

15/09/93

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Nº 00009397/600

V O T O

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA : - Sr. Presidente. Na técnica constitucional dos direitos e garantias individuais dos nossos dias, escreveu PONTES DE MIRANDA, acerca da Carta Política de 1946, "os direitos fundamentais não se confundem com os outros direitos assegurados ou protegidos pelas Constituições. As Constituições não protegem só direitos fundamentais. Vão além deles e das linhas separativas dos poderes. (...). Direitos Fundamentais valem perante o Estado, e não pelo acidente da regra constitucional. (...). Os conjuntos de direitos fundamentais olham, de frente, o Estado, constituem (R. Thoma, Festgabe, 187) estações no eterno processo "the man versus the State", em ondas que vão e vêm" ("in" Comentários à Constituição de 1946, vol. III, pág. 145).

Noutro passo, PONTES DE MIRANDA anota:

"3) São distintas dos direitos fundamentais, absolutos e relativos, as garantias institucionais. Com elas, o que se tem por fito é a proteção a certas instituições estatais ou, até supraestatais. Nenhuma delas pode ser concebida, sem grave deturpação conceptual, como direito de liberdade. Por isso mesmo são limitadas: o que se garante não é alguma coisa que preexiste ao Estado, mas alguma coisa como o Estado mesmo a concebe" (op. cit., pág. 153).

O ilustre professor SACHA CALMON NAVARRO COELHO, discorrendo sobre os princípios constitucionais tributários, na Carta Política de 1988, anota: "O princípio da anterioridade pelo qual a lei tributária só pode ganhar eficácia após um dado interregno de tempo que permita aos contribuintes se adaptarem às exigências fiscais (não-surpresa, segurança jurídica, confiança na lei fiscal). A anterioridade, na técnica constitucional, é aferida não em relação à "existência formal da lei, mas em presença do fato gerador em abstrato da obrigação prevista na lei". Assim, o fato gerador só poderá ocorrer no mundo fenomênico (fato gerador concreto ou fato

01730100
05550000
09393160
01351960



AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Nº 00009397/600

imponível), após exaurido o pré-aviso constitucional. Fora disso, tem-se arremedo de não-surpresa, em desfavor da axiologia jurídica ("apud" SACHA CALMON NAVARRO COELHO - "Garantias do Contribuinte Defluentes do Sistema Tributário da Constituição Brasileira de 1988", "in" "As Garantias do Cidadão na Justiça", ed. Saraiva, 1993, pág. 289).

Está, entre nós, consagrado, constitucionalmente, o princípio da anterioridade, desde a Constituição de 1946, que o inseriu no Capítulo II do Título IV, acerca "DOS DIREITOS E DAS GARANTIAS INDIVIDUAIS" - art. 141, § 34, "in verbis":

"§ 34. Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça; nenhum tributo será cobrado em cada exercício sem prévia autorização orçamentária, ressalvada, porém, a tarifa aduaneira e o imposto lançado por motivo de guerra."

Repetiu a regra transcrita a Constituição de 1967, art. 150, § 29.

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, conferiu nova redação ao § 29 do art. 153, da Constituição de 1967, que passou a ter esta redação:

"§ 29. Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça, nem cobrado, em cada exercício, sem que a lei que o houver instituído ou aumentado esteja em vigor antes do início do exercício financeiro, ressalvados a tarifa alfandegária, e a de transporte, o imposto sobre produtos industrializados e o imposto lançado por motivo de guerra e demais casos previstos nesta Constituição."

A Emenda Constitucional nº 8, de 1977, ampliou as exceções à incidência do § 29 do art. 153 da Emenda Constitucional nº 1/1969, incluindo-se, ainda, a previsão de outros tributos "especialmente indicados em lei complementar".

A Constituição de 1988 disciplinou a matéria em seu art. 150, "verbis":

J. Nori



AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Nº 00009397/600

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

- I - omissis;
- II - omissis;
- III - cobrar tributos:

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

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

Comentando o art. 153, § 29, da Emenda Constitucional nº 1/1969, PONTES DE MIRANDA escreveu:

"A finalidade do princípio constitucional é (a) proibir, durante o ano em que se cobram os tributos, que se crie, para o mesmo ano, qualquer tributo; (b) exigir a inserção no orçamento de referência a qualquer lei que haja criado imposto, cuja incidência dependa de com ele se contar para as despesas do ano seguinte. Em consequência, infringe o princípio: a) qualquer lei sobre tributo (criação ou aumento ou diminuição) - que não seja sobre tarifa aduaneira ou imposto lançado por motivo de guerra - promulgada num ano, não pode ter execução no mesmo ano, porque não consta do orçamento" (...). - " ("in" Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, Tomo V, 1987, pág. 624).

