VOTO-VOGAL

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. DECRETO Nº 11.374, DE 2023. CONTROVÉRSIA JUDICIAL RELEVANTE: NÃO CARACTERIZADA. INADMISSIBILIDADE DA ADC. PLAUSIBILIDADE DO DIREITO: NÃO CARACTERIZADA. INCIDÊNCIA DA GARANTIA FUNDAMENTAL DA ANTERIORIDADE NONAGESIMAL. PERIGO NA DEMORA: NÃO CARACTERIZADO. INFORMAÇÕES CONSTITUÍDAS DE MODO UNILATERAL, COM TEOR NOTORIAMENTE INEXATO, DESCONTEXTUALIZADO E DESACOMPANHADO DE FUNDAMENTAÇÃO TÉCNICA EXPLÍCITA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE NÃO CONHECIDA E, CASO ADMITIDA, MEDIDA CAUTELAR NÃO REFERENDADA, PORTANTO, INDEFERIDA.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA:

1. Trata-se de referendo na medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade ajuizada pelo Presidente da República em face dos arts. 1°, II, 3°, I, e 4° do Decreto nº 11.374, de 2023, os quais repristinam dispositivos do Decreto nº 8.426, de 2015, que foram revogados pelo Decreto nº 11.322, de 2022.

2. Eis o teor dos dispositivos arrolados como objeto:

> "Art. 1°. Ficam revogados:
> (...)
> II – o Decreto n° 11.322, de 30 de dezembro de 2022;
> (...)
> Art. 3°. Ficam repristinadas as redações:
> I – do Decreto n° 8.426, de 1° de abril de 2015, anteriormente a alteração promovida pelo Decreto n° 11.322, de 2022;
> (...)
> Art. 4°. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação"

Plenário Virtual - minuta de voto - 28/04/2023

3. Em sede cautelar, a autoridade presidencial pleiteou o seguinte:

> "Assim, demonstrada a constitucionalidade do Decreto n° 11.374 /2023, bem como a presença dos requisitos autorizadores da concessão de medida acautelatória, o Presidente da Republica pede:
>
> a) liminarmente, a suspensão da eficácia de decisões judiciais que, de modo expresso ou implícito, tenham afastado a aplicação do Decreto n° 11.374/2023 para possibilitar o recolhimento da contribuição ao PIS/COFINS pelas alíquotas de 0,33% e 2%, respectivamente, nos moldes determinados pelo revogado Decreto n° 11.322/2022" (e-doc. 1, p. 29).

4. Em 08/03/2023, o Relator, eminente Ministro Ricardo Lewandowski, concedeu monocraticamente a medida cautelar requerida, *ad referendum* do Tribunal Pleno, assim como pediu à Presidência desta Corte pauta do referendo em sessão virtual subsequente, conforme o art. 21, V, do RISTF. Eis o teor do dispositivo do pronunciamento judicial de Sua Excelência:

> "Ante o exposto, concedo a medida cautelar requerida, ad referendum do Plenário desta Suprema Corte (art. 21 da Lei 9.868 /1999 cumulado com o art. 5º, §1º, da Lei 9.882/1999), **para suspender a eficácia das decisões judiciais que, de forma expressa ou tácita, tenham afastado a aplicação do Decreto 11.374/2023 e, assim, possibilitar o recolhimento da contribuição para o PIS/Cofins pelas alíquotas reduzidas de 0,33% e 2%, respectivamente, até o exame de mérito desta ação"** (grifos no original).

5. No mais, acompanho o Relatório elaborado pelo Ministro Ricardo Lewandowski.

Passo a votar.

6. De plano, com as mais respeitosas vênias ao entendimento externado pelo i. Vice-Decano deste Supremo Tribunal Federal, **declaro que firmei compreensão no sentido de não referendar a concessão de medida cautelar em questão, tendo em vista não vislumbrar o preenchimento dos requisitos autorizadores desse excepcional procedimento, sobretudo em sede de ADC**

.

Plenário Virtual - minuta de voto - 28/04/2023

7. Preliminarmente, **ouso divergir do e. Ministro Relator quanto ao conhecimento desta ação objetiva, dado que, em minha visão, os pressupostos de admissibilidade da nobre via processual não se encontram presentes.**

8. Como dito pelo Relator, o art. 14, III, da Lei nº 9.868, de 1999, demanda que a exordial indique " *a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória* ". Segundo sua leitura, é suficiente para caracterizar esse pressuposto a ocorrência de pronunciamentos contraditórios da jurisdição ordinária sobre a constitucionalidade de determinada disposição de um lado e, de outro, a existência de um estado de incerteza em relação à legitimidade do ato normativo. Por conseguinte, não seria imperativo haver um número expressivo de pronunciamentos judiciais.

9. No entanto, para atestar o preenchimento desse pressuposto no caso dos autos, Sua Excelência apresenta dois argumentos.

9.1. O primeiro é a existência de decisões da Justiça Federal divergentes no que tange à aplicabilidade do Decreto nº 11.374, de 2023, o que indicaria a ausência de uniformidade jurisdicional acerca da matéria.

9.2. O segundo consiste na informação prestada pelo requerente de que foram protocoladas 279 ações cíveis sobre a controvérsia no espaço de um mês, de acordo com o Sistema de Acompanhamento Judicial da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

10. Com máxima vênia, **não se pode concordar com esse raciocínio** . Afinal, um dos fundamentos utilizados pelo Relator é exatamente o número de feitos judiciais já instaurados, à luz de uma informação produzida unilateralmente por órgão responsável pela representação judicial da União (art. 131, § 3º, CRFB), embora se afirmasse há pouco a pequena relevância do critério quantitativo.

11. De outro lado, caso o segundo fundamento citado, que é a existência de divergência jurisprudencial e de resultados divergentes no âmbito de tutelas provisórias proferidas por juízos de 1ª instância, fosse suficiente para provocar o processamento de uma ADC, de nada nos serviria o

Plenário Virtual - minuta de voto - 28/04/2023

sistema de precedentes obrigatórios e, ao fim e ao cabo, o controle difuso de constitucionalidade realizado no Brasil por todo e qualquer juiz. Isso porque, sendo assim, a ADC seria veículo para solucionar qualquer incerteza jurídica.

12. No caso dos autos, veja-se que se cuida de uma controvérsia com menos de três meses de longevidade, derivada de avaliações distintas sobre a conjuntura macroeconômica por dois mandatários da República pertencentes a polos políticos distintos, típica matéria de governo informada pela política fiscal. Questão essa, a meu ver, completamente alheia ao Tribunal, cuja função é a defesa da Constituição, dado que aquela envolve ciclos político-eleitorais e atritos naturais da alternância de poderes em um regime republicano e um sistema presidencialista.

