Ação declaratória de constitucionalidade. Decreto 11.374/2023, publicado em 02 de janeiro de 2023. Restabelecimento de alíquotas do PIS/PASEP e da COFINS. Controvérsia relevante. Existência. Conhecimento da ADC. Necessidade de observância da anterioridade nonagesimal. Medida cautelar não referendada.

1. Trata-se de ação declaratória de constitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Presidente da República, cujo objetivo é reconhecer a constitucionalidade de disposições do Decreto 11.374/2023 no que repristinou o art. 1º do Decreto 8.426/2015.

2. Resta comprovada a existência controvérsia judicial relevante, tendo em vista a existência de inúmeros pronunciamentos jurisdicionais conflitantes acerca da aplicabilidade, ou não, da anterioridade nonagesimal em relação ao Decreto Presidencial 11.374/2023.

3. A anterioridade tem como intuito possibilitar *o planejamento anual das atividades econômicas, sem o inconveniente da insegurança, pela incerteza quanto ao ônus tributário a ser considerado* (MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário* . 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 217), suprimindo, desse modo, a surpresa na seara tributária.

4. Este Supremo Tribunal Federal, na sessão plenária de 10.12.2020, ao julgamento da ADI 5.277/DF, de relatoria do Ministro *Dias Toffoli* , firmou entendimento no sentido da necessidade de respeito à anterioridade nonagesimal quando o Poder Executivo majorar, ainda que de forma indireta, por meio do restabelecimento de alíquotas pregressas, a contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS por meio de decreto.

5. Ainda que por curto e exíguo período, o Decreto 11.322/2022 – que reduziu as alíquotas das contribuições em análise – vigorou no ordenamento

Plenário Virtual - minuta de voto - 08/05/2023

jurídico brasileiro. Não há, segundo penso, como afirmar ter ocorrido mera manutenção de alíquotas, mesmo porque tal a *manutenção* pressupõe, necessariamente, continuidade normativa, o que não ocorreu no caso.

6. Nego referendo à medida cautelar.

Voto-Vogal

A Senhora Ministra Rosa Weber (Presidente) : **1.** Compartilho o relatório lançado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, Relator. O presente caso diz, em primeiro lugar, com a presença dos requisitos indispensáveis à concessão de medida cautelar (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*) e, em um segundo plano, com a incidência da anterioridade nonagesimal.

I) Legitimidade ativa

2. Reconheço, de plano, a legitimidade ativa *ad causam* do Presidente da República, forte no art. 103, I, da Constituição Federal e do art. 2º, I, da Lei 9.868/1999.

II) Controvérsia judicial relevante

3. Consabido que as leis e atos normativos em geral surgem no ordenamento positivo com presunção *iuris tantum* de constitucionalidade. Por isso, a ação declaratória de constitucionalidade somente se justifica em face da existência de relevante controvérsia judicial em torno da sua constitucionalidade (art. 14, III, da Lei 9.868/1999).

É preciso ter presente, contudo, que a constatação objetiva da existência de situação configuradora de controvérsia judicial relevante não resulta da simples indicação de decisões judiciais divergentes proferidas por Tribunais diversos. A finalidade da ação declaratória de constitucionalidade não pode ser reduzida à função de mero sucedâneo dos incidentes processuais e recursos destinados à uniformização da jurisprudência nacional.

Luiz Guilherme Marinoni afirma que *a razão de ser da declaração de constitucionalidade* ***não está na insegurança propiciada pela incoerência***

Plenário Virtual - minuta de voto - 08/05/2023

das decisões , mas na falta de previsibilidade acerca da validade da norma . *É a desconfiança na validade da norma, gerada por decisões judiciais, que justifica a declaração de que a norma é válida, portanto, aplicável* (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo. *Curso de Direito Constitucional* . 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1.151).

Insista-se, a ação declaratória de constitucionalidade não objetiva encerrar, antecipadamente, as discussões judiciais quanto ao sentido e o significado das normas, nem uniformizar a jurisprudência dos Tribunais. Busca-se conferir segurança jurídica às relações sociais, diante de um quadro de desconstrução da presunção de constitucionalidade de leis e atos normativos federais, evidenciado por relevante controvérsia judicial capaz de instaurar uma crise de incerteza quanto à validade jurídico-constitucional das normas questionadas. Nesse sentido:

