

20/10/2011

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
4.661 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
REQTE.(S) : **DEMOCRATAS - DEM**
ADV.(A/S) : **LUÍS FERNANDO BELÉM PERES E OUTRO(A/S)**
INTDO.(A/S) : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
ADV.(A/S) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – DECRETO – ADEQUAÇÃO. Surgindo do decreto normatividade abstrata e autônoma, tem-se a adequação do controle concentrado de constitucionalidade.

TRIBUTO – IPI – ALÍQUOTA – MAJORAÇÃO – EXIGIBILIDADE. A majoração da alíquota do IPI, passível de ocorrer mediante ato do Poder Executivo – artigo 153, § 1º –, submete-se ao princípio da anterioridade nonagesimal previsto no artigo 150, inciso III, alínea “c”, da Constituição Federal.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – IPI – MAJORAÇÃO DA ALÍQUOTA – PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE NONAGESIMAL – LIMINAR – RELEVÂNCIA E RISCO CONFIGURADOS. Mostra-se relevante pedido de concessão de medida acauteladora objetivando afastar a exigibilidade da majoração do Imposto sobre Produtos Industrializados, promovida mediante decreto, antes de decorridos os noventa dias previstos no artigo 150, inciso III, alínea “c”, da Carta da República.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, em conceder a liminar, com efeito *ex tunc*, vencido no ponto o Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator), que emprestava eficácia *ex nunc*, em sessão presidida pelo

ADI 4.661 MC / DF

Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 20 de outubro de 2011.

MINISTRO MARCO AURÉLIO – RELATOR

20/10/2011

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
4.661 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
REQTE.(S) : **DEMOCRATAS - DEM**
ADV.(A/S) : **LUÍS FERNANDO BELÉM PERES E OUTRO(A/S)**
INTDO.(A/S) : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
ADV.(A/S) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Adoto a título de relatório as informações prestadas pela Assessoria:

O Democratas – DEM questiona a constitucionalidade do artigo 16 do Decreto nº 7.567, de 15 de setembro de 2011, que “regulamenta os arts. 5º e 6º da Medida Provisória nº 540, de 2 de agosto de 2011, os quais dispõem sobre a redução do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI em favor da indústria automotiva, e altera a Tabela de Incidência do IPI – TIPI, aprovada pelo Decreto nº 6.006, de 28 de dezembro de 2006.” O preceito atacado prevê a entrada em vigor do ato normativo na data da publicação.

Inicialmente, afirma o caráter autônomo do decreto, sendo passível de impugnação mediante ação direta. Assevera a contrariedade da norma atacada ao artigo 150, inciso III, alínea “c”, da Carta da República, segundo o qual é vedado ao Poder Público cobrar tributos “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”. Conforme aduz, a majoração da alíquota do Imposto sobre Produtos Industrializados deve guardar observância ao princípio da anterioridade nonagesimal, pois o mencionado tributo não está

ADI 4.661 MC / DF

arrolado nas exceções previstas no artigo 150, § 1º, do Diploma Maior. Defende a obrigatoriedade de incidência do prazo de espera de 90 dias, ocorrendo o aumento quer mediante lei, quer por meio de ato infralegal. Anota ser essa a interpretação harmônica com os postulados da não surpresa e da legalidade tributária, pois descaberia interpretar a Constituição Federal de modo a conferir à Administração Pública poderes superiores aos atribuídos ao próprio Congresso Nacional.

O preceito atacado tem a seguinte redação:

[...]

Art. 16. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

[...]

Ante a urgência, requer, nos termos do artigo 10, § 3º, da Lei nº 9.868, de 1999, a concessão de medida acauteladora, sem a audição da Presidência da República, para suspender, com efeitos retroativos, a vigência do Decreto nº 7.567, de 2011, e assegurar o respeito ao princípio da anterioridade.

É o relatório.

20/10/2011

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
4.661 DISTRITO FEDERAL**

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Trago este processo para exame do pedido de concessão de medida acauteladora, acionando o artigo 10, § 3º, da Lei nº 9.868/99, presente a excepcional urgência, a relevância da causa de pedir lançada na inicial e o risco de manter com plena eficácia os dispositivos atacados, aptos a submeter diversas empresas do país à cobrança do Imposto sobre Produtos Industrializados, sem respeito ao princípio da anterioridade nonagesimal.

Atentem para a organicidade do Direito. Antes mesmo da promulgação da Emenda Constitucional nº 42, de 2003, a majoração do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI não se sujeitava ao princípio da anualidade, sendo autorizada a arrecadação a partir da publicação do ato normativo. Versado, no artigo 153, inciso IV, da Carta da República, esse imposto estava alcançado pelas exceções previstas à vedação do artigo 150, inciso III, alínea “b”, a dispor que a cobrança de tributos não pode ocorrer no mesmo exercício financeiro no qual publicada a lei que os instituiu ou os aumentou. Eis a redação anterior do § 1º do artigo 150 da Carta Federal:

Art. 150

[...]

