



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA PRESIDENTE DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, representado pelo Advogado-Geral da União (artigo 22 da Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995, com a redação dada pela MP nº 2.216-37, de 31 de agosto de 2001), com fundamento no artigo 103, I, da Constituição, bem como na Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, vem, perante essa Suprema Corte, ajuizar

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

com pedido de medida cautelar, em favor da legitimidade e da eficácia imediata das normas do **Decreto nº 11.374, de 1º de janeiro de 2023**, o que faz pelos fatos e fundamentos a seguir expostos.

I – DO OBJETO DA AÇÃO

A presente ação pretende obter dessa Corte Suprema a declaração da constitucionalidade do art. 1º, inc. II; do art. 3º, inc. I; e do artigo 4º do Decreto nº 11.374, de 1º de janeiro de 2023. Eis o teor do referido ato normativo:

Art. 1º Ficam revogados:

- I - o Decreto nº 11.321, de 30 de dezembro de 2022;
- II - o Decreto nº 11.322, de 30 de dezembro de 2022;** e
- III - o Decreto nº 11.323, de 30 de dezembro de 2022.

Art. 2º Ficam revigorados os seguintes dispositivos do Decreto nº 10.615, de 29 de janeiro de 2021:

- I - o § 1º do art. 5º; e
- II - o § 2º do art. 12.

Art. 3º Ficam ripristinadas as redações:

- I - do Decreto nº 8.426, de 1º de abril de 2015, anteriormente à alteração promovida pelo Decreto nº 11.322, de 2022;** e
- II - do Decreto nº 10.615, de 29 de janeiro de 2021, anteriormente às alterações promovidas pelo Decreto nº 11.323, de 2022.

Art. 4º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação (Grifouse).

Antes de adentrar na análise da constitucionalidade do objeto da demanda propriamente dito, cumpre situá-lo à luz do inédito contexto fático e legislativo em que ele se insere. Isso porque, como será adiante demonstrado, a discussão ora travada é completamente atípica e não pode ser confundida com casos corriqueiros de revogação de benefícios fiscais. Não há nenhuma hipótese fática ou jurídica anterior que se assemelhe à discussão contida nestes autos, o que demanda uma total particularidade para a compreensão da questão e sua consequente resposta por parte desse Supremo Tribunal Federal.

No apagar das luzes de 2022, mais precisamente no dia **30 de dezembro de 2022**, sem que houvesse participação do governo de transição, foi editado pelo

então Vice-Presidente da República, no exercício do cargo de Presidente, o **Decreto nº 11.322/2022**, que reduziu à metade as alíquotas de PIS/PASEP e COFINS sobre receitas financeiras auferidas por pessoas jurídicas sujeitas ao regime de apuração não-cumulativa de tais contribuições. Veja-se:

Art. 1º O Decreto nº 8.426, de 1º de abril de 2015, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1º Ficam estabelecidas em 0,33% (trinta e três centésimos por cento) e 2% (dois por cento), respectivamente, as alíquotas da Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS incidentes sobre receitas financeiras, inclusive decorrentes de operações realizadas para fins de **hedge**, auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de apuração não-cumulativa das referidas contribuições.

.....” (NR)

Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação e produz efeitos a partir de 1º de janeiro de 2023.

No momento da edição desse decreto, as alíquotas vigentes eram de 0,65% (sessenta e cinco centésimos por cento) e 4% (quatro por cento), nos termos do artigo 1º do Decreto nº 8.426, de 1º de abril de 2015¹.

Ou seja, o Decreto nº 11.322/2022 determinou uma redução da ordem de 50% (cinquenta por cento) nas referidas alíquotas, gerando uma vultosa renúncia de receita – com impacto orçamentário-financeiro negativo estimado pela Receita-

¹ “Art. 1º Ficam restabelecidas para 0,65% (sessenta e cinco centésimos por cento) e 4% (quatro por cento), respectivamente, as alíquotas da Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS incidentes sobre receitas financeiras, inclusive decorrentes de operações realizadas para fins de **hedge**, auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de apuração não-cumulativa das referidas contribuições.”

Federal² em **R\$ 5.823.200.000,00 (cinco bilhões, oitocentos e vinte e três milhões e duzentos mil reais) apenas para o ano de 2023.**

Deve-se atentar ainda, para uma particularidade: não obstante o decreto tenha sido editado no dia 30 de dezembro (sexta-feira), havia previsão expressa, no seu artigo 2º, de que a produção de efeitos se daria a partir de 1º de janeiro de 2023 (domingo e feriado nacional).

No dia 1º de janeiro de 2023, sobreveio o **Decreto nº 11.374/2023**, objeto da presente ação declaratória, que entrou em vigor na mesma data (artigo 4º) e revogou imediatamente as disposições do diploma anterior, ripristinando, por conseguinte, as alíquotas de PIS/COFINS sobre as receitas financeiras constantes do Decreto nº 8.426/2015.

O cenário, em síntese, é o seguinte: o Decreto nº 11.322/2022 entrou em vigor no dia 30/12/2022 com previsão expressa de produção de efeitos somente a partir de 1º/1/2023, mas foi revogado pelo Decreto nº 11.374/2023, justamente nesta mesma data, com a manutenção do percentual das alíquotas anteriormente vigentes desde 2015.

Não é difícil perceber que a redução de alíquota implementada pelo Decreto nº 11.322/2022 jamais chegou a se aplicar, porquanto revogada no mesmo dia em que se iniciaria a sua eficácia. Trata-se de uma disposição natimorta, que não veio a produzir efeitos na esfera jurídica dos contribuintes.

Ocorre que alguns desses contribuintes já começaram a impetrar mandados de segurança com a finalidade de garantir o recolhimento da contribuição do PIS/PASEP e da COFINS pelas alíquotas de 0,33% e 2%, nos moldes do Decreto

² Nota Cetad/Coest nº 181/2022.

nº 11.322/2022, ao argumento da necessidade de respeito ao princípio da anterioridade nonagesimal, entendendo tratar-se de majoração de tributos.

Dados obtidos através do monitoramento realizado pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional permitem constatar que, entre a data do primeiro mandado de segurança impetrado que se tem notícia nos sistemas da PGFN (9/1/2023) até o dia 19 de janeiro, foram impetrados 54 (cinquenta e quatro) mandados de segurança, situação que evidencia o enorme potencial multiplicativo da discussão jurídica. Apenas do dia 18/1/2023 ao dia 19/01/2023 foram distribuídos 20 (vinte) novos processos.