> "AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE - PROCESSO OBJETIVO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - A NECESSÁRIA EXISTÊNCIA DE CONTROVÉRSIA JUDICIAL COMO PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE - AÇÃO CONHECIDA.
>
> - O ajuizamento da ação declaratória de constitucionalidade, que faz instaurar processo objetivo de controle normativo abstrato, **supõe a existência de efetiva controvérsia judicial em torno da legitimidade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal** . Sem a observância desse pressuposto de admissibilidade, torna-se inviável a instauração do processo de fiscalização normativa *in abstracto* , pois a inexistência de pronunciamentos judiciais antagônicos culminaria por converter, a ação declaratória de constitucionalidade, em um inadmissível instrumento de consulta sobre a validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal, descaracterizando, por completo, a própria natureza jurisdicional que qualifica a atividade desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal.
>
> - O Supremo Tribunal Federal firmou orientação que exige a comprovação liminar, pelo autor da ação declaratória de constitucionalidade, da ocorrência, *em proporções relevantes* , de dissídio judicial, cuja existência - precisamente em função do antagonismo interpretativo que dele resulta - **faça instaurar** , **ante a elevada incidência de decisões que consagram teses conflitantes, verdadeiro estado de insegurança jurídica, capaz de gerar um cenário de perplexidade social e de provocar grave incerteza quanto à validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal** ."
>
> (**ADC 8-MC/DF** , Rel. Min. *Celso de Mello* , Tribunal Pleno, j. 13.10.1999, DJ 04.4.2003)

Plenário Virtual - minuta de voto - 08/05/2023

4 . No caso, resta comprovada a existência controvérsia judicial relevante, tendo em vista a existência de inúmeros pronunciamentos jurisdicionais conflitantes acerca da aplicabilidade, ou não, da anterioridade nonagesimal em relação ao Decreto Presidencial 11.374/2023.

5 . Demonstrada a satisfação do requisito previsto no art. 14, III, da Lei 9.868/1999 e presentes os demais pressupostos formais de admissibilidade, conheço da ação direta e passo ao exame do mérito.

III) Anterioridade tributária

6. Como já assentado pela jurisprudência desta Casa, a anterioridade tributária traduz expressiva garantia titularizada pelos contribuintes em face do Estado, haja vista consubstanciar uma importante e poderosa limitação ao poder de tributar. É por essa razão que o Plenário desta Corte, ao exame da ADI 939/DF, Rel. Min. *Sydney Sanches* , Tribunal Pleno, DJ 18.3.1994, assentou que referida disposição constitucional (art. 150, III, *b* , CF) revela-se como verdadeira cláusula pétrea, por se constituir em garantia individual associada à segurança jurídica.

A anterioridade, nesse contexto, tem como intuito possibilitar *o planejamento anual das atividades econômicas, sem o inconveniente da insegurança, pela incerteza quanto ao ônus tributário a ser considerado* (MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário* . 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 217), suprimindo, desse modo, a surpresa na seara tributária. É por essa razão que a Carta Política, a teor do art. 150, III, *b* , veda a cobrança de tributos no mesmo exercício financeiro em que publicada a lei, pois o contribuinte, para realizar o devido planejamento econômico-financeiro, deve ter prévia ciência a respeito do ônus a que será submetido.

Assim, tendo em vista a importância da anterioridade anual, esvaziada a partir de práticas institucionais, o constituinte derivado, em reforço à segurança jurídica, promulgou a Emenda Constitucional 42/2003, criando uma nova hipótese de vedação a cobrança de tributos por meio da anterioridade nonagesimal. Segundo o art. 150, III, *c* , da Constituição Federal não serão cobrados tributos antes de decorridos noventa dias da publicação da respectiva lei, desde que observada, ainda, a anterioridade anual prevista na alínea *b* do inciso III do art. 150 da Carta Política.

Plenário Virtual - minuta de voto - 08/05/2023

Com efeito, a doutrina tributarista tem acentuado a íntima relação de conexidade existente entre a anterioridade anual e a anterioridade nonagesimal, de modo que a observância conjunta de ambas revela-se como regra, pois *as duas modalidades de anterioridade – a genérica e a especial – entrecruzam-se, ampliando a proteção conferida aos contribuintes* (COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário* . 12. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 102). Assim, a anterioridade nonagesimal consubstancia regra de observância conjugada com a anterioridade anual, de modo que o tributo somente poderá *ser cobrado a partir do primeiro dia útil do exercício seguinte àquele em que a lei que o instituiu ou aumentou foi editada, a exigência só poderá ser feita, de qualquer modo, noventa dias após a publicação da lei* , tudo a fortalecer *a segurança jurídica dos cidadãos* (ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário* . 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 217).