1º A vedação do inciso III, "b", não se aplica aos impostos previstos nos arts. 153, I, II, IV e V, e 154, II.

Reforma tributária promovida pelo constituinte derivado alargou o âmbito de proteção dos contribuintes e estabeleceu nova restrição ao

ADI 4.661 MC / DF

poder de tributar da União, dos Estados e dos Municípios. Acrescentou-se a alínea “c” ao inciso III do artigo 150 do Diploma Maior, com ampliação da incidência do princípio da anterioridade nonagesimal, antes restrita à cobrança das contribuições sociais (artigo 195, § 6º).

No tocante ao Imposto sobre Produtos Industrializados, o tratamento foi singular. Na redação conferida ao artigo 150, § 1º, da Carta Federal, continuou o imposto excepcionado da incidência do princípio da anterioridade anual, mas não da anterioridade nonagesimal. Transcrevo os dispositivos em comento:

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:

[...]

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

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;

[...]

§ 1º A vedação do inciso III, *b*, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, IV e V; e 154, II; e a vedação do inciso III, *c*, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, III e V; e 154, II, nem à fixação da base de cálculo dos impostos previstos nos arts. 155, III, e 156, I.

[...]

ADI 4.661 MC / DF

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

[...]

IV - produtos industrializados;

[...]

§ 1º - É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V.

[...]

O princípio da anterioridade representa garantia constitucional estabelecida em favor do contribuinte perante o Poder Público, norma voltada a preservar a segurança e a possibilitar um mínimo de previsibilidade às relações jurídico-tributárias. Destina-se a assegurar o transcurso de lapso temporal razoável a fim de que o contribuinte possa elaborar novo planejamento e adequar-se à realidade tributária mais gravosa.

Assim, o artigo 16 do Decreto nº 7.567, de 2011, ao prever a imediata entrada em vigor de norma que implicou o aumento da alíquota de Imposto sobre Produtos Industrializados contrariou, a mais não poder, o artigo 150, inciso III, alínea “c”, da Carta da República. A possibilidade de acréscimo da alíquota do IPI mediante ato do Poder Executivo, em exceção ao princípio da legalidade – Constituição Federal, artigo 153, § 1º –, não afasta a necessidade de observância ao postulado da anterioridade nonagesimal. Por revelar garantia do contribuinte contra o poder de tributar, esse princípio somente pode ser mitigado mediante disposição constitucional expressa, o que não ocorreu em relação ao Imposto sobre Produtos Industrializados.

A Constituição Federal deve ser interpretada de forma sistemática. O permissivo por meio do qual se autoriza o uso de ato infralegal para a

ADI 4.661 MC / DF

modificação da alíquota não confere ao Executivo poderes mais amplos do que os atribuídos ao Congresso Nacional, até mesmo porque, nos termos do artigo 153, § 1º, do Diploma Maior, são exercidos nas condições e limites estabelecidos em lei. Apesar do inegável aspecto extrafiscal do IPI, a atividade do contribuinte é desenvolvida levando em conta a tributação existente em dado momento, motivo pelo qual a majoração do tributo, ainda mais quando pode efetivar-se em até trinta pontos percentuais, deve obedecer aos postulados da segurança jurídica e da não surpresa.

O artigo 10 do Decreto nº 7.567, de 2011, resultou no aumento da alíquota do referido imposto sobre os produtos industrializados indicados no respectivo Anexo V, sejam eles produzidos no Brasil, sejam no exterior. Simultaneamente, o ato do Poder Executivo reduziu a alíquota, no mesmo percentual, para os produtos produzidos no País com as condições especificadas no ato normativo.

Ante o quadro, suspendo a vigência do artigo 16 do Decreto nº 7.567, de 15 de setembro de 2011, no que encerra a possibilidade de exigir-se a observação das alíquotas majoradas do Imposto sobre Produtos Industrializados antes de decorridos os noventa dias previstos na alínea “c” do inciso III do artigo 150 da Constituição Federal. É como voto.

20/10/2011

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
4.661 DISTRITO FEDERAL****VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: O tema sob exame gravita em torno de um novo fenômeno exurgente do pós-positivismo, que transfigurou o contribuinte de objeto de tributação para sujeito de direitos. Esse é o novo estatuto do contribuinte do qual emerge a regra que veda a surpresa fiscal, consectário maior do princípio da segurança jurídica no âmbito do Direito Tributário.