Como adiante se verá em mais detalhes, já foram proferidas decisões contrárias à União – reconhecendo a incidência do princípio da anterioridade nonagesimal na espécie – bem como decisões favoráveis à União, as quais percebem que o Decreto nº 11.374/2023 não impôs aumento de tributo, pois manteve as alíquotas vigentes desde 2015, as quais sequer foram reduzidas, porque a norma que assim determinava não chegou a produzir efeitos.

Os precedentes que entendem, equivocadamente, pela aplicação da anterioridade nonagesimal entram em rota de colisão com o disposto nos artigos 150, inciso III, alínea “c”; e 195, § 6º da Constituição Federal.

Nessa linha, a prática de negar-se aplicação ao Decreto nº 11.374/2023 – que excluiu do mundo jurídico o natimorto Decreto nº 11.322/2022 – implica afronta direta à Constituição da República e tem gerado quadro de incerteza e insegurança jurídica, além de comprometer severamente o equilíbrio das contas públicas, em razão da desarrazoada renúncia de receita.

Nesse contexto, o ajuizamento da presente ação declaratória de

constitucionalidade tem por objetivo solucionar a controvérsia judicial existente acerca da aplicação das normas legais mencionadas, de modo que essa Suprema Corte firme posição a respeito da incidência das alíquotas de PIS/PASEP e COFINS sobre receitas financeiras auferidas por pessoas jurídicas sujeitas ao regime de apuração não-cumulativa, nos exatos moldes determinados pelo Decreto nº 11.374, de 1º de janeiro de 2023, cuja presunção absoluta de constitucionalidade se pretende ver afirmada.

II – DO CABIMENTO

II.1. Da existência de controvérsia judicial relevante

A fim de atender ao disposto no artigo 14, inciso III, da Lei nº 9.868/1999³, passa-se a demonstrar a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação das disposições que compõem o objeto da presente ação declaratória.

A jurisprudência dessa Suprema Corte reconhece a existência de controvérsia judicial também quando um dispositivo de lei é afastado no todo ou em parte, ainda que não haja declaração expressa de sua inconstitucionalidade.

Esse foi o entendimento adotado pela Suprema Corte no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16. Naquela ocasião, o Tribunal reconheceu a presença da controvérsia judicial, muito embora o Tribunal Superior do Trabalho, por meio de verbete sumular, viesse negando vigência ao objeto daquela demanda, qual seja, o artigo 71, § 1º da Lei nº 8.666/1993, sem declarar

³ “Art. 14. A petição inicial indicará:

I - o dispositivo da lei ou do ato normativo questionado e os fundamentos jurídicos do pedido;

II - o pedido, com suas especificações;

III - a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória.”

expressamente a sua inconstitucionalidade. Confira-se, a propósito, excerto do voto do Ministro MARCO AURÉLIO, que sustenta a dispensabilidade de pronunciamento judicial de constitucionalidade da norma:

[...] gostaria de ressaltar certos aspectos que talvez possam levar a Corte a abrir esse embrulho.

O primeiro, a declaratória de constitucionalidade é irmã gêmea da ação direta de inconstitucionalidade. Devemos encarar o que se contém na legislação ordinária de forma relativa, no que exige a demonstração inequívoca de controvérsia judiciária.

O segundo aspecto está ligado à multiplicação de conflitos de interesse envolvendo a matéria. E conflitos de interesses em que, levando em conta a interpretação da Consolidação das Leis do Trabalho, na maioria das vezes [...], os processos, com ele, não chegam ao Supremo.

Em terceiro lugar, **o que ocorreu na espécie? Uma declaração branca de inconstitucionalidade da Lei de Licitações.** E já glosamos essa espécie de assentamento de conflito de certa norma com a Carta Federal sem chegar-se ao incidente de inconstitucionalidade. Temos inclusive um verbete vinculante.

O [...] Tribunal Superior do Trabalho editou verbete que passou a ser observado pelas demais instâncias trabalhistas, isso no âmbito de uma disciplina judiciária, recomendável até certo ponto. Evidentemente, se formos esperar a demonstração inequívoca, inclusive com contagem de pronunciamento num sentido e noutro, jamais enfrentaríamos esse tema.

(ADC nº 16, Relator: Cezar Peluso, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 06/12/2010, Publicação em 09/09/2011; grifou-se).

Na espécie, a controvérsia jurisprudencial instaurada caracteriza-se pela existência de decisões judiciais proferidas pela Justiça Federal que, aplicando incorretamente o disposto nos artigos 150, inciso III, alínea “c” ou 195, § 6º, da Carta da República, afastam a aplicação do Decreto nº 11.374/2023, possibilitando o recolhimento da contribuição ao PIS/COFINS pelas alíquotas de 0,33% e 2%, respectivamente, nos moldes pretendidos pelo revogado Decreto nº 11.322/2022.

O Sistema de Acompanhamento Judicial da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional registra que, somente no período de 1º de janeiro a 2 de fevereiro de 2023 (documento anexo), foram protocoladas 279 ações cíveis nas quais se

questiona a aplicabilidade do Decreto nº 11.374/2023. Conforme o “*Relatório de Matérias do Processo – Quantitativo por Matéria*”, extraído daquele sistema informatizado, foram proferidas decisões tanto de deferimento como de indeferimento de medida liminar.

O quadro a seguir ilustra a controvérsia que, em apenas um mês, viu-se instalada na Justiça Federal acerca do tema. Nele se contêm, a título exemplificativo, o panorama processual de doze mandados de segurança, um deles, inclusive, de tutela coletiva:

Mandado de segurança	Impetrante	Juízo Federal	decisão liminar
10001647620234063802	ZEMA CREDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S/A	4ª Vara Federal – Uberaba/MG	Deferimento
10002106220234063803	ALGAR MULTIMIDIA S/A	2ª Vara Federal - Uberlândia/MG	Indeferimento
10040974020234013400	ESTOK COMERCIO E REPRESENTACOES S.A.	4ª Vara Federal – Brasília/DF	Deferimento
10026033420234013500	FRETEBRAS INTERNET E SERVICOS LTDA	1ª Vara Federal – Goiânia/GO	Indeferimento
50004227220234047100	REXAM BEVERAGE CAN	13ª Vara Federal -	Deferimento