Desse modo, para não incidência cumulativa da anterioridade anual e da anterioridade nonagesimal imprescindível a existência de disposição constitucional expressa nesse sentido. Destaco, ainda – estabelecido que, em regra, ambas as anterioridades devem incidir –, que o tributo somente poderá ser cobrado no exercício posterior à lei que o criou ou majorou e após o transcurso de noventa dias de sua publicação, sendo que *os prazos transcorrem simultaneamente, e não sucessivamente* (ADI 5.282/PR, Rel. Min. *André Mendonça* , Tribunal Pleno, DJe 07.11.2022, *v.g.*).

Nessa senda, impõe-se destacar que, a teor do art. 150, III, *b* e *c* , da Constituição da República, a anterioridade – além de, nos termos da disciplina constitucional, comportar inúmeras mitigações, a exemplo dos empréstimos compulsórios (art. 148, I, c/c art. 150, § 1º, ambos da CF) – se aplica às hipóteses de instituição ou majoração de tributos.

7. Vale destacar que, este Supremo Tribunal Federal, na sessão plenária de 10.12.2020, ao julgamento da ADI 5.277/DF, de relatoria do Ministro *Dias Toffoli* , firmou entendimento no sentido da necessidade de respeito à anterioridade nonagesimal quando o Poder Executivo majorar, ainda que de forma indireta, por meio do restabelecimento de alíquotas pregressas, a contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS por meio de decreto, como se observa de sua ementa:

> "Ação direta de inconstitucionalidade. Direito Tributário. Princípio da legalidade tributária. Necessidade de análise de cada espécie tributária e de cada caso concreto. **Contribuição ao PIS/PASEP e Cofins. Parágrafos 8º a 11 do art. 5º da Lei nº 9.718/98, incluídos pela**

Plenário Virtual - minuta de voto - 08/05/2023

Lei nº 11.727/08 . Venda de álcool, inclusive para fins carburantes. **Fixação, pelo Poder Executivo, de coeficientes para reduzir alíquotas dessas contribuições, as quais podem ser alteradas para mais ou para menos** , em relação a classe de produtores, produtos ou sua utilização. **Presença de função extrafiscal a ser desenvolvida. Anterioridade nonagesimal. Necessidade de observância** .

1. A observância do princípio da legalidade tributária é verificada de acordo com cada espécie tributária e à luz de cada caso concreto, sendo certo que não existe ampla e irrestrita liberdade para o legislador realizar diálogo com o regulamento no tocante aos aspectos da regra matriz de incidência tributária.

2. Para que a lei autorize o Poder Executivo a reduzir e restabelecer as alíquotas da contribuição ao PIS/Pasep e da Cofins, é imprescindível que o valor máximo dessas exações e as condições a serem observadas sejam prescritos em lei em sentido estrito, bem como exista em tais tributos função extrafiscal a ser desenvolvida pelo regulamento autorizado.

3. Os dispositivos impugnados tratam da possibilidade de o Poder Executivo fixar coeficientes para reduzir as alíquotas da contribuição ao PIS/PASEP e da Cofins incidentes sobre a receita bruta auferida na venda de álcool, inclusive, para fins carburantes, alíquotas essas previstas no caput e no § 4º do art. 5º da Lei nº 9.718/98, redação dada pela Lei nº 11.727/08, as quais podem ser alteradas, para mais ou para menos, em relação a classe de produtores, produtos ou sua utilização. **A lei estabeleceu os tetos e as condições a serem observados pelo Poder Executivo. Ademais, a medida em tela está intimamente conectada à otimização da função extrafiscal presente nas exações em questão. Verifica-se, ainda, que o diálogo entre a lei tributária e o regulamento se dá em termos de subordinação, desenvolvimento e complementariedade** .

4. **A majoração da contribuição ao PIS / Pasep ou da Cofins por meio de decreto autorizado submete-se à anterioridade nonagesimal prevista no art. 195 , § 6º , da CF / 88 , correspondente a seu art. 150 , III , c** .

5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente, conferindo-se interpretação conforme à Constituição Federal aos §§ 8º e 9º do art. 5º da Lei nº 9.718/98, incluídos pela Lei nº 11.727/08, e se estabelecendo que as normas editadas pelo Poder Executivo com base nesses parágrafos devem observar a anterioridade nonagesimal prevista no art. 150, III, c, do texto constitucional."

