

20/10/2011

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.661 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: A controvérsia instaurada na presente causa sugere e estimula reflexões que me levam, *uma vez mais*, a reafirmar, na linha de decisões que proferi nesta Suprema Corte (RTJ 144/435-436, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RE 428.354/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), que os desvios inconstitucionais do Estado, no exercício do seu poder de tributar, geram, na ilegitimidade desse comportamento do aparelho governamental, efeitos perversos, que, projetando-se nas relações jurídico-fiscais mantidas com os contribuintes, deformam os princípios que estruturam a ordem jurídica, subvertem as finalidades do sistema normativo e comprometem a integridade e a supremacia da própria Constituição da República.

Cumpre assinalar, por isso mesmo, que o caso ora em exame justifica, *plenamente*, que se reiterem tais asserções, pois é necessário advertir que a prática das competências impositivas por parte das entidades políticas investidas da prerrogativa de tributar não pode caracterizar-se como instrumento, que, arbitrariamente

manipulado pelas pessoas estatais, venha a conduzir à destruição ou ao comprometimento da própria ordem constitucional.

A necessidade de preservação da incolumidade do sistema consagrado pela Constituição Federal **não se revela compatível** com pretensões fiscais **contestáveis** do Poder Público, que, **divorciando-se** dos parâmetros estabelecidos pela Lei Magna, **busca impor** ao contribuinte **um estado de submissão tributária** absolutamente **inconvivente** com os princípios que informam e condicionam, no âmbito do Estado Democrático de Direito, **a ação** das instâncias governamentais.

Bem por isso, tenho enfatizado **a importância** de que o exercício do poder tributário, pelo Estado, **deve submeter-se**, por inteiro, aos modelos jurídicos positivados no texto constitucional, **que institui, em favor dos contribuintes, decisivas limitações** à competência estatal para impor **e** exigir, coativamente, as diversas espécies tributárias existentes.

O fundamento do poder de tributar - **tal como** tem sido reiteradamente enfatizado pela jurisprudência desta Suprema Corte (**RTJ 167/661, 675-676**) - **reside**, em essência, **no dever jurídico de**

estrita fidelidade dos entes tributantes ao que imperativamente dispõe a Constituição da República.

Cabe relembrar, neste ponto, consideradas as observações que venho de fazer, a clássica advertência de OROSIMBO NONATO, consubstanciada em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (RE 18.331/SP), em acórdão no qual aquele eminente e saudoso Magistrado acentuou, de forma particularmente expressiva, à maneira do que já o fizera o *Chief Justice* JOHN MARSHALL, quando do julgamento, em 1819, do célebre caso "*McCulloch v. Maryland*", que "*o poder de tributar não pode chegar à desmedida do poder de destruir*" (RE 145/164 - RDA 34/132), eis que - como relembra BILAC PINTO, em conhecida conferência sobre "*Os Limites do Poder Fiscal do Estado*" (RE 82/547-562, 552) - essa extraordinária prerrogativa estatal traduz, em essência, "*um poder que somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria e com o direito de propriedade*" (grifei).

Daí a necessidade de rememorar, sempre, a função tutelar do Poder Judiciário, investido de competência institucional para neutralizar eventuais abusos das entidades governamentais, que, muitas vezes deslembradas da existência, em nosso sistema jurídico, de um verdadeiro "estatuto constitucional do contribuinte",

consubstanciador de direitos e garantias oponíveis ao poder impositivo do Estado (Pet 1.466/PB, Rel. Min. CELSO DE MELLO, “in” Informativo/STF nº 125), culminam por asfixiar, *arbitrariamente*, o sujeito passivo da obrigação tributária, inviabilizando-lhe, *injustamente*, o exercício de atividades legítimas, o que só faz conferir permanente atualidade às palavras do Justice Oliver Wendell Holmes, Jr. (“*The power to tax is not the power to destroy while this Court sits*”), em “dictum” segundo o qual, em livre tradução, “o poder de tributar não significa nem envolve o poder de destruir, pelo menos enquanto existir esta Corte Suprema”, proferidas, ainda que como “*dissenting opinion*”, no julgamento, em 1928, do caso “*Panhandle Oil Co. v. State of Mississippi Ex Rel. Knox*” (277 U.S. 218).