Noutro passo de seus Comentários, ainda observa PONTES DE MIRANDA, a respeito do mesmo dispositivo constitucional:

"O que o art. 153, § 29, 2ª parte, da Constituição de 1967 tem por fito é pôr em memória o que se vai



/MCA

J. W. W. W.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Nº 00009397/600

cobrar, exigir que tudo se processe de modo que o contribuinte facilmente saiba o que vai ter de pagar. Não se teve em mira cercear a atividade legislativa" (op. cit., pág. 622).

Referindo-se à norma do art. 150, III, letra "b", da Constituição de 1988, IVES GANDRA MARTINS, nos Comentários à Constituição de 1988, 6º vol., tomo I, págs. 159/160, observa:

"A Constituição de 1946 acatou o princípio da anualidade em sua plenitude, isto é, além de necessitar a lei ser anterior ao exercício em que seria exigido o tributo, ela deveria ser anterior à aprovação do orçamento prospectivo de receitas e despesas públicas do ano subsequente.

O princípio da anterioridade, à evidência, tem impacto de proteção consideravelmente menor. A lei tributária pode ser editada após a aprovação do orçamento, bastando que seja anterior ao exercício.

O princípio da anterioridade, se solitariamente cuidado, não representaria garantia maior ao contribuinte. A expressa vedação à irretroatividade fiscal e os rígidos controles impostos às leis orçamentárias e de diretrizes, que analisarei ainda neste volume, fortaleceram, todavia, seu perfil, ofertando hoje garantia maior que a mera enunciação do art. 153, § 29, da Emenda Constitucional nº 1/69, cuja fragilidade só não foi maior em face da jurisprudência criativa do Supremo Tribunal Federal ao examinar os Decretos-leis nºs 1967 e 1968/82. Creio mesmo que possa ser advogada a tese de que o art. 165 da Constituição Federal reintroduziu o princípio da anualidade no direito pátrio."

Não obstante a Constituição de 1988 não haja inserido o princípio da anterioridade no Capítulo dos "direitos e garantias individuais", tal como o fizeram as Constituições,

J. Néri



MCA

desde 1946,--não se transmudou a natureza de garantia individual a conferir-se ao referido princípio, por sua posição no contexto da Carta Política em vigor. Certo está que esta, como registra IVES GANDRA MARTINS, na obra referida, pág. 140, foi a Constituição que, "pela primeira vez, "dedica seção inteira de capítulo às principais garantias do contribuinte contra o Fisco, ao determinar claros pontos de limitação ao poder de tributar". E acrescenta: "O art. 150, que se aplica à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, faz, de início, menção a outras garantias asseguradas ao contribuinte, quase todas elas postadas no art. 5º, como as da inviolabilidade de correspondência, de domicílio, do direito à propriedade, à plena defesa perante o Poder Judiciário etc." (op. cit., pág. 141). Noutro passo, assere, ainda (op. cit., pág. 143): "Parece-me, pois, que não só a Constituição assegura garantias e direitos ao contribuinte, estes imutáveis, enquanto não modificável a ordem constitucional, como outras garantias e direitos podem ser introduzidos, inclusive nas ordens constitucionais inferiores, a que não é lícito retirar direitos supremos, mas a que é lícito acrescentar elenco maior de proteção. O discurso inicial do art. 150 cuida, pois, exclusivamente, de parcela importante de garantias, mas não de todas elas. Até porque na busca da proteção jurídica a Constituição deve voltar-se sempre à proteção da sociedade contra o excesso de poder do Estado".

Não vejo, destarte, haja a Constituição de 1988, em seu art. 150, III, letra "b", desnaturado o princípio da anterioridade, como garantia do contribuinte e, assim, como garantia individual, tal qual sucedia nos regimes constitucionais anteriores, desde 1946. Nem se justificaria entendimento diverso, após mais de quarenta anos de consagração do princípio entre os direitos e garantias individuais, à vista do espírito da Constituição de 1988, que se informa por preocupação de preservar os valores do Estado Democrático de Direito, registrando-se, ainda, no § 2º de seu art. 5º, que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.

J. N. K. i



AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Nº 00009397/600

Compreendo, assim, que, no âmbito da cláusula pétrea do art. 60, § 4º, IV, da Constituição, há de ter-se como inserida a matéria concernente ao princípio da anterioridade, como garantia individual. Isso está a significar que a Emenda Constitucional nº 3, de 1993, ao afastar, em seu art. 2º, § 2º, a aplicação do princípio consignado no art. 150, III, letra "b", da Constituição, quanto ao Imposto sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos de Natureza Financeira (IPMF), feriu a cláusula pétrea do art. 60, § 4º, IV, da Constituição de 1988, e, em conseqüência, há de ter declarada sua invalidade, afetando essa eiva de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 3/1993, quanto ao art. 2º, § 2º, no ponto referido, a subsequente Lei Complementar nº 77, de 13/7/1993, que institui o IPMF, dando outras providências.