	SOUTH AMERICA S/A	Porto Alegre/RS	
10029093520234063800	SYMPLA INTERNET SOLUCOES S/A	6ª Vara Federal – Belo Horizonte/MG	Indeferimento
50005639120234047100	AGROFEL AGRO COMERCIAL S.A.	13ª Vara Federal - Porto Alegre/RS	Deferimento
10066453820234013400	NORTE ENERGIA S/A	17ª Vara Federal – Brasília/DF	Indeferimento
50008342320234036100 (Mandado de Segurança Coletivo)	CENTRO DAS INDUSTRIAS DO ESTADO DE SAO PAULO	11ª Vara Federal –São Paulo/SP	Deferimento
50004047120234036100	KIMBERLY - CLARK BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE PRODUTOS	24ª Vara - São Paulo/SP	Indeferimento
50052488120234025101	PETROLEO BRASILEIRO S A PETROBRAS	12ª Vara - Rio de Janeiro/RJ	Deferimento
50007166420234025101	REXAM DO BRASIL LTDA	2ª Vara Federal - Rio de Janeiro/RJ	Indeferimento

Confira-se trecho da decisão proferida pelo Juízo da 11ª Vara Cível Federal de São Paulo/SP que, em 16/1/2023, deferiu a liminar no Mandado de Segurança Coletivo nº 5000834-23.2023.4.03, impetrado por Centro das Indústrias do Estado de São Paulo:

O Decreto n. 11.322 de 2022, que reduziu as alíquotas do PIS e da COFINS incidentes sobre receitas financeiras foi publicado em 30 de dezembro de 2022, com efeitos a partir de 1º de janeiro de 2023. Somente em 2 de janeiro de 2023, e após a entrada em vigor e plena eficácia da norma que procedeu à redução das alíquotas, foi publicado o Decreto n. 11.374 de 2023.

Há de se reconhecer, portanto, a incidência do princípio da anterioridade nonagesimal ao caso, tal como insculpido no artigo 195, § 6º, da Constituição da República, e reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal como verdadeira garantia fundamental ao contribuinte.

Decisão

1. Diante do exposto, defiro o pedido liminar para "[...] o fim de determinar às autoridades coatoras que se abstenham de aplicar aos associados do Impetrante os arts. 1º, II, 3º, I, e 4º, todos do Decreto nº 11.374/23, até 02/04/2023 (inclusive), possibilitando o recolhimento da contribuição ao PIS e da Cofins pelas alíquotas de 0,33% e 2%, respectivamente, nos moldes determinados pelo Decreto nº 11.322/22, até ulterior deliberação deste Juízo.

Ainda a título exemplificativo, no Mandado de Segurança n. 5000563-91.2023.4.04.7100, o Juízo da 13ª Vara Federal de Porto Alegre/RS deferiu a liminar para *“assegurar à impetrante o direito ao recolhimento de PIS e COFINS sobre suas receitas financeiras nas alíquotas de 0,33% e 2%, respectivamente, previstas no Decreto nº 11.322/2022, durante o período de 90 dias a contar da data da publicação do Decreto nº 11,374/2023, diante da necessidade de observância da anterioridade nonagesimal, suspendendo a exigibilidade de eventuais créditos constituídos com base em entendimento em sentido contrário do fisco, em desfavor da impetrante”* (documento em anexo - grifos no original).

Por seu turno, algumas decisões judiciais reconhecem a

inaplicabilidade, na espécie, do princípio da anterioridade nonagesimal, haja vista a inexistência de majoração de tributos. De se observar, v. g., a fundamentação da decisão do Juízo da 24ª Vara Cível Federal de São Paulo/SP, que indeferiu a liminar postulada no Mandado de Segurança nº 5000404-71.2023.4.03.6100, em 18/1/2023:

O Decreto nº 11.322/22 alterou o art. 1º do Decreto nº 8.426/2015 e reduziu de 0,65% para 0,33% e de 4% para 2%, respectivamente, as alíquotas do PIS e da COFINS incidentes sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas à sistemática não-cumulativa de apuração desses tributos.

Em 02.01.2023, foi publicado o Decreto nº 11.374/2023, com vigência imediata, para revogar o Decreto nº 11.322/22 e ripristinar a redação anterior do Decreto nº 8.426/2015, mantendo as alíquotas de 0,65% e de 4% para o PIS e a COFINS, respectivamente.

Nesse passo, não vislumbro majoração de tributo, mas restabelecimento de alíquota ao patamar estipulado anteriormente, conforme expressa previsão legal.

A revogação de norma que diminui alíquota das contribuições não é considerada, pela jurisprudência do STF, como majoração e, assim, não se submete à anterioridade, uma vez que se trata de tributo já existente.

Ou seja, trata-se de mero restabelecimento, dentro da faixa legal prevista em atenção ao princípio da legalidade.

Ademais, sequer se vislumbra, no caso, frustração de expectativa consolidada do contribuinte que justificasse a aplicação da anterioridade.

Isso porque o Decreto nº 11.322/22 foi editado no último dia útil de 2022, mais precisamente em 30 de dezembro daquele ano. Destaque-se que, apesar de o decreto ter sido editado no dia 30 de dezembro, previu expressamente que sua eficácia ocorreria a partir de 1º de janeiro de 2023 (art. 2º).

Portanto, a redução de alíquota, implementada pelo Decreto 11.322/22, jamais chegou a se aplicar. Trata-se de disposição natimorta, que não produziu efeitos no mundo jurídico, muito menos teve o condão de influir em expectativas dos contribuintes.

Com efeito, a anterioridade tem por objetivo *“implementar o sobreprincípio da segurança jurídica, de modo que o contribuinte não seja surpreendido com exigência tributária inesperada”* (CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 23ª edição. Saraiva, São Paulo, 2011, pp. 209-210).

Assim, a anterioridade nonagesimal deve sua aplicação às situações em que se está na iminência de uma modificação na legislação tributária que promova maior oneração do contribuinte. Seu pressuposto lógico é que haja alteração de uma situação consolidada, gerando mais ônus ao contribuinte.

O brevíssimo intervalo entre os atos normativos, de um fim de semana na virada de ano que coincidiu com a mudança de gestão no governo

federal, afasta qualquer alegação de planejamento tributário ou legítima expectativa da redução, que sequer chegou a vigorar.

Repise-se que o espectro de abrangência do princípio da anterioridade nonagesimal reside justamente na proteção a uma justa expectativa de estabilidade.

O Decreto nº 11.374/23 não representou nenhum aumento de tributo, mas manteve as alíquotas que vigiam desde 2015 e que sequer foram de fato reduzidas, porque a norma que assim determinava não chegou a produzir efeitos.

Assim, o Decreto que manteve as alíquotas não implicou alteração na situação fática até então vivenciada ou ensejou qualquer instabilidade aos direitos e às garantias constitucionais, ou seja, não implicou majoração de tributos porque tais alíquotas não chegaram a ser efetivamente reduzidas, razão pela qual não há que se falar em afronta ao princípio da anterioridade nonagesimal.

