

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE
DO EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

ADI - 4003

URGENTE

"La sola minaccia di ricorrere al tribunale costituzionale può costituire nelle mani della minoranza strumento idoneo per impedire alla maggioranza di violare incostituzionalmente i suoi interessi giuridicamente protetti ed opporsi così, in ultima analisi, alla dittatura della maggioranza, che non é meno pericolosa per la pace sociale di quella della minoranza" (HANS KELSEN – La giustizia costituzionale. Milano, Giuffré, pp. 202-203).

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Coordenadoria de
Processamento Inicial

08/01/2008 16:39 2931



DEMOCRATAS – DEM, partido político com representação no Congresso Nacional, devidamente registrado no Eg. Tribunal Superior Eleitoral, vêm, respeitosamente, por seu representante judicial devidamente constituído, à presença de Vossa Excelência, propor

**AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE**

com pedido de concessão de medida cautelar inaudita altera pars

com fundamento no art. 103, inciso VIII e 102, inciso I, alíneas "a" e "p", da Constituição Federal e na Lei n.º 9.868, de 10 de Novembro de 1999, contra o art.

17, bem como a incusão do próprio art. 17 no preceito constante do inciso II do art. 18 da Medida Provisória nº 413, de 3 de janeiro de 2008, pelas razões e fundamentos a seguir expostos:

I – Da Legitimidade

É inequívoca e pacífica a legitimidade ativa do Autor para agir em sede de controle constitucional concentrado, já que é Partido Político regularmente constituído perante o Tribunal Superior Eleitoral e com representação no Congresso Nacional, nos termos do artigo 103, inciso VIII, da Constituição e na Lei 9.868/1999, artigo 2º, inciso VIII.

II – Do ato normativo impugnado

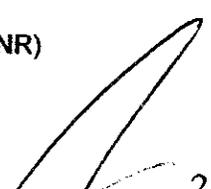
Na edição extra do Diário Oficial do dia 3 de janeiro de 2008, foi publicada a Medida Provisória nº 413, que *“dispõe sobre medidas tributárias destinadas a estimular os investimentos e a modernização do setor de turismo, a reforçar o sistema de proteção tarifária brasileiro, a estabelecer a incidência de forma concentrada da Contribuição para o PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS na produção e comercialização de álcool, altera o art. 3º da Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, e dá outras providências”*. Seu art. 17 promove importante alteração ao art. 3º da Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, que disciplina a contribuição social sobre o lucro:

Art. 17. O art. 3º da Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 3º A alíquota da contribuição é de:

I - quinze por cento, no caso das pessoas jurídicas de seguros privados, as de capitalização e as referidas nos incisos I a XII do § 1º do art. 1º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001; e

II - nove por cento, no caso das demais pessoas jurídicas.” (NR)



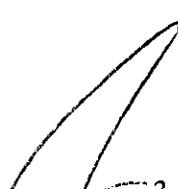
Na prática, majorou-se de 9% para 15% (inciso I do art. 3º) a alíquota da contribuição incidente sobre as pessoas jurídicas de seguros privados, as de capitalização e as referidas nos incisos I a XII do § 1º do art. 1º da Lei Complementar no 105, de 10 de janeiro de 2001. Na prática, as empresas que atuam no setor financeiro. Os demais contribuintes do tributo continuam recolhendo com base na alíquota de 9% (inciso II do art. 3º).

A seu turno, o art. 18, II, da Medida Provisória nº 413/2008 determina que o aumento promovido pelo art. 17 *passa a produzir efeitos a partir do primeiro dia do quarto mês subsequente ao da publicação da Medida*. Portanto, na data em que o texto determina a produção de efeitos terá – é evidente – findado o exercício de 2007 e 3 meses do exercício de 2008.

A exigência da majoração, portanto, não pode recair sobre os resultados do ano-base 2007 e do ano-base 2008, gerando a partir daí relevantes óbices de natureza constitucional. Tais incompatibilidades, como se pode depreender dos fundamentos abaixo destacados, não podem vicejar ante o ordenamento constitucional pátrio.