Com efeito, o valor da segurança jurídica no âmbito do direito tributário é tutelado por diversas vertentes. Em primeiro lugar, quanto ao *passado*, protege-se o contribuinte quanto aos efeitos tributários dos atos por ele já praticados, que não podem ser tocados pela lei nova por força do princípio da irretroatividade da lei tributária (CF, Art. 150, III, 'a'). E, em segundo lugar, agora em relação ao *futuro*, assegurando que a perspectiva de modificação do regime jurídico tributário não atingirá de modo brusco o planejamento inerente às atividades econômicas e sociais submetidas à tributação, notadamente através das regras da anterioridade clássica (CF, Art. 150, III, 'b'), da noventena constitucional (CF, Art. 150, III, 'c') e da anterioridade nonagesimal (CF, Art. 195, § 6º), todas as três caracterizando expressões do *princípio da não surpresa tributária* (XAVIER, Alberto. *Sujeição dos atos do Poder Executivo que majorem o IPI ao princípio da anterioridade nonagesimal*, In: Revista Dialética de Direito Tributário, nº 147, dez./2007, p. 09-10).

A doutrina distingue a *anterioridade nonagesimal*, que atua onde não há lugar para a anterioridade clássica, como é o caso do art. 195, § 6º, da CF, relativo às contribuições da seguridade social, da *noventena constitucional*, prevista no art. 150, III, 'c', da CF, que age não em

ADI 4.661 MC / DF

substituição à anterioridade clássica, mas sim em complementação a ela, em *reforço da confiança legítima* e do *princípio da não surpresa do contribuinte*, assegurando o prazo inafastável de noventa dias justamente para as hipóteses em que o Poder Público, a pretexto de formalmente cumprir a anterioridade clássica, acaba por editar lei tributária após 03 de outubro de determinado ano, de modo que, caso ausente esta última garantia, restaria substancialmente abalado o princípio da segurança jurídica (RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010, p. 126 e segs.).

Há casos, porém, em que a referida distinção teórica entre a noventena constitucional e a anterioridade nonagesimal perde a utilidade prática, já que idôneas a produzirem exatamente os mesmos efeitos. Tais casos se referem aos tributos que não devem observar a anterioridade clássica (CF, art. 150, III, 'b'), mas, ainda assim, devem observar a *noventena constitucional* (CF, art. 150, III, 'c'); quanto a estes tributos, portanto, simplesmente *não há traço qualquer distintivo de monta* entre os conceitos de *noventa constitucional* e *anterioridade nonagesimal*.

É justamente este o regime do IPI. Com efeito, a teor da parte inicial do art. 150, § 1º, da CF, o IPI não tem de observar a anterioridade clássica, prevista no art. 150, III, 'b', da CF, em razão da marcante finalidade extrafiscal do tributo, *“responsável pela regulação do mercado, pelo desenvolvimento de certas atividades e pela inibição de consumos, bem como pela função equalizadora que exerce na incidência sobre o comércio internacional, tanto na importação quanto na exportação”*, intrinsecamente dependente da rapidez na alteração das regras tributárias (TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, vol. IV, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2007, p. 177). Contudo, este mesmo imposto se submete à cláusula constitucional instituída pela Emenda Constitucional nº 42/03 no art. 150, III, 'c', que veda a cobrança de tributos *“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”*, de vez que não mencionado o

ADI 4.661 MC / DF

IPI nas exceções que a parte final do art. 150, § 1º, da CF prevê com relação à referida garantia. Por detrás de tal regime jurídico reside a consideração de que *“o grau de urgência das políticas econômicas prosseguidas através deste tributo se situa a meio caminho entre a estabilidade e a imediatidade, não devendo aguardar o início do exercício financeiro seguinte, mas também não devendo deixar de oferecer ao contribuinte um período razoável de adaptação”* (XAVIER, Alberto. *Sujeição dos atos do Poder Executivo que majorem o IPI ao princípio da anterioridade nonagesimal*, In: Revista Dialética de Direito Tributário, nº 147, dez./2007, p. 11).

Esse regime de *parcial* proteção à não surpresa é compartilhado com outros tributos disciplinados na Constituição Federal, que seguem a mesma lógica de submissão apenas à noventena constitucional, como o ICMS monofásico sobre combustíveis e lubrificantes (CF, 155, § 4º, IV, 'c') e a CIDE-combustíveis (CF, Art. 177, § 4º, I, 'b'). Além disso, o regime é substancialmente o mesmo a que se submetem as contribuições sociais da seguridade social, conforme disposto no art. 195, § 6º, da Constituição Federal.