13. Além disso, depreendo do próprio relatório do eminente Ministro Ricardo Lewandowski que esta ação objetiva, com pressupostos processuais bastante específicos, beira à redundância, na medida em que ao tempo de seu ajuizamento já tramitava nesta Corte a ADI nº 7.342/DF. Urge observar que essa ação direta *(i)* se insurge contra exatamente os mesmos dispositivos ora questionados, *(ii)* não tem como necessidade " *a existência de controvérsia judicial relevante* " e *(iii)* o eventual indeferimento da medida cautelar ali pleiteada também geraria eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes. Vale, ainda, rememorar que a concessão de medida cautelar, sem a oitiva de informações, é absolutamente excepcional, requerendo atuação com parcimônia do Tribunal (ADI nº 3.890/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 27/04/2007, p. 07/05/2007), o que não ocorreu na presente hipótese. Logo, para além do legitimado, não se consegue identificar a utilidade ou a razão de ser da presente ação declaratória.

14. Nesse sentido, *data venia* , por qualquer ângulo que se adote, não visualizo controvérsia judicial de proporção relevante, a qual justifique o manejo exitoso de uma ação declaratória de constitucionalidade, na esteira de remansosa jurisprudência do Pretório Excelso (ADC nº 67-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. 14/12/2021, p. 10/01/2022; ADC nº 68-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 27/04/2022, p. 03/05/2022; ADC nº 40-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 06/06/2018, p. 21/06 /2018; ADC nº 60-AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 11 /09/2019, p. 27/11/2019).

Plenário Virtual - minuta de voto - 28/04/2023

14.1. Na mesma toada, tem-se que " *o Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de exigir, para a caracterização de uma controvérsia judicial relevante, antagonismo interpretativo em proporção que gere um estado de insegurança jurídica apto a abalar a presunção de constitucionalidade imanente aos atos legislativos, sem o qual a ação declaratória se converteria em* ***inadmissível instrumento de consulta sobre a validade constitucional de determinada lei ou ato normativo*** " (ementa da ADC nº 31/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 22/09/2021, p. 15/02 /2022, grifos nossos).

15. Sendo assim, respeitosamente, **divirjo do Relator para afirmar, de plano, que a presente ação declaratória não tem aptidão para ser conhecida, processada e julgada pelo Supremo Tribunal Federal.**

16. Caso vencido na preliminar, por força do art. 136, § 1º, *in fine* , do RISTF, **passo a me manifestar quanto ao mérito da medida cautelar** .

17. **De início, convém, por dever de ofício, explicitar o fio condutor de nova divergência quanto ao mérito** . Em múltiplas oportunidades, tenho trazido à lume inquietação quanto à natureza quase consultiva que determinados legitimados buscam emprestar à jurisdição constitucional. Ilustrativamente, cito o que por mim argumentado na ADI nº 6.649/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 15/09/2022, pendente de publicação. Do mesmo modo, na ADI nº 7.232-TPI-Ref/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 03/02/2023, pendente de publicação, busquei refletir juntamente aos pares acerca dos limites constitucionais deste Tribunal no que se refere à garantia de macrogovernança econômica ao Governo Federal.

18. Em complemento ao que ali manifestei, observo aqui que a literatura acadêmica bem aponta o caráter estadista deste Supremo Tribunal Federal no trato de questões sensíveis relacionadas às políticas fiscais e macroeconômicas, haja vista os atributos da estabilidade, profissionalização e legitimidade dos seus julgadores. Desse modo, existe uma acomodação constitucionalmente adequada entre o Tribunal e as instituições representativas em favor da governança econômica, sem haver que se falar em atrito entre os Poderes republicanos nessa temática (KAPISZEWSKI, Diana. *High courts and economic governance in Argentina and Brazil* . Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 156). Porém, na tradição

Plenário Virtual - minuta de voto - 28/04/2023

desta Corte, essa relação cooperativa, mas independente, encontra limites claros na ordem constitucional e, sobretudo, nos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Por oportuno, transcrevo as exemplares palavras do eminente Ministro Marco Aurélio, a quem tenho a honra de suceder nesta cadeira, no âmbito da ADI nº 1.098/SP, de sua relatoria, Tribunal Pleno, j. 11/09/1996, p. 18/09/1996, a respeito da função do Supremo Tribunal Federal em casos de significativa repercussão econômica para o Poder Público e os particulares:

> "(...) há de perquirir-se a harmonia dos preceitos atacados, mediante esta ação direta de inconstitucionalidade, com os artigos da Carta da República, empolgados pelo Requerente e, aí, dizer-se da procedência, ou não, do pedido formulado. Descabe, também, considerar-se, para aferição da constitucionalidade das normas, a aplicação que vêm merecendo no âmbito organizacional do Tribunal de Justiça. O julgamento da ação direta de inconstitucionalidade não leva em conta situações concretas a serem dirimidas na via apropriada. Examina-se a compatibilidade constitucional a partir do caráter abstrato da norma. Da mesma forma, há de proceder-se diante da necessidade de buscar-se solução para o quadro de insolvência supra-referido. **O caráter político do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade sofre limitação decorrente da supremacia da Carta Federal, sob pena de vir à balha, em prejuízo de toda a sociedade e dos avanços no campo democrático, a insegurança. O Estado não pode contar com o privilégio de editar a lei, aplicá-la e vê-la sopesada pelo Judiciário ao sabor de política governamental, a partir de óptica tendenciosa, sempre isolada e momentânea, sempre a revelar o oportunismo de plantão. Ao Estado-juiz, especialmente ao Supremo Tribunal Federal, cumpre, em razão de compromisso maior - e a história é uma cobradora infatigável - zelar pela intangibilidade da ordem jurídico-constitucional, pouco importando que, assim o fazendo, seja incompreendido** " (grifos nossos).