III – Da inconstitucionalidade da aplicação da majoração da CSLL (art. 17 da MP nº 413/2008) sobre os resultados obtidos nos exercícios de 2007 e 2008

Como observado anteriormente, a majoração de alíquota promovida pelo art. 17 da Medida Provisória nº 417/2008 não passa a produzir efeitos de imediato. Em face de sua sujeição à noventena (art. 195, § 6º, da Constituição), o enunciado do inciso II do art. 18 determina que somente produzirá



efeitos a partir do primeiro dia do quarto mês subsequente ao da publicação da Medida.

Cumprе observar, no entanto, que na data anunciada pelo texto legal já terão transcorrido o ano de 2007 e pouco mais de 3 meses do ano de 2008. Decorre daí que, em face do princípio constitucional da irretroatividade tributária (art. 150, III, "a", da Constituição), a majoração não pode ter aplicação a fato gerador ocorrido antes da sua vigência. *Mutatis mutandis*, somente incide sobre fatos geradores ocorridos após sua vigência. Esta a lição ministrada pelo eminente tributarista HUMBERTO ÁVILA:

(...) Ela pode ser descrita com base em duas perspectivas. Primeiro, o cidadão deve saber previamente quais são as normas válidas. Isso só é possível, quando elas atingirem fatos ocorridos após a sua edição (proibição de retroatividade) e quando o cidadão tiver condições de conhecer com antecedência o conteúdo das leis (regra da anterioridade).¹

Sabe-se que o fato gerador da contribuição social sobre o lucro implica o resultado financeiro obtido durante a atividade econômica realizada em todo o exercício. É o que explicita o art. 2º da Lei nº 7.689:

Art. 2º A base de cálculo da contribuição é o valor do **resultado do exercício**, antes da provisão para o imposto de renda.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo:

a) **será considerado o resultado do período-base encerrado em 31 de dezembro de cada ano;**

b) no caso de incorporação, fusão, cisão ou encerramento de atividades, a base de cálculo é o resultado apurado no respectivo balanço;

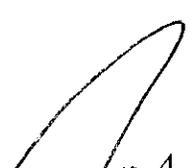
c) o resultado do período-base, apurado com observância da legislação comercial, será ajustado pela:

1. exclusão do resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido;

2. exclusão dos lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computado como receita;

3. (Revogado pela Lei nº 7.856, de 1989)

¹ Cf. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, p. 144.



4. adição do resultado negativo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido.

§ 2º No caso de pessoa jurídica desobrigada de escrituração contábil, a base de cálculo da contribuição corresponderá a dez por cento da receita bruta auferida no **período de 1º janeiro a 31 de dezembro** de cada ano, ressalvado o disposto na alínea b do parágrafo anterior.

Tendo o ano-base de 2007 já transcorrido fica evidente o descabimento da aplicação da alíquota majorada em 2008. De outra parte, também descabe aplicá-la em face do ano-base 2008. O resultado financeiro de 2008 – que é tomado como base para a cobrança da contribuição – engloba o rendimento obtido durante todos os meses do ano, inclusive aqueles em que ainda não tinha vigência (aptidão para produzir efeitos) a nova alíquota (art. 17 da MP nº 413/2008). Isto é, o ano-base é, para efeito de tributos de fato gerador complexo como a CSLL, incidível – ainda que eventualmente vigorem técnicas de recolhimento antecipado. Não há como dividir o resultado financeiro do exercício em antes e depois da majoração. O fato gerador é, no caso, uno. Não se submete a dois regimes jurídico-tributários diversos. Ademais, o texto legal não faz qualquer distinção de períodos.

O descabimento de cobrar a majoração em face do resultado obtido no ano-base em que passou a ter vigência é ressaltada em precedente desta Elevada Corte, conforme o voto vencedor de seu relator, Ministro CARLOS VELLOSO:

Pela corrente fiscalista, pois, apenas os fatos posteriores à Medida Provisória nº 22, de 06.12.88, é que poderiam formar o lucro apurado a 31 de dezembro do mesmo ano; noutras palavras, somente o lucro que se baseasse nos fatos ocorridos após a edição da M.P. 22, de 06.12.88, é que estaria sujeito à incidência do artigo 8º da Lei nº 7.689/88. Todavia, como o artigo 8º da Lei nº 7.689, de 1988, não faz a distinção, mas dispõe, de forma ampla, que a "contribuição social será dividida a partir do resultado apurado no período-base a ser encerrado em 31 de dezembro de 1988", segue-se que é ele inconstitucional.²

² Cf. voto proferido no RE nº132.284-8, Rel. Min. Carlos Velloso, in DJU de 28.08.92.