É por isso que não constitui demasia reiterar a advertência de que a prerrogativa institucional de tributar, que o ordenamento positivo reconhece ao Estado, não lhe outorga o poder de suprimir (ou de inviabilizar) direitos de caráter fundamental, constitucionalmente assegurados ao contribuinte, pois este dispõe, nos termos da própria Carta Política, de um sistema de proteção destinado a ampará-lo contra eventuais excessos (ou ilicitudes) cometidos pelo poder tributante ou, ainda, contra exigências

irrazoáveis veiculadas em diplomas normativos editados pelas instâncias governamentais.

Assentadas tais premissas, que reputo essenciais ao julgamento **deste** pedido de medida cautelar, **passo a examinar** o litígio constitucional ora submetido ao julgamento do Supremo Tribunal Federal.

E, ao fazê-lo, **devo reconhecer** que se impõe o acolhimento da pretensão cautelar deduzida pela agremiação partidária (DEM) **que ajuizou** a presente ação direta, **eis que plenamente configurados, na espécie, os requisitos** concernentes à plausibilidade jurídica (que se mostra densa) e ao “*periculum in mora*”.

Tenho para mim que o art. 16 do Decreto presidencial nº 7.567, de 15/09/2011, *ora impugnado*, **transgrediu, de modo frontal, a garantia constitucional** da anterioridade tributária, tal como definida no art. 150, inciso III, alínea “c”, da Constituição da República.

O postulado que consagra, *entre nós*, **a anterioridade tributária** (não importando que se trate de anterioridade comum ou

que se cuide, *como na espécie*, de anterioridade mitigada) **traduz** garantia fundamental **que compõe** o próprio "estatuto constitucional dos contribuintes" **e que representa**, *na perspectiva* das relações **entre** a Administração Tributária e o contribuinte, clara limitação constitucional ao poder impositivo das pessoas políticas, **inclusive** ao poder da União Federal.

Torna-se importante assinalar, *na linha do que destacou* esta Suprema Corte, em julgamento **final** sobre a matéria (**ADI 939/DF**, Rel. Min. SYDNEY SANCHES), **que o princípio** da anterioridade **representa**, em matéria tributária, "*garantia individual do contribuinte*", **oponível**, *por isso mesmo*, **a qualquer** das entidades políticas **investidas** de competência impositiva.

Não se pode ignorar que o princípio da anterioridade das leis tributárias reflete, **em seus aspectos essenciais**, uma das expressões fundamentais **em que se apóiam** os direitos básicos proclamados em favor dos contribuintes.

O respeito incondicional aos princípios constitucionais evidencia-se **como dever inderrogável** do Poder Público. **A ofensa** do Estado a esses valores - **que desempenham**, enquanto categorias fundamentais que são, **um papel subordinante** na própria configuração

dos direitos individuais ou coletivos - **introduz um perigoso fator de desequilíbrio sistêmico e rompe, por completo, a harmonia** que deve presidir as relações, *sempre tão estruturalmente desiguais, entre as pessoas, de um lado, e o Poder, de outro.*

Não posso desconhecer - *especialmente neste momento em que se amplia o espaço do dissenso e se intensificam, em função de uma norma tão claramente hostil a valores constitucionais básicos, as relações de antagonismo* entre o Fisco e os indivíduos - que os princípios constitucionais tributários, *sobre representarem importante conquista político-jurídica dos contribuintes, **constituem expressão fundamental** dos direitos outorgados, pelo ordenamento positivo, aos sujeitos passivos das obrigações fiscais. Desde que **existem** para impor limitações ao poder de tributar, esses postulados têm por destinatário exclusivo o poder estatal, **que se submete, quaisquer que sejam os contribuintes, à imperatividade** de suas restrições.*