19. Em relação ao princípio tributário da anterioridade, não custa rememorar o que decidido na paradigmática ADI nº 939-MC/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, j. 15/09/1993, p. 17/12/1993, pois ali a Corte assentou, por maioria, que referida garantia fundamental do contribuinte consiste em cláusula pétrea, oponível, portanto, inclusive ao Poder Constituinte Reformador. Basta verificar que em termos de dogmática dos direitos fundamentais o eminente Ministro Francisco Rezek intentou relativizar a densidade normativa dessa garantia, nos seguintes termos:

Plenário Virtual - minuta de voto - 28/04/2023

"Não consigo admitir, em juízo relacionado com a medida liminar, que o resultado da emenda em exame constitua uma afronta ao chamado princípio da anterioridade, ou seja, àquela regra segundo a qual não se cobrará tributo novo no mesmo ano civil em que promulgada a norma que o instituiu. Não estou encontrando nessa regra - que decisivamente não chamo de princípio - algo da estatura dos verdadeiros princípios a que, em momento como o atual, é sempre possível que a Corte deva garantir força bastante para que resistam a determinados empreendimentos mudancistas (...) **Mas não acho que a regra da anterioridade seja um princípio intocável pelo próprio Congresso Nacional, em trabalho de emenda à Carta. Começaria ver nessa regra algo parecido com um princípio em favor do cidadão, do contribuinte, se pelo menos ela pretendesse, para evitar o fator surpresa, estabelecer para nós todos uma garantia de acomodação, dizendo que não se nos pode exigir um tributo que não tenha sido inventado, pelo legislador, pelo menos seis, doze ou vinte e quatro meses antes.** Embora sujeitos, os brasileiros, a surpresas de toda ordem no seu dia-a-dia, a regra soaria como um princípio que nos previne contra a surpresa ocasionada pelo Estado enquanto entidade tributante. Mas não, a regra não diz nada disso (...) **Santo Deus, isso não é garantia para ninguém. O que há aí é mera regra de comodidade orçamentária, para que as empresas se organizem, para que o erário se organize em função do ano civil. Não vejo aí uma regra que realmente vise a estabelecer intervalo cronológico, justo e razoável, entre o momento em que institui o tributo e o momento em que se cobra o tributo.** Não vejo, por isso, como dizer que a emenda constitucional ora em exame viola um princípio concebido para dar segurança aos cidadãos.

(...)

Não me parece que essa minúscula regra - a da anterioridade -, tal como concebida no sistema constitucional brasileiro, sirva para mais que facilitar a vida dos atuários que contabilizam para quem paga e para quem recebe tributos " (grifos nossos)

20. Contudo, a resposta majoritária da Corte como guardiã da Constituição foi claramente em favor dos direitos fundamentais do cidadão, como se percebe, ilustrativamente, das precisas palavras do eminete Ministro Ilmar Galvão:

"Trata-se de princípio que, na verdade, se reveste de muito menos força do que o da anualidade - que data de 1215, instituído que foi, pela primeira vez, na Magna Carta - já que não impede a criação de imposto após a aprovação da lei orçamentária.

Plenário Virtual - minuta de voto - 28/04/2023

Nem por isso, entretanto, se descaracteriza como garantia individual, destinada a prevenir surpresas tributárias, cuja observância se impõe, não apenas ao legislador ordinário, mas também ao poder constituinte derivado, em face do disposto no art. 60, §4º, inc. IV, da Constituição.

Alega-se que se trata de garantia relativa, já que nada menos que sete tributos foram, de logo, expressamente colocados fora de seu alcance pela Constituição. **Trata-se, entretanto, de circunstância que só reforça o princípio-garantia, na medida em que serve para demonstrar que, para excepcioná-lo, se fez mister a iniciativa do próprio constituinte originário.**

Assim sendo, tenho por perfeitamente plausível a tese de que a emenda constitucional sob apreciação, bem como a lei complementar que a regulamentou, padecem do vício capital da inconstitucionalidade, no ponto em que afrontaram o princípio irredutível da anterioridade" (grifos nossos)

21. Por conseguinte, **entendo ser imprescindível igual abordagem ciosa das garantias fundamentais do cidadão** . Conforme pontificou o i. Ministro Ricardo Lewandowski na ADC nº 43/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 07/11/2019, p. 12/11/2020, a doutrina das cláusulas pétreas, que se traduzem em verdadeiro alicerce de todo ordenamento legal, determina que as garantias do cidadãos sejam " *escrupulosamente asseguradas* ", descabendo aos juízes na estreita via interpretativa relativizá-los ou flexibilizá-los, " *eis que esbarrariam nos intransponíveis obstáculos das cláusulas pétreas, verdadeiros pilares de nossas instituições democráticas* ". Ademais, Sua Excelência bem arrematou:

"A nossa Constituição - convém lembrar - não é uma mera folha de papel, que pode ser rasgada sempre que contrarie as forças políticas do momento. Ao revés, a Carta Magna possui força normativa suficiente para fazer com seus preceitos, notadamente aqueles que garantem os direitos individuais e coletivos das pessoas, sejam cabalmente observados, ainda que anseios momentâneos, mesmo aqueles tidos como prioritários em um determinado momento histórico - a exemplo do combate à corrupção, que um setor mais mobilizado da sociedade, politicamente motivado, hoje reclama com estridência - requeiram solução diversa. É que a única saída legítima para qualquer crise, real ou imaginária, em um regime que se pretenda democrático, consiste justamente no incondicional respeito às normas constitucionais."

Plenário Virtual - minuta de voto - 28/04/2023

22. Feitas essas afirmações de fundo, torna-se imperativo resolver a questão de frente ora submetida a este Egrégio Colegiado. Com as mais respeitosas vênias aos entendimentos em sentido contrário, após detida análise dos autos, **não dou por atendidos os requisitos da probabilidade do direito e do perigo de dano na espécie** .

23. De acordo com a digna compreensão do Ministro Relator, os arts. 150, III, "c", e 195, § 6º, da Constituição da República, que se referem ao princípio da anterioridade nonagesimal, impõem "*a existência de um prazo de 90 dias entre a lei que institui ou majora um tributo e o* ***início de sua vigência***" (grifos nossos). Com efeito, descreveu a situação fático-normativa posta nos autos, da seguinte forma:

> "No caso dos autos, o Decreto 8.426/2015 previa as alíquotas de 0,65% e 4%, respectivamente, para PIS/Cofins incidentes sobre receitas financeiras. Em 30/12/2022, foi publicado o Decreto 11.322 que reduziu pela metade as referidas alíquotas (0,33% e 2%), com efeitos a partir de 1º/1/2023.
>
> Ainda no primeiro dia do ano de 2023, o Presidente da República publicou o Decreto 11.374, com vigência imediata, revogando o supracitado Decreto 11.322/2022 e repristinando o Decreto 8.426/2015, ou seja, mantendo os índices que vinham sendo pagos pelo contribuinte desde 2015 (0,65% e 4%).
>
> Logo, verifico, ainda em juízo sumário, que o Decreto 11.374/2023 não pode ser equiparado a instituição ou aumento de tributo e, por isso, não viola os princípios da segurança jurídica e da não surpresa, na medida em que o contribuinte já experimentava, desde 2015, a incidência das alíquotas de 0,65% e 4%. Destarte, não há falar em quebra da previsibilidade ou que o contribuinte foi pego desprevenido.
>
> (...)
>
> Contudo, não se trata também, no caso *sub judice* , de restabelecimento de alíquota de PIS/Cofins incidentes sobre receitas financeiras, mas tão somente manutenção do índice que já vinha sendo pago pelo contribuinte" (e-doc. 19, p. 13-14).