Em outro caso, este mesmo entendimento foi incorporado pelo eminente Ministro MAURÍCIO CORRÊA:

E o que se dá na espécie? Instituída a contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas, pela Lei 7.689/88, veio a Lei 7.856, de 24 de outubro de 1989 (lei de conversão da MP 86, de 22.09.89), majorando a alíquota da referida contribuição de 8% para 10%, no exercício de 1990, ano-base de 1989. Se se entende aplicável na espécie a "vacatio legis" de noventa dias, com o que não consinto pelas razões já expostas, ter-se-á como aplicável a majorante nos 09 (nove) dias derradeiros do mês de dezembro, posto que somente a partir de 22 de dezembro de 1989 estaria em vigor a Lei 7.856/89. E isto porque o fato gerador do lucro da empresa não ocorre em um único momento, muito embora a apuração desse lucro se dê ao final do exercício financeiro. E assim, a Lei nova não poderia incidir sobre estas aquisições de disponibilidades anteriores à sua vigência. Tal não pode suceder, vez que a própria lei instituidora da contribuição social sobre o lucro das empresas (Lei 7.689/88) define a base de cálculo da exação o valor do resultado do exercício (financeiro), antes da provisão do imposto de renda (art. 2º).³

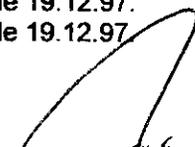
Neste julgado, o Ministro CARLOS VELLOSO reiterou seu entendimento, em manifestação lapidar:

Pelo princípio da irretroatividade, os fatos ocorridos anteriormente à Medida Provisória 86, de 22.09.89, não seriam atingidos (C.F., art. 150, III, "a"). E pelo princípio da anterioridade (C.F., art. 195, § 6º), de 22.09.89, a 22.12.89, contando-se o prazo de noventa dias a partir da Medida Provisória 86, de 22.09.89, a norma não teria eficácia: somente os fatos ocorridos a partir de 22.12.89 é que constituiriam fatos geradores do tributo. E não poderia incidir sobre o lucro apurado em 31.12.89, dado que o lucro apurado no dia 31 de dezembro é resultado de diversos negócios jurídicos realizados durante o exercício, 1º de janeiro a 31 de dezembro. A incidência é sobre esse lucro, que é o saldo positivo de entradas e de saídas, de fatos ocorridos durante o exercício. O art. 2º da Lei 7.856/89 estaria a incidir sobre fatos já ocorridos, dado que, não custa repetir, o lucro traduz o resultado desses fatos.⁴

É certo que o Supremo Tribunal Federal acabou por restringir tal orientação sobre a aplicação do princípio da irretroatividade (RE nº 197.790, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 21.01.97; RE nº 181.664/RS, Rel. p/ o acórdão Min. Ilmar

³ Cf. voto proferido no RE nº 181.664/RS, Rel. p/ o acórdão Min. Ilmar Galvão, in DJU de 19.12.97.

⁴ Cf. voto proferido no RE nº 181.664/RS, Rel. p/ o acórdão Min. Ilmar Galvão, in DJU de 19.12.97.



Galvão, in DJU de 19.12.97), sugerindo a manutenção da Súmula 584, forjada ainda quando o aludido princípio não compunha a ordem constitucional.

No entanto, impõe-se a revisão desta orientação que, ao final, admite a tributação de fatos já ocorridos, ainda que combinados com outros por ocorrer. Ou seja, não se deu ao contribuinte o direito de conhecer do gravame tributário que estaria sujeito com precedência ao início de suas atividades anuais. Este o irretocável magistério do preclaro jurista SACHA CALMON NAVARRO COELHO:

Academicismo irritante, pois o importante é e sempre será o contribuinte saber, antes de realizar suas atividades, o quadro jurídico de regência dessas mesmas atividades, o que leva à tese de que só o dia 31 de dezembro seria, ética e juridicamente, o dia "apropriado". Caso contrário, falar em princípio da anterioridade traduziria enorme toleima, a crer-se na seriedade e nas funções do princípio.