A eficácia do princípio da anterioridade **não pode ser comprometida** por normas de direito positivo *de evidente invalidez* jurídico-constitucional. **Esse postulado essencial** de nosso sistema jurídico **não pode ser visto nem compreendido** como mera formulação retórica. **Na concreção do seu alcance** - e na própria linha da

jurisprudência desta Suprema Corte (RTJ 87/374) -, impende considerar a advertência do magistério doutrinário (LISE DE ALMEIDA, "Princípio da Anterioridade - Evolução no Direito Brasileiro e sua situação na Constituição", "in" RDTTr 55/321, 1991), cuja lição enfatiza que o princípio da anterioridade representa:

"(...) a garantia individual do contribuinte, pessoa natural ou jurídica, de que a cobrança de novos tributos, ou a majoração de tributos já existentes, deverá vir estabelecida em lei que seja por si conhecida com antecedência, de tal modo que o mesmo tenha ciência do gravame a que se sujeitará no futuro próximo. Abre-se, assim, a possibilidade ao contribuinte de previamente organizar e planejar seus negócios e atividades. O fim primordial desta limitação constitucional é a tutela da segurança jurídica, especificamente configurada na justa expectativa do contribuinte quanto à certeza e à previsibilidade da sua situação fiscal." (grifei)

O fato irrecusável, neste caso, é um só: nem mesmo o Congresso Nacional, mediante exercício de seu poder reformador, dispõe de competência para afetar direitos e garantias individuais, como a garantia da anterioridade tributária, tal como o proclamou, em julgamento final, esta Suprema Corte (ADI 939/DF, Rel. Min. SYDNEY SANCHES).

Com maior razão, não pode o Executivo, por intermédio de simples decreto presidencial, transgredir o "estatuto constitucional dos contribuintes", tornando imediatamente exigíveis as novas alíquotas fiscais do IPI **resultantes** da majoração **estabelecida** por ato da Presidência da República, **pois, se fosse lícito** à Administração Tributária **desconsiderar, por determinação da Senhora Presidente da República, o princípio da anterioridade**, tal comportamento **equivaleria** a atribuir, absurdamente, a uma simples deliberação executiva, força normativa superior àquela de que se acham impregnadas **as emendas** à Constituição, **as quais** - insista-se - **não podem** desrespeitar matérias postas **sob proteção** das cláusulas pétreas, como os direitos e garantias individuais (CF, art. 60, § 4º, IV), **dentre os quais a garantia da anterioridade tributária, como assinala a doutrina** (ALEXANDRE DE MORAES, "**Direito Constitucional**", p. 906, item n. 9.4, 27ª ed., 2011, Atlas, v.g.) e adverte a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADI 939/DF).

Essa transgressão constitucional, perpetrada pela Senhora Presidente da República, **não pode** ser tolerada nem admitida, **sob pena de grave conspurcação** do regime constitucional de direitos e garantias fundamentais que o ordenamento positivo **estabeleceu, também em matéria tributária, em favor e em defesa** dos contribuintes.

Nem se diga que é novo o tema ora versado nesta sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade, pois a questão em exame já foi apreciada por outros Tribunais judiciais, como se verifica, p. ex., de decisão proferida, em dezembro de 2008, pelo E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em julgamento que restou consubstanciado em acórdão assim ementado:

"TRIBUTÁRIO. IPI. ALTERAÇÃO DE ALÍQUOTAS POR MEIO DE DECRETO. ANTERIORIDADE NONAGESIMAL. APLICABILIDADE. ART. 150, III, 'C', DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. O exercício do poder 'discricionário' de modificar a alíquota do IPI deve conter-se nos limites estabelecidos na lei. O artigo 150, inciso III, alínea 'c', da Constituição Federal, ao dispor sobre o princípio da anterioridade mínima, com redação outorgada pela EC nº 42, determina que devem transcorrer noventa dias da publicação da lei que instituiu ou majorou tributo para que este possa incidir. O parágrafo 1º, do mesmo artigo, estabelece quais os tributos que não se submetem a essa exigência, estendendo-se àqueles previstos nos incisos I, II, III e V do art. 153, dentre os quais não se inclui o IPI.