24. Porém, em minha visão, a adoção dessa versão narrativa dos fatos, sob as luzes da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, leva a resultado hermenêutico oposto. Dito de forma direta, **demonstra-se inafastável a conclusão de que incide no caso a garantia fundamental da noventena** .

Plenário Virtual - minuta de voto - 28/04/2023

25. Veja-se, a esse respeito, que o art. 2º do Decreto nº 11.322, de 2022, preconizou sua entrada em vigor na data de sua publicação, o que ocorrera na edição extra do Diário Oficial da União do dia 30/12/2022, ao passo que sua eficácia foi postergada para o primeiro dia do exercício financeiro seguinte (1º/01/2023). Para melhor entender a posição que ora sustento, não custa rememorar as definições conceituais de Maria Helena Diniz sobre vigência, vigor e eficácia:

> " *Vigência* (sentido lato) não é uma qualidade própria da norma de direito, pois ela não é válida em si por depender de sua relação com as demais normas jurídicas (...) terminada a fase constitutiva do processo de produção normativa, a norma já é válida; no período que vai de sua publicação até sua revogação, ou até o prazo estabelecido para sua validade, diz-se que a norma é vigente. O âmbito temporal de validade constitui o período durante o qual a norma tem *vigência* (sentido estrito).
>
> (...)
>
> A *eficácia* vem a ser a qualidade do texto normativo vigente de poder produzir, ou irradiar, no seio da coletividade, efeitos jurídicos concretos, supondo, portanto, não só a questão de sua condição técnica de aplicação, observância, ou não pelas pessoas a quem se dirige, mas também de sua adequação em face da realidade social, por ele disciplinada, e os valores vigentes na sociedade, o que conduziria ao seu sucesso.
>
> A eficácia diz respeito, portanto, ao fato de se saber se os destinatários da norma poderão ajustar, ou não, seu comportamento, em maior ou menos grau, às prescrições normativas, ou seja, se poderão cumprir, ou não, os comandos jurídicos, se poderão aplicá-los ou não" (DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro Interpretada.* 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 69-71, grifos no original).

26. Nesse sentido, é fato inconteste que o Decreto nº 11.322, de 2022, vigorou de 30/12/2022 até 02/01/2023, data da publicação na edição extra do DOU do Decreto nº 11.374, de 2023, enquanto aquele teve eficácia de 1º/01 /2023 até 02/01/2023. Em relação ao primeiro decreto, não incidiu o princípio da anterioridade nonagesimal, porque foram **diminuídas** as alíquotas das contribuições ao PIS e à Cofins incidentes sobre receitas financeiras sob o regime não-cumulativo para, respectivamente, 0,33% e 2%. Assim, também não parece ocorrer qualquer dúvida quanto à **solução de continuidade, pelo menos do ponto de vista legal,** havida na carga

Plenário Virtual - minuta de voto - 28/04/2023

tributária praticada em relação ao patrimônio pessoas jurídicas contribuintes. Basta ver que o segundo decreto utiliza o termo " *ficam repristinadas* " no que toca às redações do Decreto nº 8.426, de 2015, anteriormente à alteração promovida pelo primeiro ato regulamentar. Nesse sentido, recorre-se novamente ao escólio doutrinário da notória civilista citada:

> "Quando o legislador derroga ou ab-roga uma lei que revogou a anterior, surge a questão de se saber se a norma que fora revogada fica restabelecida, recuperando sua vigência, independentemente de declaração expressa.
>
> Pelo art. 2º, § 3º, que é peremptório, a lei revogadora de outra lei revogadora não terá efeito repristinatório sobre a velha norma abolida, a não ser que haja pronunciamento expresso da lei a esse respeito (...) como se vê, a lei revocatória não voltará *ipso facto* ao seu antigo vigor, a não ser que haja firme propósito de sua restauração, **restaurando-a *ex nunc* , sendo denominada por isso 'repristinatória'** ." (DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro Interpretada.* 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 105, grifos nossos)

27. Por isso, no fenômeno da repristinação, a restauração da primeira lei ***A*** pela terceira lei ***C*** ocorre **prospectivamente** , de modo que a segunda lei ***B*** vigora entre a data de sua publicação e a posterior publicação de ***C*** . Quero dizer que em uma interpretação literal e superficial do arcabouço normativo em questão, ao meu juízo, não cabe dizer, com apuro técnico, que as alíquotas simplesmente foram mantidas nessa sequência de fatos. **Havendo a autoridade presidencial explicitamente enunciado o fenômeno da repristinação, a aplicação do princípio da anterioridade nonagesimal é inexorável** .

28. Essa conclusão em nada inova no repertório jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, como se vê no voto condutor produzido pelo i. Ministro Dias Toffoli no Tema nº 107 do rol da Repercussão Geral, cujo paradigma é o RE nº 587.008-RG/SP, de sua relatoria, Tribunal Pleno, j. 02/02 /2011, p. 06/05/2011:

> "Assim, a EC nº 10/1996, especialmente quanto ao inciso III do art. 72 das disposições constitucionais objeto de questionamento **é um novo texto e veicula nova norma, não sendo mera prorrogação da**

Plenário Virtual - minuta de voto - 28/04/2023

emenda anterior, devendo, portanto, observância ao princípio da anterioridade nonagesimal , porquanto majorou a alíquota da CSLL para as pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212/91.

Esta Corte já se debruçou sobre tema semelhante quando da análise da EC nº 21, de 18 de março de 1999, que incluía no ADCT o art. 75, que dispunha *é prorrogada, por trinta e seis meses, a cobrança da contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos* (...). **Na oportunidade, entendeu-se que houve repristinação das Leis nºs 9.311/96 e 9.539/97, e não prorrogação da lei temporária, sendo irrelevante o desajuste gramatical representado pela utilização do vocábulo prorrogada no caput do art. 75 do ADCT (ADI 2.031/DF), pugnando-se, em consequência, pela necessidade de observância do princípio contido no art. 195, § 6º, CF** , problema que não se colocava na hipótese, já que a EC 21/99 expressamente dispunha nesse sentido, ao contrário da ora questionada EC nº 10/96.