(**ADI 5.277/DF** , Rel. Min. *Dias Toffoli* , Tribunal Pleno,j. 10.12.2020, DJe 25.3.2021)

Por ocasião do referido julgamento, o Ministro *Dias Toffoli* ressaltou a necessidade de observância da anterioridade nonagesimal, ainda que a

Plenário Virtual - minuta de voto - 08/05/2023

majoração tributária ocorra de forma indireta, como na redução de benefício fiscal:

> "Tenho para mim que o simples fato de essas contribuições serem restabelecidas pelo Poder Executivo, nas hipóteses em que isso se mostra possível, não afasta a incidência da regra do art. 195, § 6º, da Constituição Federal, consideradas razões de segurança jurídica. Afinal, se a lei que, mesmo de forma indireta, majora a carga tributária do contribuinte – quer elas tenham ou não função extrafiscal – é obrigada a observar a anterioridade nonagesimal, com igual razão é obrigado a respeitá-la o regulamento autorizado.
>
> A Corte, aliás, vem firmando orientação nessa direção. No exame da ADI nº 4.661/DF-MC, o Tribunal Pleno concluiu que o decreto editado pelo Poder Executivo aumentando a alíquota do IPI (vide art. 153, § 1º, da Constituição Federal) deve respeitar a regra da anterioridade nonagesimal, instituída pela EC nº 42/03. Na ocasião, o Relator, Ministro Marco Aurélio, destacou que o art. 150, § 1º, do texto constitucional excluía a majoração do IPI da observância da anterioridade de exercício, prevista na alínea a do inciso III desse artigo, mas não da outra anterioridade, constante da alínea b do mesmo inciso, inserida pela aludida emenda.
>
> Observo, por fim, que não se aplica à hipótese em tela a anterioridade geral, em razão de o próprio texto constitucional afastar a aplicação dessa regra na hipótese de se tratar de contribuições sociais mencionadas no art. 195 da Constituição Federal (vide o § 6º desse artigo)."

Destaco, nesse contexto, que, recentemente, ao exame do RE 1.390.517-RG/PE, de minha relatoria, Tribunal Pleno, j. 12.4.2023, DJe 17.4.2023, esta Corte reafirmou a jurisprudência acima colacionada, agora sob a sistemática da repercussão geral. A tese ficou assim redigida: *As modificações promovidas pelos Decretos 9.101/2017 e 9.112/2017, ao minorarem os coeficientes de redução das alíquotas da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS incidentes sobre a importação e comercialização de combustíveis, ainda que nos limites autorizados por lei, implicaram verdadeira majoração indireta da carga tributária e devem observar a regra da anterioridade nonagesimal, prevista no art. 195, § 6º, da Constituição Federal* .

8. Duas conclusões parciais podem ser formuladas desde já: (*i*) a anterioridade consubstancia direito fundamental, tendo em vista que se revela como uma expressiva garantia titularizada pelos contribuintes em face do Estado, dada sua natureza de importante e poderosa limitação ao

Plenário Virtual - minuta de voto - 08/05/2023

poder de tributar; (*ii*) a jurisprudência desta Suprema Corte orienta-se no sentido da necessidade de respeito à da anterioridade nonagesimal quando o Poder Executivo majorar, ainda que de forma indireta, por meio do restabelecimento de alíquotas pregressas, a contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS por meio de decreto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 08/05/2023

IV) Análise do caso concreto

9. Em **30.12.2022** , o então Presidente da República em exercício editou o Decreto 11.322/2022, tendo sido **publicado na mesma data em edição extra do Diário Oficial da União** . Referido ato normativo – no qual estabelecido que passaria a produzir efeitos a partir de 1º de janeiro de 2023 – reduziu as alíquotas do PIS/PASEP e da COFINS *incidentes sobre receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de apuração não-cumulativa das referidas contribuições* para 0,33% (trinta e três centésimos por cento) e 2% (dois por cento), respectivamente.

A alteração da Chefia do Poder Executivo federal operada em 1º de janeiro de 2023 veio acompanhada da edição de uma série de Decretos presidenciais, dentre os quais o Decreto 11.374/2023, publicado em **02.01.2023** , que revogou, expressamente, o Decreto 11.322/2022 e repristinou o Decreto 8.426/2015. A consequência factual foi o restabelecimento das alíquotas do PIS/PASEP e da COFINS vigentes até 31.12.2022, 0,65 (sessenta e cinco centésimos por cento) e 4% (quatro por cento), respectivamente.