2. É inaplicável o argumento de que as limitações ao poder de tributar contidas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do inciso III do art. 150 refiram-se apenas à lei em sentido estrito, excluídas as exceções estabelecidas no art. 153, § 1º. A alteração de alíquota efetivada por decreto não pode ser interpretada como atribuição, ao ato do Poder Executivo, de poderes superiores aos da própria lei. Examinando a existência de expressa previsão de majoração de tributos por atos normativos que não a lei em sentido estrito (decretos), é de se supor que a Emenda nº 42 abrangeu tal situação, cabendo a aplicação da anterioridade nonagesimal, porquanto o referido imposto não está elencado em uma das exceções à limitação constitucional da anterioridade nonagesimal."
(Apelação/Reexame Necessário nº 2007.71.08.012143-2/RS, Rel. Juíza VÂNIA HACK DE ALMEIDA - grifei)

Cabe registrar, no ponto, que essa visão jurisprudencial do tema, plenamente compatível com a exigência constitucional que consagra o princípio da não surpresa, tem o beneplácito do próprio magistério da doutrina, como se vê das lições de eminentes autores, como REGINA HELENA COSTA ("**Curso de Direito Tributário**", p. 67/68, item n. 3.2.2.2, 2009, Saraiva), JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO ("**IPI - Teoria e Prática**", p. 157, item n. 2, 2009, Malheiros), EDUARDO SABBAG ("**Manual de Direito Tributário**", p. 108/111, item n. 4.5, 3ª ed./2ª tir., 2011, Saraiva), ROQUE ANTONIO CARRAZZA ("**Curso de Direito Constitucional Tributário**", p. 217/218, **nota de rodapé** nº 24, 26ª ed., 2010, Malheiros) e PEDRO MENEZES TRINDADE BARRÊTTO ("**Limitações Constitucionais. Poder de Tributar**", "*in*" "**Curso de Direito Tributário Brasileiro**", vol. 1/68-147, **128**, item n. 2.3, 2ª ed. especial, 2010, Quartier Latin).

Alegou-se, ainda, em defesa da validade constitucional do decreto **editado** pela Senhora Presidente da República, **que esse ato** do Poder Executivo encontraria **fundamento legitimador** em razões **decorrentes** da existência de notória crise econômica internacional, de preocupante desnacionalização da produção industrial brasileira e, também, da função extrafiscal inerente ao IPI, **sustentando-se**, a partir da invocação de tais fatores, **que se justificaria a imediata**

exigibilidade das novas alíquotas majoradas **pertinentes** à exação tributária em referência.

Tais alegações, contudo, não podem justificar o **desrespeito** que a Senhora Presidente da República **vem de cometer** ao editar a norma ora questionada.

Na verdade, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal **não** admite, por inaceitável, a **invocação** de "razões de Estado" como fundamento de **legitimação de práticas inconstitucionais** (**RE 204.769/RS**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

É que tal argumento, embora conveniente aos desígnios do Governo, **representa** expressão de um perigoso ensaio destinado a submeter, de modo ilegítimo, à vontade do Príncipe, a autoridade hierárquico-normativa da própria Constituição da República, **o que culminaria por introduzir**, no sistema de direito positivo, um preocupante fator de ruptura e de desestabilização político-jurídica:

"LEIS DE ORDEM PÚBLICA - RAZÕES DE ESTADO - MOTIVOS QUE NÃO JUSTIFICAM O DESRESPEITO ESTATAL À CONSTITUIÇÃO (...).

.....
- **Razões de Estado** - que muitas vezes configuram fundamentos políticos **destinados a justificar**, pragmaticamente, 'ex parte principis', a **inaceitável** adoção de medidas de caráter normativo - **não podem** ser invocadas

para viabilizar o descumprimento da própria Constituição. As normas de ordem pública (...) não podem frustrar a plena eficácia da ordem constitucional, comprometendo-a em sua integridade e desrespeitando-a em sua autoridade."
(AI 725.227-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Sendo assim, e em face das razões expostas, defiro o provimento cautelar ora requerido, suspendendo, com eficácia "ex tunc", a execução e a aplicabilidade do art. 16 do Decreto nº 7.567, de 15/09/2011, editado pela Senhora Presidente da República.

É o meu voto.