A Ministra Ellen Gracie, no RE nº 566.032/RS, bem esclarece esse ponto, ao contrapor o caráter inaugural da EC 21/99 ao de mera prorrogação da EC 37/02:

Concluiu o Plenário que diversamente ao caráter inaugural da EC 21/99 **perceptível pela existência de um intervalo temporal entre o vencimento do prazo da lei e a promulgação da emenda que restaurou a contribuição** -, A EC 37/02 implementou, sem solução de continuidade, mera prorrogação da cobrança da CPMF, não tendo havido, portanto , **instituição ou modificação do tributo, situações que exigiriam, nos termos do art. 195, § 6º da Carta Magna, a aplicação da noventena** . Afastou-se, ademais, a alegação de violação ao art. 60, §4º, IV, já que a Emenda impugnada não buscou a criação de um caso imune à anterioridade nonagesimal, mas simplesmente tratou de espécie não abarcada por este princípio. Bem sintetiza o enfrentamento desses pontos a observação lançada no voto do eminente Ministro Ilmar Galvão de que a questão trata de prorrogação do prazo de incidência do tributo, não havendo lugar para alegação de ofensa ao princípio da anterioridade (Rel. Min. Ellen Gracie , DJ de 10/11/2006 - grifo nosso).

Por outro lado, ao contrário da ECR 1/94, que expressamente dispunha sobre a necessária observância ao princípio da anterioridade mitigada, a EC 10/96, em discussão, além de não fazer menção à necessidade de observância do art. 195, § 6º, CF, fez retroagir a janeiro de 1996 os efeitos da norma que majorou a alíquota da CSLL, em prejuízo das pessoas jurídicas de que trata o art. 22 da Lei nº 8.212/91. Note-se que as possibilidades de retroação que o art. 106 do Código Tributário Nacional consagra acabam por beneficiar os contribuintes e não prejudicá-los, preservando a segurança das relações entre administração e administrados. No dizer de Paulo de Barros Carvalho (Curso de Direito Tributário. Saraiva, 2010. p. 127), preservam o

Plenário Virtual - minuta de voto - 28/04/2023

legítimo direito que os súditos têm de não verem agravada a situação jurídica anteriormente configurada."

29. Por essa razão, com as mais respeitosas vênias às compreensões dissonantes, **não reputo ser juridicamente possível *in casu* afastar a *ratio decidendi* do Tema RG nº 939, cujo paradigma é o RE nº 1.043.313-RG/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 10/12/2020, p. 25/03/2021** . Como dito pelo próprio Relator deste feito, " *o STF decidiu que a redução e o subsequente restabelecimento de alíquotas de PIS/Cofins* ***devem submeter-se ao princípio da anterioridade nonagesimal*** *, já que esse se consubstancia como uma garantia do contribuinte* " (grifos acrescidos).

30. Na verdade, *data maxima venia,* são inaplicáveis no presente caso os citados Temas nº 51 e nº 91 do rol Repercussão Geral, tendo como paradigmas, respectivamente, o RE nº 566.032-RG/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 25/06/2009, p. 23/10/2009, e o RE nº 584.100-RG /SP, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, j. 25/11/2009, p. 05/02/2010. Para chegar à essa conclusão, basta analisar a situação fática subjacente a esses casos. Por brevidade, transcrevo o que afirmado no primeiro pelo eminente decano deste Supremo Tribunal Federal:

"Para o exame da questão, apresento breve histórico da instituição e alteração da CPMF.

A EC nº 12/1996 incluiu o art. 74 ao ADCT, que dispõe sobre a competência da União para instituir a CPMF (...) Após expirado o prazo de exigibilidade da CPMF, a EC nº 21/1999 acrescentou o art. 75 ao ADCT, o qual restabeleceu a contribuição e majorou a sua alíquota.

(...)

Ao julgar a ADI nº 2.031 (Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 17.10.2003), esta Corte reconheceu a constitucionalidade da CPMF, declarando inconstitucional apenas o §3º do art. 75 do ADCT.

Mediante a EC nº 31/2000, a alíquota da CMPF, então reduzida para 0,30% conforme o disposto na parte final do §1º do art. 75 do ADCT, foi novamente restaurada ao índice de 0,38% (art. 80, I, CF).

Posteriormente, a EC nº 37/2002 incluiu o art. 84 ao ADCT para prorrogar a CPMF e manter a alíquota de 0,38% para os exercícios financeiros de 2002 e 2003, prevendo para 2004 o percentual de 0,08% (...) Ocorre que, em dezembro de 2003, foi promulgada a EC nº 42, cujo art. 3º incluiu o art. 90 ao ADCT para prorrogar a CPMF até 31.12.2007, mantendo a alíquota de 0,38% que vinha sendo cobrada desde 2002. Já o art. 6º revogou o inciso II do §3º do art. 84 do ADCT

Plenário Virtual - minuta de voto - 28/04/2023

que previa para o exercício de 2004 a alíquota de 0,08% (...) A União, ora recorrente, diante de tais dispositivos, manteve, a partir de janeiro de 2004, a alíquota de 0,38% que vinha sendo cobrada nos anos de 2002 e 2003.

(...)

Todavia, a meu ver, não constato majoração da alíquota de modo a atrair o disposto no art. 195, §6º, da CF.

Primeiro porque os contribuintes, durante o exercício financeiro de 2002 e 2003, vinham pagando a contribuição de 0,38% e não de 0,08%. **Como visto, a EC nº 42/2003 manteve a alíquota de 0,38% para 2004 sem, portanto, instituir ou modificar alíquota diferente da que o contribuinte vinha pagando. Poder-se-ia dizer que existiria uma expectativa de diminuição da alíquota para 0,08%, porém, o dispositivo que previa esse percentual para 2004 foi revogado antes de efetivamente ser exigível, ou seja, antes do início do exercício financeiro de 2004.** Cabe lembrar que esta Corte, reiteradamente, afasta a tese de direito adquirido a regime jurídico, hipótese que se aproxima a este caso.

Segundo porque não constato violação a segurança jurídica, princípio sustentador do art. 195, §6º, da CF, na medida em que o contribuinte, há muito tempo, já experimentava a incidência da alíquota de 0,38% e, pois, **não sofreu ruptura** com a manutenção da alíquota de 0,38% durante o ano de 2004.