Ante o exposto, INDEFIRO A LIMINAR requerida.

Percebe-se, portanto, que, no âmbito da Justiça Federal de primeiro grau, não há uniformidade de entendimento quanto ao tema.

Cumprindo observar que o Decreto nº 11.322/2022 pretendeu reduzir significativamente as alíquotas do PIS/COFINS na véspera da posse de um novo governo, interferindo direta e negativamente na arrecadação da União, de modo que pode vir a comprometer a realização de investimentos estatais e a prestação de serviços públicos essenciais.

Portanto, constata-se, no caso, a existência de um interesse geral na solução imediata da controvérsia em torno da validade constitucional do Decreto nº 11.374/2023, que restabelece as alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS incidentes sobre receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de apuração não-cumulativa.

O instrumento processual ora acionado, portanto, qualifica-se como adequado ao reconhecimento da compatibilidade do ato normativo em questão com o Texto Constitucional, em sede de controle concentrado, evitando-se, assim, a

proliferação de demandas pelo território nacional e obtendo-se um pronunciamento definitivo do Plenário do guardião maior da Constituição Federal, com efeitos *erga omnes*.

Resta patente, assim, a existência de controvérsia judicial relevante, apta a ensejar a admissibilidade da presente ação declaratória.

II.2. Da fungibilidade das ações de controle concentrado de constitucionalidade

Embora os requisitos da hipótese de cabimento da ação declaratória de constitucionalidade estejam plenamente configurados, cumpre requerer, cumulativamente, que essa Suprema Corte também declare a inconstitucionalidade do Decreto nº 11.322/2022.

Não há qualquer empecilho para tanto. Em primeiro lugar porque, conforme já reconhecido em diversos precedentes – tais como, v.g., na ADI nº 875, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 30/04/2010 e na ADPF nº 378, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 08/03/2016 – há “*fungibilidade das ações diretas que se prestam a viabilizar o controle de constitucionalidade abstrato e em tese*” (ADPF nº 378).

Outrossim, também é assente nessa Suprema Corte a possibilidade de impugnação, por meio de arguição de descumprimento de preceito fundamental, de atos normativos já revogados, nas hipóteses de existência de controvérsia relevante quanto aos seus efeitos residuais (ADPF nº 33, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ de 27/10/2006; ADPF nº 324, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 06/09/2019; e ADIs 2.028, 2.036, 2.228, 2.621, Redatora do acórdão Min^a. ROSA WEBER, DJe de 8/5/2017).

Na medida em que o curto período de vigência do Decreto nº 11.322/2022 tem provocado consequências normativas relevantes, postula-se, desde já, que, a presente ação declaratória contemple também a invalidação do ato normativo do governo anterior.

III – DO MÉRITO

III.1. Da constitucionalidade do Decreto nº 11.374/2023 – inaplicabilidade da anterioridade nonagesimal à espécie

Conforme anteriormente ressaltado, o Decreto nº 11.322/2022 entraria em vigor no dia 30/12/2022 com previsão expressa de produção de efeitos a partir do dia 1º de janeiro de 2023, mas foi revogado pelo Decreto nº 11.374, de 1º de janeiro de 2023, mantendo-se os percentuais das alíquotas vigentes desde 2015.

Não houve, portanto, redução e posterior majoração do tributo, visto que a redução de alíquota pretendida pelo Decreto nº 11.322/2022 não produziu efeitos no mundo jurídico.

Cumprido, a propósito, destacar uma peculiaridade do caso sob exame. Não obstante o Decreto nº 11.322/2022 tenha fixado o início de sua vigência no dia de sua publicação (30/12/2022), fato é que, por expressa disposição deste mesmo diploma⁴, a eficácia somente se verificaria a partir de 01/01/2023.

Evidentemente, o marco temporal de vigência não tem qualquer serventia se a aptidão para produzir efeitos foi protraída no tempo.

Ocorre que, no dia assinalado para início dos efeitos, feriado nacional,

⁴ “Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação e produz efeitos a partir de 1º de janeiro de 2023.”

sobreveio o Decreto nº 11.374/2023, que entrou em vigor na mesma data (art. 4º), revogando imediatamente as disposições do diploma anterior e mantendo, por conseguinte, as anteriores alíquotas de PIS/COFINS sobre as receitas financeiras – que não chegaram a ser reduzidas ou majoradas de fato, frise-se. Dito de outra forma: não se verificou a eficácia da norma que procedeu à redução das alíquotas.

As decisões judiciais que vêm sendo proferidas desfavoravelmente à União entendem que o Decreto nº 11.322/2022 teria sido eficaz, de modo que o Decreto nº 11.374/2022 (que revogou a redução de alíquotas prevista no Decreto nº 11.322/2022) teria sua eficácia postergada no tempo, em respeito ao princípio constitucional da anterioridade nonagesimal. Entretanto, dada a excepcionalidade do caso tratado nestes autos, o princípio da noventena não incide na espécie.

Estes, os dispositivos constitucionais que tratam da anterioridade nonagesimal:

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 do disposto na alínea b;

Art. 195.

(...)

§ 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".

É intuitivo pensar que, como princípio, a anterioridade nonagesimal conecta-se essencialmente aos postulados da segurança jurídica, liberdade, propriedade e proteção da confiança.

A *ratio* subjacente a tal garantia é a previsibilidade, de modo a afastar a ideia de tributação de surpresa, impedindo-se que exigências fiscais novas surjam de um dia para o outro. Pretende-se, em outras palavras, conferir proteção jurídica a situações consolidadas ou, pelo menos, garantir uma transição estável e sem sobressaltos de um determinado estado de coisas para outro.

Dessa forma, se um ato estatal onera de modo mais intenso o cidadão, deve ser-lhe garantido espaço razoável de tempo para antecipar e medir as consequências potencialmente decorrentes da conduta que vai adotar.

Nesse sentido, aplica-se a noventena ante uma modificação na legislação tributária que onere o contribuinte de forma mais intensa. O pressuposto lógico para que se imponha essa limitação ao poder tributante consiste na alteração de uma situação consolidada, gerando mais custos ao contribuinte.

É precisamente aí que reside a exata delimitação do espectro de abrangência do princípio da noventena: **a proteção a uma justa expectativa de estabilidade.**

Voltemos ao caso dos autos: o Decreto nº 11.322/2022, editado no dia 30 de dezembro (sexta-feira), reduziu à metade as alíquotas de PIS/PASEP e COFINS incidentes sobre receitas financeiras, vigentes desde 2015 (Decreto nº 8.426/2015). Esse mesmo decreto previa a produção de efeitos a partir do dia 1º de janeiro de 2023 (feriado). Em 1º de janeiro de 2023, com a troca de comando no Poder Executivo Federal, foi editado o Decreto nº 11.374/2023, revogando as disposições do Decreto nº 11.322/2022 e mantendo as mesmas alíquotas que incidiam desde 2015.