Interessa aos jogadores de um time qualquer, de um esporte qualquer, jogar se saber as regras? E só tomar conhecimento após o jogo no vestiário? Privilegiado é o árbitro. Pode valorar a posteriori o vencedor e os vencidos.⁵

Nesse sentido, a aplicação da alíquota majorada pela Medida Provisória nº 413/2008 sobre atos ocorridos antes de sua vigência afronta a segurança jurídica que a Constituição pretendeu assegurar ao contribuinte, notadamente pelo princípio da irretroatividade da lei tributária.

IV – Da ausência dos pressupostos de relevância e urgência

A referida inaplicabilidade da majoração para o ano-base 2008, em virtude do princípio da irretroatividade, evidencia a falta de urgência e relevância de se majorar **em janeiro de 2008** a alíquota da contribuição apenas para se aplicar ao ano de 2009. Não há como justificar qualquer coeficiente de urgência em casos

⁵ Cf. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 9ª Ed., 2007, p. 261.



como este, em que o preceito normativo estatuído somente pode ter incidência após o transcurso de quase 12 meses. Trata-se, evidentemente, de abuso com o qual não se pode concordar.

Assim, o autor, partido minoritário e de oposição que é, suplica ao Supremo Tribunal Federal a revisão da jurisprudência anterior sobre a matéria, seguindo, por exemplo, a orientação firmada pela *Corte Costituzionale* italiana que, após longo período de tolerância em relação aos abusos cometidos pelo Governo italiano na edição e na reiteração de *decreti-legge*, em um *obiter dictum* constante da Sentença nº 302, de 9 de março de 1988, repreendeu as instituições italianas pela degeneração no uso (abuso) da decretação de urgência e, inclusive, sugeriu fossem empreendidas reformas normativas para que não acabasse esvaziado o significado dos preceitos postos no art. 77 da Constituição italiana de 1947 (cf. CONCARO, Alesandra. *Il sindacato di costituzionalità sul decreto-legge*, Milão: Giuffrè, 2000, p. 73 e PITRUZZELLA, Giovanni. *La legge di conversione del decreto legge*, Padova: CEDAM, 1989, p. 150 a 154).

Mantida – e exacerbada – a prática abusiva de edições e reiterações de *decreti-legge*, a Corte Constitucional italiana deixou de se contentar com repreensões episódicas, passando a reconstruir entendimentos relativamente ao *decreto-legge* (ANGIOLINI, Vittorio. *La 'reiterazione' dei decreti-legge. La Corte censura i vizi del Governo e difende la presunta virtù del Parlamento?* in *Diritto pubblico*, n. 1, p. 115).

Em sua Sentença nº 360, de 17 de outubro de 1996, a Corte tomou uma decisão considerada, em doutrina, “corajosa”, porquanto buscou pôr um corretivo à reiteração de *decreto-legge* (BIN, Roberto e PITRUZZELLA, Giovanni. *Diritto costituzionale*, 2ª edição, Torino: Giappichelli, 2001, p. 354). A Corte, constatando que perdurava o estado de caos decorrente da prevalência da



legislação de fonte governativa – em detrimento da produção legislativa parlamentar, passou a fulminar, porque inconstitucionais, *decreti-legge* que não se apoiassem em efetivas e (quando fosse o caso) renovadas razões de necessidade e urgência.

A este propósito, vale referir a prudente advertência de ALESSANDRO PIZZORUSSO: o recurso à decretação de urgência em circunstâncias em que faltam os pressupostos de urgência e o emprego massivo do instrumento para disciplinar matérias que demandariam legislação estável e racional, **acabam por introduzir grave deturpação** (“stravolgimento”) **da forma de governo prevista pela Constituição** (PIZZORUSSO, Alessandro. *Manuale di istituzioni di diritto pubblico*, Nápoles: Jovene, 1997, p. 438-439).