Assim, se a prorrogação de contribuição não faz incidir o prazo nonagesimal, conforme jurisprudência pacífica desta Corte (v.g. ADI nº 2.666/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 6.12.2002; AI 392574 AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJ 23-05-2008), quando se poderia alegar "expectativa" do final da cobrança do tributo, por maior razão não se deve reconhecer a incidência de tal prazo quando havia mera 'expectativa' de alíquota menor. **Como visto a EC nº 42 /2003 manteve para o exercício financeiro de 2004, 'sem solução de continuidade', percentual que já fazia parte do cotidiano do contribuinte** " (grifos nossos).

Plenário Virtual - minuta de voto - 22/04/2023

31. Nesse sentido, basta verificar que o art. 6º da EC nº 42, que adveio no **dia 19 de dezembro de 2003** , revogou o art. 84, § 3º, II, do ADCT (o qual previa a diminuição de alíquota no exercício de 2004), ao passo que o art. 3º da mesma emenda prorrogou o mesmo art. 84 até final de 2007 e positivou que a alíquota se manteria no mesmo patamar praticado em 2002 e 2003 até a o implemento do termo. Dito de forma clara, nas exatas palavras do Ministro Cezar Peluso, " *a norma do artigo 84, § 3º, inciso II, com a redação introduzida pela Emenda Constitucional nº 37, nunca vigorou, não incidiu"* . Isso porque o âmbito temporal da norma do inciso II remetia ao primeiro

dia do exercício de 2004, ao passo que o inciso I garantia a alíquota de 0,38% do CPMF até 31 de dezembro de 2003. Nesses termos, com o advento da emenda em 19 de dezembro de 2003, a revogação da norma do inciso II se operou antes que esta incidisse e não houve qualquer solução de continuidade entre os exercícios de 2003 e 2004, mantendo-se a alíquota sempre em 0,38%.

32. No caso dos autos, **a situação é deveras diversa** . Como já visto, o Decreto nº 11.322, de 2022, vigorou, ou seja, ingressou no ordenamento jurídico brasileiro e revogou o art. 1º do Decreto nº 8.426, de 2015, tanto que o Decreto nº 11.374, de 2023, veio a repristinar o dispositivo revogado. Nesses termos, a meu sentir, equiparar as hipóteses afronta o que dispõe o art. 489, § 1º, VI, do CPC: " *não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte,* ***sem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos***".

32.1. Por isso, *data venia* , **ouso não comungar da fundamentação do eminente Relator nesse tópico, sob pena de este Supremo Tribunal Federal, até mesmo, incorrer em vício de fundamentação judicial** .

33. Do mesmo modo, respeitosamente, **por mais instigante que seja a argumentação a respeito da regência temporal do fato gerador no que toca às contribuições ao PIS/Cofins, a meu sentir, essa não guarda consonância à jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal e às garantias fundamentais do cidadão pertinentes à segurança jurídica** . Ainda no precedente formado no RE nº 587.008-RG/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, quedou-se absolutamente claro, *mutatis mutandis* , que pouco importa, sob a perspectiva lógico-jurídica, a constatação de que " *as contribuições ao PIS/Cofins incidentes sobre receitas financeiras, com incidência não cumulativa, têm como fato gerador o faturamento mensal, nos termos das Leis 10.637/2002 e 10.833 /2003"* . Naquela assentada, a Ministra Ellen Gracie foi absolutamente percuciente a respeito da **dignidade constitucional do princípio da anterioridade** e respectiva observância nos casos em que o tributo ostenta fato gerador de tipo complexo, *in verbis* :

> "4. A contribuição sobre o lucro é tributo com fato gerador do tipo complexo, também referido pela doutrina como fato gerador de

Plenário Virtual - minuta de voto - 28/04/2023

período, distinguindo-se, portanto, dos tributos com fatos geradores instantâneos (que ocorrem e se exaurem num dado e certo momento, como a saída de um produto do estabelecimento) e daqueles com fatos geradores continuados (situações jurídicas que se estendem no tempo, como a propriedade). Os tributos com fato gerador complexo caracterizam-se por considerar uma plêiade de fatos ao longo de determinado período de tempo. Assim é que, tanto no imposto de renda como na contribuição social sobre o lucro, importa o lucro ou resultado trimestral ou anual, apurado ao final do período, mas tendo como referência todo o conjunto de receitas e despesas ocorridas que a lei determine que sejam consideradas.

(...)

O Ministro Ari Pargendler, por sua vez, quando ainda integrava o Egrégio Tribunal Regional da 4ª Região, foi relator para o acórdão da Argüição de Inconstitucionalidade em Apelação em Mandado de Segurança nº 91.04.00727-1/PR em que ficou consignado, com muita propriedade, que a obrigação tributária só pode ser instituída quando anterior ao fato econômico que lhe serve de índice de capacidade contributiva, independentemente de qual seja o fato gerador arbitrariamente fixado pela lei , pois as leis devem ser entendidas a partir da Constituição, e não o contrário.

Com razão, porquanto as garantias de irretroatividade e de anterioridade tem caráter substancial e não meramente formal. Devem ser interpretadas tendo em conta a situação material reveladora de capacidade contributiva e que é geradora da obrigação tributária. É o aspecto material – e não o aspecto temporal da norma – que deve ser considerado para fins de resguardo da irretroatividade e da anterioridade da lei tributária, seja esta a de exercício (art. 150, III, a), a nonagesimal mínima (art. 150, III, b) ou a nonagesimal das contribuições de seguridade (art. 195, § 6º).

Havendo afirmação constitucional expressa da irretroatividade da lei ao fato gerador, bem como da anterioridade da lei tributária, e considerando-se que tais garantias constituem desdobramentos inequívocos do princípio da segurança jurídica, pode-se concluir que não tem lugar, no direito tributário brasileiro, a chamada retroatividade imprópria.

Note-se que o aspecto temporal da norma tributária impositiva, quando não corresponda ao próprio momento da ocorrência material do fato gerador, constitui ficção jurídica voltada a facilitar a aplicação da lei tributária, não servindo, contudo, de referência para a verificação da observância das garantias da irretroatividade e da anterioridade tributárias.

Ainda que se considere ocorrido o fato gerador da contribuição social sobre o lucro anual em 31 de dezembro de cada ano, é certo que o fato gerador se forma ao longo do período, desde 1º de janeiro até 31

Plenário Virtual - minuta de voto - 28/04/2023

de dezembro. Aliás, a contribuição é paga, ainda que por estimativa e a título de antecipação, desde janeiro.

Só se estará assegurando efetivamente o conhecimento antecipado da lei tributária ao contribuinte, preservando-o do imprevisto e do inesperado e facultando-lhe tempo hábil para a organização das suas atividades em face da carga tributária real, se a garantia constitucional for aplicada com atenção à própria ocorrência material do fato gerador.