Necessário destacar que, tão logo publicado o Decreto nº 11.322/2022,

o então futuro Ministro da Fazenda anunciou a revogação da norma, concomitantemente à troca de comando do Poder Executivo Federal, conforme amplamente divulgado nos veículos de imprensa no dia 31 de dezembro de 2022 (sábado)⁵.

Reitere-se que o **Decreto revogado nunca chegou a produzir efeitos**, por duas razões: (i) no exíguo prazo em que existiu, não houve sequer um dia útil com expediente bancário ou pregão na Bovespa a possibilitar o auferimento de receita financeira (fato gerador das contribuições); (ii) o decreto foi revogado no dia assinalado para início de sua eficácia (art. 2º).

Nesse contexto, é de se indagar: qual a justa expectativa do contribuinte que o Decreto nº 11.374/2023 vulneraria? Que desestabilização econômica a manutenção das alíquotas aos mesmos percentuais vigentes desde 2015 promoveu? Qual a mudança efetiva da tributação que incidia sobre as receitas financeiras do contribuinte que o Decreto nº 11.374/2023 acarretou?

Dentro desse contexto, não há como vislumbrar violação ao princípio da não-surpresa. Como é sabido, tal princípio tem por objetivo evitar que os contribuintes se vejam sobressaltados com alterações não esperadas do sistema tributário, que resultem na criação ou no aumento de impostos, taxas ou contribuições, o que não se verifica no presente caso.

Por certo, não se desconhece que, no precedente firmado em sede de repercussão geral por esse Supremo Tribunal Federal, no bojo do Recurso

⁵ Cf. VALOR INVESTE. Haddad vai revogar mudança em PIS/COFINS de editada no apagar das luzes do Governo Bolsonaro. Disponível em: <<https://valorinveste.globo.com/mercados/brasil-e-politica/noticia/2022/12/31/haddad-vai-revogar-mudanca-em-pisconfins-de-editada-no-apagar-das-luzes-do-governo-bolsonaro.ghtml>> Acesso em 30.01.2023.

Extraordinário nº 1.043.313/RS (Tema 939)⁶, restou assentada a observância da noventena para as alterações de alíquotas de PIS/COFINS operadas por decreto. No voto do Ministro ALEXANDRE DE MORAES, mencionou-se que o contribuinte possui a possibilidade de se programar, o que se dá pelo princípio da anterioridade nonagesimal.

A particularidade excepcional da hipótese em análise, contudo, afasta a aplicação da noventena, tendo em vista que o decreto que reduziu as alíquotas não vigeu efetivamente, ou seja, não produziu quaisquer consequências fáticas ou jurídicas.

Com efeito, nenhum contribuinte chegou a auferir rendimento financeiro e a recolher PIS/COFINS com a suposta alíquota reduzida no sábado ou no domingo – até porque a norma sequer tinha começado a produzir efeitos.

Ademais, ainda que tivesse havido, na mais remota das hipóteses, alguma percepção de receita financeira, é preciso lembrar que a apuração do PIS/COFINS se dá mensalmente e não diariamente, conforme previsto no art. 1º das Leis nº 10.833/2003 e nº 10.637/2002.

Dessa forma, não houve apuração e sequer pagamento dos tributos em questão no período mencionado, a evidenciar a total **ausência de uma suposta expectativa legítima dos contribuintes** em aplicar as alíquotas reduzidas pelo Decreto nº 11.322/2022.

Exatamente por este motivo, o Decreto que manteve as alíquotas não implicou alteração na situação fática até então vivenciada ou ensejou qualquer

⁶ “É constitucional a flexibilização da legalidade tributária constante do § 22 do art. 27 da Lei nº 10.865/04, no que permitiu ao Poder Executivo, prevendo as condições e fixando os tetos, reduzir e restabelecer as alíquotas da contribuição ao PIS e da COFINS incidentes sobre as receitas financeiras auferidas por pessoas jurídicas sujeitas ao regime não cumulativo, estando presente o desenvolvimento de função extrafiscal”.

instabilidade aos direitos e às garantias constitucionais.

Vale lembrar que essa Suprema Corte já firmou o entendimento de que, se a situação versada não implica majoração de imposto, afasta-se a garantia da anterioridade nonagesimal. Confira-se:

EMENTA. 1. Recurso Extraordinário. 2. Emenda Constitucional nº 42/2003 que prorrogou a CPMF e manteve alíquota de 0,38% para o exercício de 2004. 3. Alegada violação ao art. 195, § 6º, da Constituição Federal. 4. A revogação do artigo que estipulava a diminuição de alíquota da CPMF, mantendo-se o mesmo índice que vinha sendo pago pelo contribuinte, não pode ser equiparada à majoração de tributo. 5. Não incidência do princípio da anterioridade nonagesimal. 6. Vencida a tese de que a revogação do inciso II do §3º do art. 84 do ADCT implicou aumento do tributo para fins do que dispõe o art. 195, §6º da CF. 7. Recurso Provido. (RE nº 566.032, Relator: Ministro GILMAR MENDES, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 25/06/2009, Publicação em 23/10/2009). RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. LEI COMPLEMENTAR 122/2006. POSTERGAÇÃO DO TERMO INICIAL DA APLICABILIDADE DE NOVAS HIPÓTESES DE CREDITAMENTO. SITUAÇÃO QUE NÃO SE EQUIPARA À MAJORAÇÃO DO IMPOSTO. INAPLICABILIDADE DA ANTERIORIDADE NONAGESIMAL PREVISTA NO ART. 150, III, “C”, DA CONSTITUIÇÃO. PRECEDENTES DO STF.

1. A Lei Complementar 122, publicada em 13.12.2006 postergou de 1º.1.2007 para 1º.1.2011 o início do direito do contribuinte do ICMS de se creditar do imposto incidente sobre aquisição de mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento e, de forma mais ampla, energia elétrica e serviços de comunicação.

2. A postergação de hipótese de redução de imposto não se equipara a aumento do tributo, pelo que não atrai a incidência da anterioridade nonagesimal prevista no art. 150, III, “c”, da Carta Política. Precedentes do STF: RE 584.100 Repercussão Geral, Rel. Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 25.11.2009; ADI 2.673, Rel. Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 03.10.2002; AI 783.509 AgR, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 19.10.2010; AI 780.210 AgR, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 14.6.2011, DJe de 29.7.2011.