Em última análise, portanto, nos casos em que a noventena constitucional *não é expressamente* afastada pelo constituinte, *impõe-se reconhecer sua incidência como emanção do princípio da não surpresa*, apesar de respeitável opinião doutrinária em sentido contrário, fundada na premissa de *“a noventena (art. 150, III) operar dentro dos limites da anterioridade (art. 150, III, b), a qual se afasta do IPI”* (TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, vol. IV, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2007, p. 177), o que, com a devida vênua, é superada com a interpretação *a contrário sensu* da redação do art. 150, § 1º, da CF. Nesse sentido se manifestam autores de renomada autoridade, como RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010, p. 126-7; e, do mesmo autor, *A segurança jurídica do contribuinte – legalidade, não-surpresa e proteção à confiança legítima*, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008, 216-7; TORRES,

ADI 4.661 MC / DF

Helena Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica – metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*, São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 420; PAULSEN, Leandro. *Direito tributário – Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*, Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2006, p. 295; e ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2006, p. 158.

Por fim, o argumento literal que a petição inicial reputa como subjacente à edição do ato normativo impugnado, evidentemente, não se sustenta. A atuação do Poder Executivo no que concerne à alíquota do IPI é prevista, inicialmente, no art. 153, § 1º, da Constituição Federal (CF, Art. 153, IV c/c/ §1º). Tal regime, como se sabe, é esmiuçado pelas disposições constantes do Decreto-Lei nº 1.199/71 e da Lei nº 10.451/02. Assim, muito embora encontre balizas legais, o conteúdo de tal ato normativo é dotado da mesma força cogente, abstração e generalidade de que uma lei que *alterasse* a alíquota do IPI se revestiria. E se ambos os atos do Poder Público podem igualmente *alterar* as alíquotas de determinado tributo, em clara exceção ao princípio da reserva legal (CF, art. 150, I), simplesmente não há motivo para distinguir os dois instrumentos formais no que concerne à incidência da garantia constitucional da noventena.

Assim, muito embora a Constituição Federal aluda apenas à “lei” no art. 150, III, ‘c’, o vocábulo deve ser necessariamente interpretado como *lei em sentido material*, isto é, como qualquer ato dotado de generalidade e abstração que seja constitucionalmente autorizado a instituir ou aumentar tributos, no que se inclui, evidentemente, também o ato do Poder Executivo fundado no Art. 153, § 1º, da CF, como leciona XAVIER, Alberto. *Sujeição dos atos do Poder Executivo que majorem o IPI ao princípio da anterioridade nonagesimal*, In: Revista Dialética de Direito Tributário, nº 147, dez./2007, p. 14. Entender de modo contrário conduziria ao absurdo resultado de restringir o âmbito de incidência de outras limitações constitucionais ao poder de tributar, como a *irretroatividade tributária* (CF, Art. 150, III, ‘a’) e a *anterioridade clássica* (CF, Art. 150, III, ‘b’), apenas aos

ADI 4.661 MC / DF

ataques que lhe fossem praticados pela lei em sentido formal, tornando-se assim desguarnecidas caso as alterações das regras tributárias fossem feita, nas hipóteses constitucionalmente previstas, por ato do Poder Executivo.

Neste contexto, a preservação da ordem constitucional no presente caso reclama a concessão de *efeitos retroativos* ao deferimento da presente medida cautelar, como autorizado pelo art. 11, § 1º, da Lei nº 9.868/99. De fato, e notadamente diante da célere provocação desta Suprema Corte para apreciar o tema, os efeitos da presente decisão devem remontar a 16 de setembro de 2011, data de edição do Decreto nº 7.567/11, assegurando-se, assim, a higidez do direito fundamental dos contribuintes à noventa constitucional, de modo a postergar a eficácia da majoração de alíquota instituída pelo Decreto ora impugnado para somente após o término do prazo referido no art. 150, III, 'c', da CF. Nesse sentido foram proferidos diversos precedentes, igualmente fazendo retroagir no tempo os efeitos de medida cautelar diante do risco de ineficácia do provimento desta Suprema Corte (ADI 2105 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 23/03/2000, DJ 28-04-2000; ADI 2661 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 05/06/2002, DJ 23-08-2002; ADI 1610 MC, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 28/05/1997, DJ 21-11-1997; ADI 596 MC, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, TRIBUNAL PLENO, julgado em 11/10/1991, DJ 22-11-1991).

Com esses argumentos, Senhor Presidente, e seguindo o percuciente voto do Ministro Marco Aurélio, eu acompanho Sua Excelência.

É como voto.

20/10/2011

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
4.661 DISTRITO FEDERAL****VOTO****O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Senhor Presidente, no dia 30 de abril de 2003, pela Exposição Interministerial nº 84 do Ministério da Fazenda e da Casa Civil, foi encaminhada pela Presidência da República ao Congresso Nacional a proposta de emenda constitucional que recebeu o número 41 na Câmara dos Deputados. O texto original dessa proposta de emenda constitucional não continha a redação do que hoje é a alínea "c" do inciso III do art. 150 da Constituição Federal. Esse dispositivo não constou da proposta original encaminhada pelo Presidente da República.