Assim, tratando-se de tributo com fato gerador complexo ou de período, tenho que só respeita a anterioridade nonagesimal de que cuida o art. 195, § 6º, da Constituição Federal a lei publicada noventa dias antes do início do período. Publicada no curso de um período, só poderá ser aplicada ao período subseqüente e, ainda assim, apenas quando sua publicação anteceda em noventa dias o seu início" (grifos nossos).

34. Sendo assim, em juízo cognitivo perfunctório, como é próprio das tutelas provisórias, **não se revela crível, a meu sentir, a probabilidade do direito na presente hipótese.**

35. Igualmente, **melhor sorte não logrou o requerente quanto à caracterização do *periculum in mora*** . Isso porque toda a fundamentação constante na exordial refere-se, de um lado, à suposta renúncia de receita na ordem de R$ 6 bilhões no ano de 2023 e, de outro, à eventual inobservância pelo anterior governo das legítimas expectativas da equipe de transição. Por sua vez, o eminente Relator dedicou singelas considerações no ponto: " *ficou devidamente evidenciado o requisito do perigo da demora ante a constatação da controvérsia constitucional relevante e a existência de decisões judiciais conflitantes acerca do tema* ".

36. Respeitosamente, a meu ver, **nenhum dos três argumentos são aptos a demonstrar, objetivamente, a presença de perigo de dano irreparável ou de difícil recuperação** .

37. ***Primeiro*** , subscrever o argumento de que o perigo da demora deriva da existência de controvérsia constitucional relevante e de decisões conflitantes parece-me exigir que as questões preliminares se sobreponham às de mérito. Assim, qualquer ação declaratória de constitucionalidade que fosse conhecida pelo STF pressuporia o *periculum in mora* na controvérsia, ou seja, praticamente teríamos um juízo de tutela de evidência em toda e

Plenário Virtual - minuta de voto - 28/04/2023

qualquer ação declaratória, com pedido de liminar. Na verdade, a meu sentir, o raciocínio nessa classe processual é justamente o oposto, afinal as leis federais e estaduais gozam de presunção *juris tantum* de constitucionalidade, isto é, devem ser reputadas pelos intérpretes do Direito válidas até que se prove em juízo o contrário. Desse modo, **ouso divergir do ilustre Relator nesse tópico** .

38. ***Segundo*** , o argumento referente à suposta antijuridicidade da conduta dos mandatários no Poder Executivo da União em exercício, em função de hipotética frustração de expectativas do governo de transição é de todo intrigante. Por isso, reproduzo as colocações postas no petitório inicial:

> "Nesse contexto, essa Suprema Corte já afirmou que o princípio da proporcionalidade não apenas pode ser utilizado como parâmetro de controle abstrato de constitucionalidade, como também visa exatamente a 'neutralizar abusos do Poder Público no exercício de suas funções'.
>
> No caso dos autos, a concretização do excesso se manifesta. O ato do Poder Público impugnado reduziu pela metade as referidas alíquotas do PIS/COFINS, gerando renúncia de receita no dia 30 de dezembro de 2022, ou seja, as vésperas da posse de outro governo, o que impactou severamente a expectativa de arrecadação tributária da nova Administração, impedindo-a até mesmo de mapear essa informação durante o período de transição.
>
> Cumpre consignar, a propósito, que a Lei n° 10.609/2022, que prevê o direito a instituto de uma equipe de transição pelo governo eleito, estabelece prerrogativas de informação voltadas justamente a garantir a transparência na alternância entre mandatos. Entre outras garantias institucionais, a Lei n° 10.609/2002 prevê que os membros da equipe de transição 'terão acesso as informações relativas às contas públicas, aos programas e aos projetos do Governo federal' (artigo 2°, § 1°).
>
> Não obstante esse arcabouço normativo, o Decreto n° 11.322/2022 foi editado à revelia das preocupações do novo governo. Trata-se de uma hipótese de claro abuso do poder de desoneração tributaria, vez que exercido sem transparência, sem justificação adequada e de modo afrontoso aos deveres de cooperação que devem reger as relações institucionais de transição em um Estado Democrático de Direito. Ademais, a edição de ato, no último dia de governo, para gerar renúncia de receita que viria a ser suportada pelo novo governo, também atenta a não mais poder contra os princípios republicano, da

Plenário Virtual - minuta de voto - 28/04/2023

impessoalidade e da moralidade administrativas (artigos 1° e 37 da Constituição Federal), que coíbem o uso da máquina pública para atingir finalidade pessoais" (e-doc. 1, p. 24-26).

39. Nesse sentido, do argumentado seria possível depreender uma rara, ou mesmo inédita, hipótese de aplicação do princípio da proporcionalidade para coibir conduta abusiva do Poder Público em face do próprio Poder Público, ainda que a ação governamental seja favorável ao contribuinte. Como é consabido, o Estado é uno, respondendo pelos seus atos, independentemente de quem ocupe seus cargos e mandatos diretivos em um regime democrático, **descabendo, a meu sentir, tachar de excessiva ou desproporcional uma medida desonerativa ao setor econômico em específico** , principalmente se considerarmos ter vigorado, até 31 de dezembro de 2022 e a título de " *aumento da arrecadação tributária para manutenção do equilíbrio orçamentário-financeiro da União* ", um adicional de 1% nas alíquotas de CSLL incidente sobre instituições financeiras, por força da Lei nº 14.446, de 2022.

40. Além disso, após minuciosa análise da Lei nº 10.609, de 2002, não se conseguiu localizar exatamente qual norma foi infringida na presente hipótese. Pelo menos em um exame literal, não se extrai um dever de consulta à equipe de transição imputado a um governo em exercício em matéria de desoneração fiscal. Não parece, ainda, ser o caso de sonegação ou retenção de informações, afinal nos próprios documentos trazidos unilateralmente aos autos pelo requerente consta a informação de que " *já existe a indicação dos recursos necessários, no PLOA 2023 para o início de vigência* ", segundo Nota Técnica da Receita Federal do Brasil, **datada de 19 de outubro de 2022** (e-doc. 6, p. 2). Logo, **é pouco plausível que qualificada equipe não estivesse a par do que contido no projeto de lei orçamentária anual** , por sua vez disponível a todo e qualquer brasileiro, inclusive na rede mundial de computadores, a ponto de caracterizar ruptura do direito à informação.

41. Vale, ainda, ver que toda argumentação em contrariedade ao expediente utilizado no Decreto nº 11.322, de 2022 parte do impacto bilionário nas contas públicas que aquele representa. Contudo, **quiçá não se perceba que a ênfase dada ao componente arrecadatório do restabelecimento de alíquotas da contribuição ao PIS/Cofins depõe contra a constitucionalidade do Decreto nº 11.374, de 2023, justamente por vício de motivação** .