3. Recurso extraordinário não provido.

(RE nº 603.917, Relatora: Ministra ROSA WEBER, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 25/10/2019, Publicação em 18/11/2019).

EMENTA: TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ICMS. LC 122/06. BENEFÍCIO FISCAL. POLÍTICA TRIBUTÁRIA. DESNECESSIDADE DE OBSERVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE NONAGESIMAL. PRECEDENTE. OPERAÇÕES DE AQUISIÇÃO DE BENS DESTINADOS AO USO E CONSUMO. UTILIZAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS FISCAIS DE ICMS. I – A Corte firmou entendimento segundo o qual a revisão ou extinção de um benefício fiscal, que por se tratar de política econômica que pode ser revista a qualquer momento pelo Estado, não está restrita à observância dos princípios constitucionais da anterioridade e da irretroatividade. Precedente. II - A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que não enseja ofensa ao princípio da não cumulatividade a situação de inexistência de direito a crédito de ICMS pago em razão de operações de consumo de energia elétrica, de utilização de serviços de comunicação ou de aquisição de bens destinados ao ativo fixo e de materiais de uso e consumo. Precedentes. III – Agravo regimental improvido. (AI nº 783.509 AgR, Relator: Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, órgão Julgador: Primeira Turma, julgamento em 19/10/2010, Publicação em 16/11/2010).

Em síntese, o que o Decreto nº 11.374/2023 fez foi manter a situação anterior antes mesmo que a potencial redução das alíquotas efetivamente se aplicasse.

E assim o fez porque o Decreto nº 11.322/2022, editado pela gestão passada, sem participação do governo de transição, implicaria uma renúncia de receita da ordem de **6 bilhões de reais apenas no ano de 2023**, em um quadro em que as contas públicas já estavam severamente debilitadas.

Com a revogação deste ato, portanto, manteve-se *inalterada* a situação tributária do contribuinte.

Por todo o exposto, não há como se defender, na espécie, a aplicação da anterioridade nonagesimal. Como visto, a lógica que orienta a anterioridade é a existência de um período de transição, diante de um aumento ou criação de tributo.

Não foi o que ocorreu na espécie: a redução pretendida pelo Decreto nº 11.322/2022 sequer gerou efeitos na esfera jurídica dos contribuintes, porquanto foi revogado no mesmo dia que iniciaria a sua eficácia.

Por todo o exposto, conclui-se que o Decreto nº 11.374/2023 é compatível com o Texto Constitucional, em especial com o disposto nos artigos 150, inciso III, alínea “c”; e 195, § 6º, da Carta de 1988.

III.2. Da inconstitucionalidade do Decreto nº 11.322/2022

Cumprindo, em outra vertente, salientar alguns aspectos que evidenciam a colisão do Decreto nº 11.322/2022, já revogado, com preceitos fundamentais da Carta Republicana.

A Constituição da República se dedicou extensamente à fixação de regras que promovam o equilíbrio das contas públicas. É o caso, por exemplo, de seu artigo 167, que estabelece uma série de vedações à realização de despesas e ações governamentais fiscalmente irresponsáveis.

O Tribunal de Contas da União (TCU), ao apresentar o Relatório denominado “Lista de Alto Risco da Administração Pública Federal 2022”⁷, em relação à ausência de vantagens oriundas da concessão de benefícios fiscais sem planejamento quanto aos resultados buscados e impactos fiscais decorrentes, destaca:

Os problemas sinalizam que os benefícios são concedidos sem planejamento adequado, não havendo real clareza quanto aos resultados buscados e ao impacto fiscal correspondente. Também não há avaliação prévia, para analisar se a opção pelo benefício tributário seria mais eficiente

⁷ Disponível em:

<https://sites.tcu.gov.br/listadealtorisco/transparencia_e_efetividade_das_renunciais_tributarias.html>. Acesso em 30.01.2023.

que realizar uma despesa orçamentária. Mais grave ainda, uma vez aprovados, os benefícios tributários tendem a se perpetuar, sem que haja comprovação de que o custo associado à redução de receitas tributárias é compensado pelos benefícios gerados.

Isso se deve especialmente a duas razões. Em primeiro lugar, os benefícios tributários são concedidos por meio de leis e outras medidas que não se submetem ao processo de revisão anual pelo qual o orçamento passa. Em segundo lugar, a ausência de monitoramento e avaliação sistemáticos torna ainda mais obscuro o processo de renovação dos benefícios tributários, cujos resultados ficam, geralmente, restritos aos contribuintes beneficiados.

Os problemas colocam em risco a transparência, o controle e a efetividade desses instrumentos para fomentar setores específicos, gerar emprego e renda, aumentar a produtividade e, em última instância, promover o desenvolvimento econômico e social. Para além disso, agravam distorções associadas às renúncias de receitas tributárias, em especial: redução da concorrência e aumento da ineficiência na economia; piora dos desequilíbrios fiscais; aumento da complexidade do sistema tributário; e aprofundamento das desigualdades sociais e econômicas.

É precisamente o que se verifica na espécie. O fato de o Decreto nº 11.322/2022 ter sido editado em **30/12/2022**, com a finalidade de redução da carga tributária – a ser acomodada, evidentemente, pelo novo governo – denota ausência de transparência fiscal e o inequívoco objetivo de ingerência na política fiscal do governo que se iniciou no dia 1/1/2023, agravando o quadro de desequilíbrio das contas públicas.

Nesse contexto, torna-se evidente que o Decreto nº 11.322/2022 se contrapõe ao princípio da proporcionalidade.

Como bem ressaltado pelo Ministro ROBERTO BARROSO, o princípio da proporcionalidade, que para alguns também pode ser denominado de princípio da razoabilidade, desenvolveu-se no Brasil pela congruência de duas conceituações distintas derivadas do sistema jurídico norte-americano e alemão. Desse modo, o conceito brasileiro construiu-se sobre duplo pilar, refletindo tanto a ideia do devido processo substantivo norte-americano como a qualidade alemã de meta-norma

derivada do próprio Estado de Direito⁸.