De outra parte, a efetiva possibilidade de eliminação do quadro normativo positivado decorrente da precariedade do instrumento excepcional denota a inadequação de se realizar tão sensível alteração na estrutura tributária da União. Nesse sentido, é, também, o raciocínio expendido pelo eminente Ministro MARCO AURÉLIO:

*“Acresce, ademais, o descompasso entre o instrumental, a medida provisória, porquanto editada para vigor por período de trinta dias e o tema tratado – o da isenção. **Este não se coaduna, no que almeja o estímulo, na espécie, à implantação de indústrias, a investimentos, com a incerteza decorrente da regulamentação precária e efêmera da matéria com a latente possibilidade de inversão do quadro.**”* (cf. voto proferido na ADIn MC nº 2.348-9/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, in DJU de 07.11.2003)

Não apresenta, portanto, no que diz respeito ao seu conteúdo, a Medida Provisória nº 413/2008, no que respeita à majoração da contribuição social sobre o lucro, os pressupostos de relevância e urgência exigidos pelo art. 62 da Constituição.

V – Do cabimento de medida cautelar

A concessão de medida cautelar pauta-se, como é assente nessa Elevada Corte, pelos critérios consubstanciados (a) no perigo na demora da prestação judicial (*periculum in mora*) e (b) na plausibilidade jurídica da inconstitucionalidade alegada (*fumus boni juris*).

Decorre o *periculum in mora*, na hipótese, da imediata sujeição do Medida Provisória ao Congresso Nacional para efeito de conversão em lei. Ocorre que, em várias ocasiões, o processo de conversão em lei se conclui antes de o Supremo Tribunal Federal reunir condições apreciar a ação. Em casos como esse, alguns dos fundamentos têm sido alijados do exame judicial posterior, a exemplo da presença dos pressupostos de urgência e relevância (cf. ADIn nº 1.721/DF, Rel. Min. Carlos Britto; Ag na ADI nº 3.101, Rel. Min. Celso de Mello). Desse modo, o requisito do *periculum in mora* vem ao encontro do pleno exame da *questio juris* ora apresentada e, portanto, da plena defesa da ordem constitucional.

O *fumus boni juris* está, tem-se a impressão, sobejamente demonstrado nesta exordial, na medida em que o preceito normativo ora impugnado não pode ser aplicado aos anos-base 2007 e 2008, além dos vícios formais ora apontados

V – Dos Pedidos

Em face do exposto, requer seja julgada procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade, para declarar a inconstitucionalidade do art. 17,

bem como da incusão do próprio art. 17 no preceito constante do inciso II do art. 18 da Medida Provisória nº 413, de 3 de janeiro de 2008. Alternativamente, pede-se seja reconhecida interpretação conforme à Constituição ou a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto no sentido de impedir a incidência da alíquota majorada pelo art. 17 da Medida Provisória nº 413/2008 aos períodos-base 2007 e 2008.

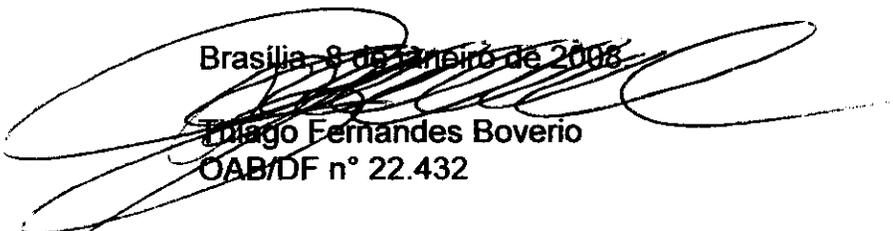
Pede-se também a concessão de medida cautelar *inaudita altera pars*, em vista da excepcional urgência e risco de dano à segurança jurídica, nos termos do artigo 10, § 3º, da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, de modo a suspender a eficácia dos preceitos normativos ora impugnados, até o julgamento final desta Ação, demonstrados à exaustão a probabilidade e a plausibilidade jurídica do pedido, bem como o perigo na demora da prestação jurisdicional.

Roga-se, caso se entenda não ser o caso de julgamento cautelar *inaudita altera pars*, que seja adotado o rito constante do art. 10 da Lei nº 9.868/99 – e não o do art. 12, incompatível com a urgência que informa (a) o ato normativo impugnado, bem assim (b) o provimento ora requerido.

Requer, enfim, o AUTOR, seja citado o Presidente da República, na condição de autoridade responsável pela produção do ato, para, querendo, apresentar informações, intimando-se posteriormente o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República para que, na forma e **nos prazos** da Lei, manifestem-se a respeito do feito.

Nesses Termos,
Pede Deferimento.

Brasília, 8 de janeiro de 2008.


Thiago Fernandes Boverio
OAB/DF nº 22.432