Ao longo dos debates que houve no Congresso Nacional durante a tramitação daquela emenda, que historicamente tive a oportunidade de acompanhar, foi debatida exatamente, por parte do Congresso Nacional, na Emenda nº 58 à proposta de Emenda Constitucional nº 41 - emenda essa subscrita pelo Deputado Carlos Eduardo Cadoca, do Estado de Pernambuco - que propôs a introdução da alínea "c" no inciso III do art. 150 da Constituição. Nos debates que ocorreram entre os parlamentares e o Poder Executivo, à época, foi acordada a aprovação dessa Emenda nº 58, do Deputado Cadoca, exatamente para introduzir quanto ao IPI - dada essa possibilidade de alteração do IPI por decreto - a chamada "noventena". Isso está subscrito à p. 112 do relatório do relator da proposta de Emenda Constitucional nº 41 na Câmara dos Deputados, o nobre Deputado Virgílio Guimarães, de Minas Gerais, e ele diz o seguinte quanto a esse dispositivo:

"Investimos mais ainda na ampliação da **proteção aos contribuintes**, com o princípio da **noventena** como parâmetro adicional da anterioridade tributária, válido inclusive para o IPI, enriquecendo o atendimento ao princípio da não-surpresa

ADI 4.661 MC / DF

do contribuinte."

Portanto, isso foi acordado para que a emenda constitucional fosse aprovada no Congresso Nacional. Trago esses elementos à reflexão porque são importantes dados de ordem histórica para o debate.

Também trago aqui à colação a nota nº 555 da Subchefia para Assuntos Jurídicos, da Casa Civil da Presidência da República, do ano de 2006, subscrita pelo Assessor Jurídico Diogo Caldas Rivas de Simone, de 9 de março de 2006 - Subchefia de Assuntos Jurídicos da Casa Civil de que já tive a honra de estar à frente, assim como os eminentes Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello.

Essa nota, de 9 de março de 2006, no seu item 20, em relação à proposta de decreto encaminhada àquela época pelo Ministro da Fazenda à Casa Civil, dizia o seguinte:

"(...)

20. Especificamente a este respeito, cumpre lembrar que a Emenda constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003, previu, ao lado e cumulativamente à anterioridade em exercício, a anterioridade mínima de 90 (noventa) dias para a incidência de leis que instituem ou majoram tributos. A Emenda constitucional nº 42 estabeleceu como exceções à anterioridade mínima apenas as constantes da nova redação do § 1º do art. 150 da Constituição Federal, não fazendo qualquer referência ao imposto sobre produtos industrializados. Assim, embora excepcionado da observância de anterioridade de exercício, o restabelecimento das alíquotas do imposto sobre produtos industrializados em relação àqueles produtos terá de se submeter à anterioridade mínima do art. 150, III, "c", da Constituição Federal (...)"

Tratava-se exatamente de um decreto para se aumentar as alíquotas do IPI, e a Subchefia devolveu essa proposta de decreto ao Ministério da Fazenda exatamente sob esse argumento.

Portanto, Senhor Presidente, trazendo esses registros históricos,

ADI 4.661 MC / DF

parece-me que realmente procede o argumento do partido autor da ação direta de inconstitucionalidade no sentido de se submeter à anterioridade nonagesimal o aumento das alíquotas de IPI, mesmo que por decreto da Presidente da República.

Portanto, com essas considerações, também subscrevo os demais argumentos trazidos pelo eminente Relator e pelo Ministro Luis Fux, concedendo a liminar.

20/10/2011

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
4.661 DISTRITO FEDERAL**

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, só uma pequena observação.

Em relação a esse caso, talvez, tendo em vista que a norma de não incidência se aplica num prazo extremamente angusto, de 90 (noventa) dias, e como a própria Lei nº 9.868 faculta, talvez devêssemos pensar numa liminar com eficácia *ex tunc*.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Aplicar de imediato, *Ex tunc*.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - **Ex tunc?**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Por pura economia processual mesmo, para evitar que haja batalhas judiciais em torno do mês já decorrido.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Os votos proferidos até agora não fizeram nenhuma ressalva quanto a isso, pressupondo-se, portanto, que a eficácia é **ex tunc**.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Em geral a liminar é com eficácia *ex nunc*.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - *Ex nunc*. A liminar em geral é *ex nunc*.

ADI 4.661 MC / DF

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Pela lei é **ex nunc**.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - *Ex nunc*.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Agora, como passou-se um mês...

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Mas esse caso aqui é específico.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Já tem um mês decorrido.

20/10/2011

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
4.661 DISTRITO FEDERAL**

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Também, Senhor Presidente, acompanho o Ministro Relator, enfatizando o Ministro Marco Aurélio, que lembrou bem o princípio da não surpresa. Eu digo, Ministro, que, em matéria tributária no Brasil, o princípio do não susto já seria bem-vindo, porque aqui é uma trepidação permanente.