Não cabe, de outra parte, invocar, aqui, a significação do produto da arrecadação do IPMF, à vista da conjuntura atual. No particular, é preciso ter presente que, se é exato que a normatividade decorrente da Constituição, enquanto esta é fundamento da ordem jurídica e das instituições políticas, há de encontrar seiva vital na realidade histórica de seu tempo, nas circunstâncias, nos fatos sociais, não é menos certo que a necessária pretensão de eficácia, de efetividade, que exsurge do conteúdo normativo da Constituição, não pode ceder seu império a essa realidade histórica. Diante da normatividade da Constituição, de sua constante vocação à eficácia e do necessário respeito que há de merecer, não resta espaço legítimo, portanto, a opor razões de conveniência ditadas pela conjuntura, pela realidade de fatos presentes, - por vezes, suscetíveis de rápida mutação, - se não estiverem em conformidade com a Constituição. Consoante acentuou, admiravelmente, o ex-Presidente da Corte Constitucional alemã Konrad Hesse: "Todos os interesses momentâneos - ainda quando realizados - não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que a sua observância revela-se incômoda". Como acentuou, à sua vez, Walter Burckhardt, "aquilo que é identificado como vontade da Constituição deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Nº 00009397/600

renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático". Noutro passo, de referência a quem, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, acrescenta: "malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado" ("in" HESSE, "A Força Normativa da Constituição", tradução de Gilmar Ferreira Mendes, ed. Sérgio Antonio Fabris, págs. 21/22).

Referindo-se, de outra parte, em seu notável ensaio, quanto à revisão constitucional, à força normativa da Constituição, observa o referido ilustre ex-Presidente da Corte Constitucional alemã (op. cit., pág. 22):

"Igualmente perigosa para a força normativa da Constituição afigura-se a tendência para a freqüente revisão constitucional sob a alegação de suposta e inarredável necessidade política. Cada reforma constitucional expressa a idéia de que, efetiva ou aparentemente, atribui-se maior valor às exigências de índole fática do que à ordem normativa vigente. Os precedentes aqui são, por isso, particularmente preocupantes. A freqüência das reformas constitucionais abala a confiança na sua inquebrantabilidade, debilitando a sua força normativa. A estabilidade constitui condição fundamental da eficácia da Constituição."

Não tenho, ainda, como relevante a objeção, segundo a qual, havendo o art. 150, § 1º, estabelecido que a vedação do inciso III, "b", não se aplica aos impostos previstos nos arts. 153, I, II, IV e V, e 154, II, da Constituição, disso resultaria a possibilidade de, por emenda constitucional, ser prevista nova exceção, tal como ocorreu com



2. Ufr

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Nº 00009397/600

a Emenda Constitucional nº 3/1993.

Correta seria tal objeção, "ad instar" do que ocorreu no regime constitucional anterior, não fosse a existência, agora, de cláusula pétrea a interditar, nesse sentido, deliberação do poder constituinte instituído, "ut" art. 60, § 4º, IV, da Carta Política em vigor, óbice inexistente no sistema da Emenda Constitucional nº 1/1969, onde, apenas, se impedia emenda constitucional tendente a abolir a Federação ou a República (art. 47, § 1º.).

Não há, pois, deixar de reconhecer a relevância do fundamento da ação, baseado em alegações de ter a Emenda Constitucional nº 3/1993 ferido o princípio da anterioridade, em dispondo como o fez em seu art. 2º, § 2º.

A conveniência de suspender a cobrança do IPMF, diante dos fundamentos da ação, foi, por igual, bem acentuada no voto do Senhor Ministro Relator, diante do princípio da anterioridade.

Do exposto, também conheço, em parte, da ação, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator. No mérito, quanto à cautelar, à vista das considerações supra, meu voto defere o pedido, para suspender a vigência do art. 2º, § 2º, da Emenda Constitucional nº 3/1993, bem assim da Lei Complementar nº 77, de 13 de julho de 1993, até 31 de dezembro de 1993, eis que, suspensa a eficácia do art. 2º, § 2º, quando determina a não aplicação do princípio da anterioridade (art. 150, III, "b", da Constituição), na hipótese do IPMF, a consequência será a inviabilidade de cobrar-se dito tributo, até o término do exercício de 1993.

Estou, no particular, como o ilustre Relator, na expectativa de a Corte poder julgar, definitivamente, a demanda, antes do início do recesso de dezembro do ano em curso.

J. Neri