Esse é o contexto fático da presente ação declaratória.

10. O Ministro Ricardo Lewandowski, Relator, ao deferir a medida cautelar e em seu voto ora submetido à referendo, asseverou, em juízo perfunctório, que o Decreto 11.374/2023 não poderia ser equiparado à majoração de tributos, mesmo de forma indireta, pois, segundo Sua Excelência, a hipótese versa sobre a manutenção de alíquotas que já vigiam desde 2015.

Ademais, o Relator afirmou que o Decreto 11.322/2022 jamais teria sido aplicado a um contribuinte concreto, tendo em vista que *não houve sequer 1 (um) dia útil a possibilitar auferimento de receita financeira – isto é, como não ocorreu o fato gerador, o contribuinte não adquiriu o direito de submeter-se ao regime fiscal que jamais entrou em vigência* .

Entendo, com a devida vênia, ao menos em juízo de estrita delibação, impossível afastar a aplicação da anterioridade nonagesimal ao Decreto 11.374/2023, na linha da jurisprudência firmada por esta Casa no âmbito da ADI 5.277/DF, Rel. Min. *Dias Toffoli* , Tribunal Pleno, j. 10.12.2020, DJe 25.3.2021.

Isso porque o Decreto 11.322/2022 que reduziu as alíquotas do PIS /PASEP e da COFINS vigorou desde a sua publicação – 30.12.2022 – até sua posterior revogação em 02.01.2023. No tocante à referido ato normativo não se aplica a anterioridade na medida em que reduziu as alíquotas das contribuições destacadas.

Já o Decreto 11.374/2023, ao restabelecer as alíquotas das contribuições nos termos do Decreto 8.426/2015, ou seja, ao repristinar o Decreto 8.426 /2015, **implicou majoração direta** da carga tributária relativa ao PIS/PASEP e à COFINS, mas somente passou a produzir efeitos após sua publicação ocorrida em 02.01.2023.

Vale dizer, ainda que por curto e exíguo período, o Decreto 11.322/2022 – que reduziu as alíquotas das contribuições em análise – vigorou **no ordenamento jurídico brasileiro** . Não há, segundo penso, em juízo meramente perfunctório, como afirmar ter ocorrido mera manutenção de alíquotas, mesmo porque tal a *manutenção* **pressupõe, necessariamente, continuidade normativa, o que não ocorreu no caso** .

Compreendo que o Decreto 11.322/2022 vigorou, a partir de 1º de janeiro de 2023, até sua posterior revogação pelo Decreto 11.374/2023, ou seja, as alíquotas foram reduzidas e ulteriormente majoradas. Em outras palavras, entre a vigência da redação original do Decreto 8.426/2015 e o Decreto 11.374/2023 houve período no qual as alíquotas estavam reduzidas, de modo que se revela imperiosa a aplicação da anterioridade nonagesimal (CF, art. 150, III, *c* c/c art. 195, § 6º).

11. Nessa linha, entendo que os julgados citados pelo Ministro Ricardo Lewandowski, Relator, não guardam pertinência com a presente hipótese, por possuírem circunstâncias fáticas bastante distintas. Em referidos casos, a redução das alíquotas nunca vigeram, ao passo que, no presente, o Decreto 11.322/2022 vigorou e revogou o art. 1º do Decreto 8.426/2015, tanto assim que, posteriormente, foi repristinado pelo Decreto 11.374/2023.

12. Não ignoro que a redução das alíquotas do PIS/PASEP e da COFINS se operaram no fim do último governo (30.12.2022). A conduta, como acentuado pelo Ministro *Gilmar Mendes* , um tanto quanto heterodoxa,

Plenário Virtual - minuta de voto - 08/05/2023

revela um desprezo pela transição e alternância governamental e merece ser objeto de apuração nas instâncias próprias.

É preciso, pois, observância estrita à legislação concernente à transição de governo, com absoluto respeito à coisa pública e aos princípios inerentes à Administração (CF, art. 37, *caput*). *Plantar* atos normativos e administrativos com objetivo de inviabilizar, embaraçar ou atrapalhar a gestão ulterior merece a mais alta reprovabilidade política e jurídica.

Tenho para mim, contudo, a despeito das observações acima, que esta Corte não pode, com o devido respeito, mesmo reconhecendo, eventualmente, abuso de poder na edição do Decreto 11.322/2022, afastar a aplicabilidade da anterioridade nonagesimal, direito fundamental que é.