Também acompanho o Relator para suspender e, se for recolocado, estávamos comentando exatamente a questão do período que já se passou e que poderia ter produzido algum efeito. Mas acompanho às inteiras o voto do eminente Relator.

###

20/10/2011

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
4.661 DISTRITO FEDERAL**

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, a Constituição da República, na segunda parte do artigo 150, § 1º, ao enumerar os tributos que não se sujeitam à anterioridade nonagesimal, em silêncio eloquente, deixou de incluir no rol que explicita exatamente o imposto previsto no artigo 153, IV, que é o IPI.

Embora, a meu ver, as majorações do IPI não estejam submetidas ao princípio da anterioridade simples, que é o princípio que alguns chamam de anualidade, exatamente por se tratar de um imposto que tem um caráter forte de extrafiscalidade, elas devem observar, a meu juízo, o prazo de 90 (noventa) dias para que essas majorações entrem em vigor.

Há um argumento forte e que impressiona, que foi veiculado da tribuna, no sentido de que o Decreto-lei 1.199/1971 teria estabelecido certas balizas dentro das quais seria facultado ao Executivo, à Administração, por meio de decreto, majorar as alíquotas, independentemente desse prazo de 90 (noventa) dias. Mas exatamente, com fundamento neste silêncio eloquente, o artigo 150, § 1º da Constituição, em sua segunda parte, eu entendo que, mesmo para alterar o IPI ou majorar o IPI dentro dessas balizas, o prazo nonagesimal deve ser observado.

Portanto, Senhor Presidente, eu também, fazendo meus os argumentos do eminente Relator, defiro a cautelar.

20/10/2011

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
4.661 DISTRITO FEDERAL**

VOTO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Senhor Presidente, também quero registrar as excelentes sustentações orais feitas da tribuna, de ambos os advogados, mas vou acompanhar o eminente Relator.

Também entendo que o § 1º do artigo 150 da Constituição, não por acaso, não incluiu na vedação do inciso III, c, que significa a proibição de cobrar o tributo num prazo anterior a 90 (noventa) dias da publicação da lei que instituiu ou aumentou esse tributo, produtos industrializados.

Como se não bastasse, a meu juízo, há um fundamento que reforça aqueles lançados pelo douto Relator: o § 2º do artigo 62 da Constituição diz que, mesmo em se tratando de medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, a produção, a autorização para produzir efeitos no mesmo exercício financeiro não incluiu também, não foi além dessa autorização da anterioridade ânua ou em relação ao exercício financeiro, não falou da anterioridade nonagesimal, embora tivesse falado do IPI, aqui no § 2º do artigo 62. E olhem que medida provisória tem força de lei. Não é lei, porém tem força de lei, como sempre disseram os eminentes Professores Michel Temer e Celso Antônio Bandeira de Melo.

Ainda assim, medida provisória com força de lei não pode ferir o princípio da anterioridade nonagesimal em tema de IPI. Ela deixa de se submeter à proibição que está no artigo 150, III, b, que é o da anterioridade ânua.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Pois não.

ADI 4.661 MC / DF

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – De certa forma, creio que o Executivo jamais lançará mão, para majorar alíquota do IPI, da medida provisória, porque, quanto à anterioridade, ou seja, a possibilidade de ter-se efeitos apenas no exercício financeiro seguinte, junte-se à conversão em lei até o último dia daquele em que foi editada. Ante a inércia do Congresso na apreciação de vetos e medidas provisórias, o Executivo sempre acionará a cláusula do § 1º do artigo 153 e imporá a majoração mediante decreto.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Sim, o que eu quero dizer é o seguinte: até mesmo em relação à medida provisória, para produzir efeito no exercício financeiro seguinte, é preciso que a sua conversão em lei se dê até o último dia do ano em que convertida.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Excelência, estou ressaltando isso porque se fechou a porta ao drible. Tivemos uma situação concreta em que se editou medida provisória em 31 de dezembro do ano, esse dia, o da publicação da medida provisória no Diário Oficial, recaiu em sábado, passando-se, observada a anterioridade, a observar a majoração do tributo em 1º de janeiro do ano subsequente. Mediante medida provisória, a anterioridade fica vinculada, de qualquer forma, à conversão em lei.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Em relação ao exercício financeiro, quanto mais em relação à garantia da anterioridade nonagesimal. Quer dizer, nem mesmo para a medida provisória se permitiu ofender a garantia da anterioridade nonagesimal.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Mitigou-se, inclusive, a medida provisória, o que é salutar.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Isso.

