretor da Agência Nacional do Petróleo – ANP o imediato cumprimento, no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, da presente decisão com notificação para ciência da presente decisão.

Cite-se e intime-se a União, na forma do artigo 7º, IV da Lei nº 4.717/65.

Intime-se o Ministério Público Federal (art. 7º, I, 'a' da Lei nº 4.717/65).

Intime-se a parte autora.

Apresentada a contestação, à réplica.

Oportunamente, à conclusão.

Documento eletrônico assinado por **RICARDO NÜSKE, Juiz Federal**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **710004743798v9** e do código CRC **cd52aed9**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): RICARDO NÜSKE

Data e Hora: 24/08/2017 11:52:14

5043195-45.2017.4.04.7100

710004743798 .V9 TDL© RNU