Na realidade, o julgamento do RE 949.297-RG/CE (Tema 881) e do RE 955.227-RG/BA (Tema 885) dão boa orientação quanto à aplicação das anterioridades.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal acentuou, naquela ocasião, que, nas relações jurídicas de trato sucessivo, a posterior alteração do estado de direito – consubstanciada em pronunciamento do STF no âmbito de ações do controle concentrado ou sob a sistemática da repercussão geral –, enseja a perda automática de eficácia da coisa julgada anterior com ela contrastante, sendo indispensável, no entanto, a aplicação, conforme a natureza do tributo, das anterioridades anual e nonagesimal. Em outras palavras: mesmo quando reconhecida, em razão de pronunciamento da Suprema Corte, a inconstitucionalidade da coisa julgada formada em momento anterior, imprescindível a observância das anterioridades de acordo com a natureza da espécie tributária em questão.

13. Seguindo a mesma linha, coerente com meu voto nos recursos extraordinários acima mencionados, compreendo que, mesmo que se reconhecesse abuso de poder na edição do Decreto 11.322/2022, a conclusão seria exatamente a mesma: aplicar, ao Decreto 11.374/2023, a anterioridade nonagesimal nos termos do art. 150, III, *c* c/c art. 195, § 6º, da Constituição da República.

Cumpre acentuar que as anterioridades, tal como insculpidas na Constituição Federal, ostentam inequivocamente a estrutura de regras. Destaco, em relação à possibilidade de o constituinte originário ou derivado utilizar referida técnica, o escório doutrinário do constitucionalista português, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Jorge Reis Novais:

Plenário Virtual - minuta de voto - 08/05/2023

"É que o reconhecimento daquela reserva de necessária compatibilização dos direitos fundamentais com outros bens, entendida como fundamento constitucional implícito para a limitação de qualquer direito fundamental, incluindo daqueles para que a Constituição não prevê expressamente qualquer possibilidade de restrição, **não significa que o legislador constitucional fique impedido de garantir um direito fundamental ou, mais rigorosamente, uma dada modalidade do seu exercício, em termos definitivos, fechados, vedando aos poderes constituídos qualquer afectação desvantajosa posterior** . De facto, em vez de consagrar uma garanta de direito fundamental em termos abertos, que remetam implícita ou expressamente para os poderes constituídos o essencial das tarefas de compatibilização com outros bens e, eventualmente, a possibilidade ou obrigatoriedade da sua limitação posterior em função das ponderações e valorações relativas que venham a ser exigidas na sua aplicação concreta, **o legislador constituinte pode considerar mais adequado fazer, ele próprio, desde logo, todas as ponderações que haja a fazer e, nessa medida, retirar aos poderes constituídos qualquer possibilidade de alterarem a opção que, em função dessas ponderações, ele decidiu tomar** .

No fundo, como veremos, a realização normal dos direitos fundamentais faz-se através da tendencial cristalização dos *princípios* originários em *regras* construídas com base em juízos de ponderação e valoração e aplicáveis progressivamente com diferentes graus de definitividade e concretização. Por sua vez, essas *regras* vão sendo consagradas ou extraídas de diferentes planos, da Constituição à lei, dos precedentes judiciais à elaboração doutrinária. Ora, **o primeiro plano em que ocorre a primeira tentativa de fixar regras de aplicabilidade imediata, directa e definitiva é precisamente a Constituição, o que significa que muitas das normas constitucionais de direitos fundamentais são já o resultado de ponderações entre bens e interesses potencialmente conflituantes efetuadas pelo legislador constitucional e a que ele pretendeu conferir uma natureza *fechada* e absoluta** ."

Plenário virtual - minuta de voto - 08/09/2023

Vale dizer, não se pode transigir com o direito fundamental à anterioridade tributária, notadamente porque a Constituição da República, ao dispor sobre as limitações ao poder de tributar, o positivou sob a forma de regra, ou seja, a própria Carta Política realizou a ponderação dos valores contrapostos e elegeu, de forma legítima e coerente, a prevalência da

segurança jurídica. Em outras palavras, o Poder Judiciário não está legitimado, conforme a lição doutrinária transcrita, a realizar qualquer tipo de ponderação no tocante à aplicabilidade das anterioridades tributárias.

V) Conclusão

14. Ante o exposto, com a devida vênia, conheço da presente ação declaratória de constitucionalidade e **não referendo** a medida cautelar concedida.

É como voto .

Plenário Virtual - minuta de voto - 08/05/2023