ADI 4.661 MC / DF

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Porque se estabeleceu que, no exercício seguinte, a cobrança fica na dependência da conversão da medida provisória em lei no exercício anterior. É interessante o novo enfoque constitucional – artigo 62, § 2º.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Muito bem. Então o exercício financeiro foi citado, mas a garantia da anterioridade nonagesimal não foi citada nem mesmo para a medida provisória, que tem força de lei, quanto mais decreto. E decreto, em matéria de tributo, seja para instituir, seja majorar, me parece que deve ser interpretado restritivamente, não cabe uma interpretação ampliativa. Então, entre duas soluções hermenêuticas...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Entendendo-se que, mediante esse veículo, não se fica submetido à anterioridade nonagesimal, seria reconhecido ao Executivo um poder maior do que o do próprio Congresso na elaboração de lei.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Perfeito. Então, com esse acréscimo apenas, me permito, de fundamento, mas já me dando por satisfeito com os fundamentos lançados pelo Ministro Relator, eu acompanho Sua Excelência e também concedo a cautelar.

20/10/2011

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
4.661 DISTRITO FEDERAL****VOTO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, também vou acompanhar o voto do eminente Relator para deferir a cautelar.

O Tribunal tem feito, como se sabe, uma construção bastante importante acerca desse princípio da anterioridade, em toda a sua acepção. Mencione-se, por exemplo, a construção que se fez na jurisprudência, acho que dos anos 90, sobre o IPMF, quando o Tribunal, fazendo uma interpretação construtiva, afirmou que o princípio da anterioridade integrava inclusive o rol de cláusulas pétreas, fazendo essa ponte do § 2º do artigo 5º com as normas de ordem tributária, para reconhecer que também são direitos fundamentais protegidos, portanto, pela cláusula pétrea.

O que ocorreu aqui foi que, tradicionalmente, o princípio da anterioridade integrava o catálogo dos direitos fundamentais. Por uma opção política do Constituinte de 1988, fez-se o destaque para colocá-lo na ordem tributária, e, por uma ironia, esse dispositivo, que sempre integrou no constitucionalismo brasileiro os princípios fundamentais, agora deixava de ter essa proteção. Então o Tribunal fez essa construção, que é de se louvar, num caso da relatoria do Ministro Sydney Sanches.

Depois disso, houve vários embates, como nós todos sabemos, em torno, agora, já não mais do IPMF, mas da CPMF. E, nas sucessivas prorrogações que foram feitas, sempre se observou o critério da anterioridade nonagesimal agora aplicada, entendendo que isso fazia parte do rol de cláusulas pétreas, de modo que esse já é um entendimento pacífico.

Agora, diante da mudança ocorrida, as diversas manifestações aqui veiculadas no Plenário mostram que essa interpretação, com todos os

ADI 4.661 MC / DF

cuidados de que seria aplicável a exigência da noventena para a lei, mas não para o decreto, leva a uma situação realmente de desproteção e a um resultado absurdo, privilegiando em demasia a própria posição da Administração e retirando quase que o sentido dessa proteção que o constituinte visivelmente quis dar em relação ao IPI.

Foi da tribuna mencionado um artigo do Professor Everardo Maciel. Ele observava que são raríssimos os casos, tendo em vista que a lei do IPI é uma lei-quadro e que, na verdade, opera por bandas, fixa limites muito amplos.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

No caso, de 0% a 30%.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Exatamente. São raríssimos os casos de possibilidade de alteração da própria lei do IPI, a não ser que se cuide de uma reforma. De modo que a interpretação literal, aqui, é má conselheira, quer dizer, leva-nos a um resultado que a teleologia não recomenda.

Acompanho o Relator, ressaltando que, talvez, neste caso, devêssemos conceder a liminar com eficácia *ex tunc*.

Na verdade, Senhor Presidente – apenas pensando alto para reflexão –, talvez, em tais casos, nós devêssemos mesmo já decidir o próprio caso como mérito, na linha da jurisprudência do Supremo – e o Regimento Interno anteriormente permitia –, porque vamos ter, passados os 90 (noventa) dias, talvez, um julgamento meramente referendatário, se não se vier a julgar prejudicado, o que não pode ocorrer.

Então, talvez devêssemos pensar numa reforma da lei ou mesmo do Regimento para, em casos tais, permitir, em vez da mera concessão da liminar, já o julgamento de mérito, até porque, em casos como este, temos uma norma com esse caráter temporário: passado o período, já não teria mais relevância, a questão ficaria para o sistema difuso.

Então, talvez devêssemos pensar realmente num julgamento definitivo. Não sei qual será a melhor fórmula; já temos a fórmula do artigo 12 que, no caso de pedido de liminar, dispensa para o julgamento do mérito, mas talvez, em casos desse tipo, realmente devêssemos já

ADI 4.661 MC / DF

proceder o julgamento de mérito.

No mais, acredito que este é um caso quase que patentemente de uma inconstitucionalidade aritmética, quer dizer, é uma afronta – direta mesmo – ao Texto Constitucional.