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da proporcionalidade reflete essa dupla influência se decompondo nos critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, e tem como objetivo primordial a defesa dos direitos fundamentais em face de eventual excesso do poder político. Nesse sentido, interessante a explicação ofertada pelo Ministro ROBERTO BARROSO, *verbis*:

(...) o devido processo legal passou a ter um alcance substantivo (*substantive due process*), por via do qual o Judiciário passou a desempenhar determinados controles de méritos sobre o exercício de discricionariedade pelo legislador, tornando-se importante instrumento de (defesa dos direitos fundamentais - especialmente da liberdade e da propriedade - em face do poder político). O fundamento de tais controles assentava-se na verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como na aferição da legitimidade dos fins. Por intermédio da cláusula do devido processo legal passou-se a proceder ao exame de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*) das leis e dos atos normativos em geral no direito norte-americano. Como visto, a razoabilidade surge, nos Estados Unidos, como um princípio constitucional que servia de parâmetro para o *judicial review* (controle de constitucionalidade). Na Alemanha, ao revés, o princípio da proporcionalidade desenvolveu-se no âmbito do direito administrativo, funcionando como limitação à discricionariedade administrativa.

A razoabilidade é, precisamente, a adequação de sentido que deve haver entre tais elementos. Como foi mencionado, na tentativa de dar mais substância ao princípio, a doutrina alemã o decompôs em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Estes são os elementos da razoabilidade do ato, por vezes referida como razoabilidade interna, que diz respeito à existência de uma relação racional e proporcional entre os motivos, meios e fins a ele subjacentes. Inclui-se aí a razoabilidade técnica da medida.

(...)

Além da adequação entre o meio empregado e o fim perseguido - isto é, a idoneidade da medida para produzir o resultado visado -, a ideia de razoabilidade compõe-se ainda de mais dois elementos. De um lado, a necessidade ou exigibilidade da medida, que impõe verificar a inexistência de meio menos gravoso para a consecução dos fins visados. (...)

Nesse caso, a razoabilidade se expressa através do princípio de vedação do

⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª ed. Ed. Saraiva, 2010. pg. 967-983.

excesso. Por fim, a razoabilidade deve embutir, ainda, a ideia de proporcionalidade em sentido estrito, consistente na ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se a medida é legítima. (...) ⁹

A propósito do assunto, o Ministro GILMAR MENDES asseverou, em obra coletiva¹⁰, que perquirir o excesso de poder legislativo demanda a análise da compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou da observância do princípio da proporcionalidade, isto é, a apreciação da necessidade e adequação da providência legislativa.

Segundo os referidos autores¹¹, “*a doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso (Verhältnismässigkeitsprinzip; Übermassverbot), que se revela mediante contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins*”.

Nesse contexto, essa Suprema Corte já afirmou que o princípio da proporcionalidade não apenas pode ser utilizado como parâmetro de controle abstrato de constitucionalidade, como também visa exatamente a “*neutralizar abusos do Poder Público no exercício de suas funções*”¹².

⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª ed. Ed. Saraiva, 2010. pg. 967-983, grifou-se.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 321.

¹¹ *Op. cit.*, p. 330.

¹² Nesse sentido: “VEDAÇÃO DE COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS APENAS NAS ELEIÇÕES PROPORCIONAIS - PROIBIÇÃO LEGAL QUE NÃO SE REVELA ARBITRÁRIA OU IRRAZOÁVEL - RESPEITO À CLÁUSULA DO SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW. - O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive *due process of law* - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do substantive *due process of law* (CF, art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do

No caso dos autos, a concretização do excesso é manifesta. O ato do Poder Público impugnado reduziu pela metade as referidas alíquotas do PIS/COFINS, gerando renúncia de receita no dia 30 de dezembro de 2022, ou seja, às vésperas da posse de outro governo, o que impactou severamente a expectativa de arrecadação tributária da nova Administração, impedindo-a até mesmo de mapear essa informação durante o período de transição.

Cumprе consignar, a propósito, que a Lei nº 10.609/2022, que prevê o direito à instituição de uma equipe de transição pelo governo eleito, estabelece prerrogativas de informação voltadas justamente a garantir a transparência na alternância entre mandatos. Entre outras garantias institucionais, a Lei nº 10.609/2002 prevê que os membros da equipe de transição “*terão acesso às informações relativas às contas públicas, aos programas e aos projetos do Governo federal*” (artigo 2º, § 1º).

Não obstante esse arcabouço normativo, o Decreto nº 11.322/2022 foi editado à revelia das preocupações do novo governo. Trata-se de uma hipótese de claro abuso do poder de desoneração tributária, vez que exercido sem transparência, sem justificacão adequada e de modo afrontoso aos deveres de cooperação que devem reger as relações institucionais de transição em um Estado Democrático de Direito.

Ademais, a edição de ato, no último dia de governo, para gerar renúncia de receita que viria a ser suportada pelo novo governo, também atenta a não mais poder contra os princípios republicano, da impessoalidade e da moralidade administrativas (artigos 1º e 37 da Constituição Federal), que coíbem o uso da

abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador” (ADI nº 1407 MC, Relator: Ministro Celso de Mello, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 07/03/1996, Publicação em 24/11/2000, grifou-se)

máquina pública para atingir finalidades pessoais, prática repelida por inúmeros precedentes dessa Corte Suprema. Veja-se, exemplificativamente:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. LEIS 1.746/1984, 227/1993 E 786/2004, DO MUNICÍPIO DE MANAUS. PENSÃO VITALÍCIA PARA CÔNJUGES SUPÉRSTITES DE EX-VEREADORES. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS REPUBLICANO, DA IGUALDADE, DA MORALIDADE, E DA IMPESSOALIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 40, § 13, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PROCEDÊNCIA. PRECEDENTES. 1. A separação entre a coisa pública e a coisa privada constitui o cerne do princípio republicano, que veda a utilização dos recursos públicos como se fossem patrimônio privado dos agentes do Estado. Dessa forma, a instituição de benefícios, como pensões vitalícias, com base em motivações pessoais, viola frontalmente o princípio republicano. 2. Atuando em nome do Estado é defeso aos agentes públicos agirem em benefício de pessoas determinadas (princípio da impessoalidade), instituindo tratamentos legais desiguais. 3. O Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência consolidada sobre a inconstitucionalidade de normas municipais que instituem pensões vitalícias para cônjuges supérstites de ex-vereadores, por violação aos princípios republicano, da igualdade, da impessoalidade e da moralidade. Precedentes. 4. Não-recepção dos atos normativos pré-constitucionais, cujos conteúdos são incompatíveis com a Constituição da República de 1988. 5. Ação julgada procedente, a fim de declarar a não-recepção da Lei 1.746/1984, e a inconstitucionalidade das Leis 227/1993 e 786/2004, do Município de Manaus/AM. (ADPF nº 889, Relator: Ministro EDSON FACHIN, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 10/11/2022, Publicação em 10/01/2023).

Por todo o exposto, é possível constatar, a par da já demonstrada constitucionalidade do Decreto nº 11.374/2023, a patente incompatibilidade do revogado Decreto nº 11.322/2022 com a Constituição Federal – a qual, uma vez também reconhecida, encerraria a relevante controvérsia judicial que ora se traz ao conhecimento desse Supremo Tribunal Federal.

IV – DA NECESSIDADE DE CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR

Para concessão de liminar em ação declaratória de constitucionalidade,

assim como nas medidas cautelares em geral, é necessária a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Diante do exposto, não resta dúvida acerca da constitucionalidade do Decreto nº 11.374/2023, que compõe o objeto desta ação declaratória.

Ademais, a concessão da medida liminar ora pleiteada com respaldo no artigo 21 da Lei 9.868, de 1999¹³ faz-se necessária em razão da possibilidade de proliferação de decisões destoantes relativas à questão constitucional suscitada.

Como visto, a aplicação do Decreto nº 11.374/2023 tem sido afastada por decisões judiciais que, ao assim procederem, violam preceitos da Carta Constitucional. A situação relatada, além de caracterizar o cumprimento do requisito do *fumus boni iuris*, comprova a necessidade de urgente intervenção desse Supremo Tribunal Federal, pois a existência de tais decisões gera insegurança jurídica sobre matéria de inegável relevância, com desprestígio à adequada prestação da tutela jurisdicional.

Por sua vez, o requisito do *periculum in mora* mostra-se presente diante da constatação de que recentes decisões judiciais, ao desconsiderarem os comandos do Decreto nº 11.374/2023, entendendo pela aplicação de Decreto que sequer teve eficácia no mundo jurídico, encerram risco real de proliferação da controvérsia.

Ademais, como já mencionado, o afastamento de incidência do Decreto nº 11.374/2023 gera impactos significativos na arrecadação tributária, comprometendo assim o custeio de investimentos e a prestação de serviços públicos

¹³ “Art. 21. O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo.”

essenciais.

Destarte, presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, postula-se a concessão de medida cautelar para que sejam suspensos os efeitos de decisões judiciais, proferidas a qualquer título, que, de modo expresso ou implícito, tenham afastado a aplicação do Decreto nº 11.374/2023 para possibilitar o recolhimento das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS pelas alíquotas de 0,33% e 2%, respectivamente, nos moldes determinados pelo revogado Decreto nº 11.322/2022.

De outro lado, necessário destacar o impacto econômico caso a liminar não seja concedida.

Destaque-se, a propósito, que, de acordo com a Nota Cetad/Coest nº 181, de 19 de outubro de 2022, os valores relativos às estimativas de impacto orçamentário-financeiro da renúncia fiscal sob exame são de R\$ 5.823.200.000,00 (cinco bilhões, oitocentos e vinte e três milhões e duzentos mil reais) para o ano de 2023, aproximadamente R\$ 6.157.870.000,00 (seis bilhões, cento e cinquenta e sete milhões e oitocentos e setenta mil reais) para o ano de 2024 e R\$ 6.492.530.000,00 (seis bilhões, quatrocentos e noventa e dois milhões e quinhentos e trinta mil reais) para o ano de 2025. A possibilidade de prejuízo ao erário cresce exponencialmente ao se considerar a possibilidade de concessão de liminares favoráveis aos contribuintes.

Assim, evidenciada a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, requer-se a concessão de medida cautelar, nos termos do artigo 21 da Lei nº 9.868/1999, para que haja a determinação de que juízes e tribunais suspendam o julgamento de processos que envolvam a aplicação do ato normativo objeto da ação,

até seu julgamento definitivo, ou pelo prazo de 180 (cento e oitenta dias) dias, prorrogável, segundo entendimento desse Colendo Supremo Tribunal Federal¹⁴.

V – DOS PEDIDOS

Assim, demonstrada a constitucionalidade do Decreto nº 11.374/2023, bem como a presença dos requisitos autorizadores da concessão de medida cautelar, o Presidente da República pede:

a) liminarmente, a suspensão da eficácia de decisões judiciais que, de modo expresso ou implícito, tenham afastado a aplicação do Decreto nº 11.374/2023 para possibilitar o recolhimento da contribuição ao PIS/COFINS pelas alíquotas de 0,33% e 2%, respectivamente, nos moldes determinados pelo revogado Decreto nº 11.322/2022.

b) no mérito, o julgamento pela procedência do pedido, para declarar a constitucionalidade do Decreto nº 11.374/2023, assentando o entendimento de que a aplicação do Decreto nº 11.374/2023 não está sujeita à anterioridade nonagesimal;

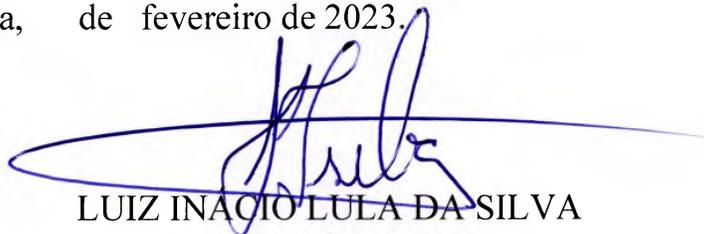
c) tendo em vista a possibilidade de cumulação de pedidos em ações de controle concentrado (cf. ADI MC nº 5316, Relator: Ministro LUIZ FUX, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 21/05/2015, Publicação em 06/08/2015), e diante da absoluta particularidade da hipótese sob exame, seja também declarada a inconstitucionalidade do revogado Decreto nº 11.322/2022, por afronta aos princípios republicano, da moralidade e da proporcionalidade.

¹⁴ STF. Plenário. Terceira questão de ordem na medida cautelar na ADC nº 18/DF. Relator Ministro Celso de Mello, Julgamento em 25/3/2010, Publicação em 18/06/2010; Revista trimestral de jurisprudência, vol. 213, p. 11; LexSTF, v. 32, n. 379, 2010, p. 22-30.

Solicita, ainda, a oitiva do Procurador-Geral da República e do Advogado-Geral da União para, respectivamente, parecer e manifestação.

Nesses termos, pede deferimento.

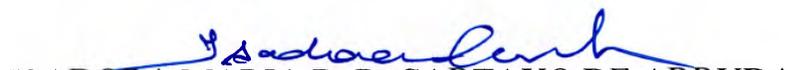
Brasília, de fevereiro de 2023.



LUIZ INACIO LULA DA SILVA
Presidente da República



JORGE RODRIGO ARAÚJO MESSIAS
Advogado-Geral da União



ISADORA MARIA B. R. CARTAXO DE ARRUDA
Secretária-Geral de Contencioso