Acompanho o Relator.

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.

Cumpr 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

ADI 4.661 -MC / DF

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 **inconvincente** 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**

ADI 4.661 -MC / DF

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*" (RF 145/164 - RDA 34/132), eis que - como relembra BILAC PINTO, em conhecida conferência sobre "**Os Limites do Poder Fiscal do Estado**" (RF 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",

ADI 4.661 -MC / DF

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

ADI 4.661 -MC / DF

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**

ADI 4.661 -MC / DF

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

ADI 4.661 -MC / DF

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 invalidade 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

ADI 4.661 -MC / DF

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" RDTr 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).

ADI 4.661 -MC / DF

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.

ADI 4.661 -MC / DF

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 abrangiu 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)

ADI 4.661 -MC / DF

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

ADI 4.661 -MC / DF

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

ADI 4.661 -MC / DF

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.

20/10/2011

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
4.661 DISTRITO FEDERAL****VOTO**

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - De fato, seria inútil tentar acrescentar alguma coisa, mas eu gostaria de chamar a atenção da Corte apenas para dois aspectos que me parecem relevantes no caso.

Primeiro é que, a partir do que foi agora reafirmado pelo Ministro Celso de Mello, e já tinha sido também, de outro modo, realçado pelo Ministro Gilmar Mendes, ninguém, nenhum de nós tem dúvida de que esta condição de exigibilidade tributária constitui, não obstante deslocada do artigo 5º da Constituição, um direito fundamental do contribuinte perante, vamos dizer, o arbítrio destrutivo ou os excessos gravosos do Estado. É, portanto, um direito fundamental que nem o próprio constituinte derivado poderia mutilar e, muito menos, extinguir.

Não sei se Vossas Excelências estão percebendo a circunstância de que esta segunda modalidade de condição da anterioridade nonagesimal já é uma restrição ao constituinte original, porque ela foi introduzida pela Emenda nº 42. Já é, em si, questionável. Daí que, pelo fato de ser garantia constitucional, direito fundamental, a interpretação da palavra da “lei”, como objeto do disposto no 150, III, inciso “c”, evidentissimamente não pode ser interpretado restritivamente contra o destinatário da garantia. Noutras palavras, a palavra “lei”, aí, não pode ser tomada em sentido estrito para reduzir, para diminuir a garantia representada pela condição de exigibilidade do tributo. Noutras palavras, a palavra “lei” aqui no caso, para atender ao seu escopo de resguardar um direito fundamental do contribuinte, tem que ser tomada no sentido amplo como qualquer ato normativo.

E o segundo ponto é que a faculdade prevista no 153, § 1º, que permite ao Poder Executivo, nos limites da lei, proceder a majorações, como diz o próprio inciso II, do Decreto-lei nº 1.199, não deixa,

ADI 4.661 MC / DF

evidentissimamente, de ser uma forma de aumento de tributo, que tem que cair na restrição do 150, inciso III, letra "c". E, em vindo por via de decreto, a interpretação tem de ser **a fortiori**, ou seja, se nem por lei isso é admissível, muito menos poderá sê-lo por via de decreto, razão por que eu também acompanho, na íntegra, todos os votos, e, em especial, o voto do Ministro Relator. E consulto o Tribunal se vamos fixar então eficácia **ex tunc**.

20/10/2011

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
4.661 DISTRITO FEDERAL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Presidente, mantenho o voto tal como proferido.

Observo a natureza do pronunciamento: é cautelar e não reparativo. O Decreto passou a vigor em 15 de setembro de 2011. Cito o mesmo princípio que se tem para deferir a liminar – a segurança jurídica –, para manter a eficácia cautelar desde este momento, não retroagindo o efeito da tutela, de natureza provisória, para aguardar-se o julgamento definitivo.

Mantenho-me, portanto, fiel à doutrina que até aqui foi observada pelo Tribunal. Objetivou-se, com o pedido, evitar o risco e não reparar o dano, presente o período pretérito.

Por isso, defiro a liminar tal como consignado no voto, ou seja, com eficácia a partir deste momento.

20/10/2011

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
4.661 DISTRITO FEDERAL**

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Os demais votam *ex tunc*? Sim, *ex tunc*.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.661

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

REQTE.(S) : DEMOCRATAS - DEM

ADV.(A/S) : LUÍS FERNANDO BELÉM PERES E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: O Tribunal, por votação unânime, concedeu a liminar, com eficácia *ex tunc*, contra o voto do Relator, que a concedia com eficácia *ex nunc*. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pelo requerente, o Dr. Luís Fernando Belém Peres e, pela Advocacia-Geral da União, o Ministro Luís Inácio Lucena Adams, Advogado-Geral da União. Plenário, 20.10.2011.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

p/ Luiz Tomimatsu
Secretário