Plenário Virtual - minuta de voto - 28/04/2023

41.1. Explico: todo racional deste Supremo Tribunal Federal para declarar a constitucionalidade da flexibilização do princípio da legalidade tributária no tocante ao art. 21, § 2º, da Lei nº 10.865, de 2004, pautou-se tanto no desenvolvimento da função extrafiscal do dispositivo legal quanto na virtual impossibilidade de a Corte avaliar os fundamentos decisórios levado a efeito pelo Presidente da República no que diz respeito às oscilações mercadológicas. Confira-se o que assentado pelo eminente Ministro Dias Toffoli no supracitado Tema nº 939 do ementário da Repercussão Geral:

> "Em terceiro lugar, **é evidente a existência de função extrafiscal a ser desenvolvida pelo Poder Executivo na redução ou no restabelecimento dessas alíquotas** , função essa que se liga, ao cabo, à otimização do princípio da solidariedade, norteador da seguridade social.
>
> Nesse ponto, recorde-se que o dispositivo ora questionado foi introduzido no sistema jurídico em conjunto com outro bastante semelhante no que diz respeito à possibilidade de o Poder Executivo reduzir e restabelecer as alíquotas das contribuições.
>
> A mesma lei permitiu ao Poder Executivo reduzir a zero e restabelecer a alíquota da COFINS não cumulativa incidente, por exemplo, sobre receita bruta decorrente da venda de determinados produtos farmacêuticos e sobre certos produtos destinados ao uso em laboratório de anatomia patológica, citológica ou de análises clínicas (vide § 3º do art. 2º da Lei nº 10.833/03, na redação dada pela Lei nº 10.865/04). Aqui é evidente a existência de função extrafiscal a ser desenvolvida na manipulação da alíquota da contribuição, como, v. g., promover o barateamento de um fármaco.
>
> Isso, a existência de função extrafiscal a ser desenvolvida, também está presente no art. 27, § 2º, obviamente com outras finalidades.
>
> (...)
>
> Essas receitas ficam, costumeiramente, sujeitas às constantes oscilações do mercado financeiro. Por exemplo, num determinado momento, a taxa básica da economia pode estar muito elevada, podendo provocar um aumento no auferimento de certas receitas financeiras ou uma diminuição no de outras. As consequências dessas oscilações são as mais diversas e podem ser consideradas na otimização do princípio da solidariedade, o qual orienta a seguridade social.
>
> **A depender do contexto, portanto, o Poder Executivo, num juízo de conveniência e oportunidade, poderá mexer nas alíquotas das**

Plenário Virtual - minuta de voto - 28/04/2023

contribuições em tela, nos termos previstos, para controlar ou guiar essas oscilações, podendo, até mesmo, incentivar determinado setor da economia " (grifos nossos).

42. Em suma, assumindo como verdadeiras as razões apresentadas pelo Autor na petição inicial, **há forte indício de inconstitucionalidade do objeto desta ação declaratória, pois, ao que parece, a motivação das alíquotas fixadas no Decreto nº 11.374, de 2023, foi eminentemente, ou mesmo exclusivamente, fiscal (arrecadatória).**

43. ***Terceiro*** , em tese, não se mostra sustentável que a única razão caracterizadora do *periculum in mora* seja eventual impacto da medida na ordem de R$ 6 bilhões. De antemão, entendo que compete a qualquer jurisdicionado, mas principalmente aos legitimados universais no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, ter acurácia nas informações submetidas a este Supremo Tribunal Federal. Com a devida deferência institucional, **não procede, aos olhos de um intérprete mediano, o que alegado na petição inicial quanto à magnitude bilionária do que aqui discutido** . Nesse sentido, impende cuidado ao manejar quantitativos, cuja única finalidade parece ser produzir um argumento *ad terrorem* .

44. De plano, urge perceber que a discussão posta a este juízo centra-se em um conjunto de decisões judiciais que permitiram a pessoas jurídicas individualizadas não recolher a contribuição ao PIS/Cofins sobre receitas financeiras sob o regime não-cumulativo no lapso de 90 (noventa) dias. No curso da petição inicial, fala-se, *an passant* , em 239 ações cíveis no sistema da PGFN, 20 processos diários ou 54 mandados de segurança impetrados em 10 dias. Todas essas causas possuem valor certo e sabido, *ex vi* arts. 291 a 293 do CPC. Decerto, **não tende a ser crível que esse conjunto de feitos represente R$ 6 bilhões de risco fiscal à Fazenda Nacional.**

45. Além disso, raciocinando-se hipoteticamente, o próprio montante de R$ 6 bilhões parece ter sido retirado exclusivamente da já mencionada Nota Cetad/Coest nº 181, de 2022, da Receita Federal. De um lado, essa projeção torna-se imprestável sob a perspectiva do contraditório, porquanto sequer houve a apresentação por parte do requerente da memória de cálculo das estimativas, sendo virtualmente impossível corroborar ou refutar os valores declinados. De outro lado, salvo um significativo esforço de descontextualização, torna-se perceptível que o impacto financeiro-

Plenário Virtual - minuta de voto - 28/04/2023

orçamentário negativo de R$ 5,82 bilhões se embasa em dados de 2020 e refere-se ao que seria arrecadado **ao longo de todo exercício financeiro de 2023** , enquanto é sabido que **a controvérsia constitucional relevante, se houver, refere-se unicamente aos meses de janeiro, fevereiro e março de 2023** e aos contribuintes que efetivamente entraram em juízo em face da aplicabilidade imediata do Decreto nº 11.374, de 2023.

46. Em síntese, por qualquer prisma que se olhe, **não é dado a um juiz constitucional assumir como verdadeiro, para fins de caracterização de *periculum in mora* no âmbito de controle abstrato de constitucionalidade, um montante bilionário de recursos com alta probabilidade de descontextualização ou simples erronia técnica** .

46.1. A esse respeito, vem à baila luminoso ponto da trajetória profissional deste Subscritor, qualificado por importante reflexão levada a efeito pelo ilustre Ministro Ricardo Lewandowski a respeito da qualidade dos dados trazidos ao Supremo Tribunal Federal. Veja-se o que Sua Excelência argumentou na ADI nº 6.363-MC-Ref/DF, de sua relatoria e Red. do Acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 17/04/2020, p. 24 /11/2020:

> "Senhor Presidente, eminente Pares, antes de proferir meu voto gostaria de trazer alguns dados interessantes, para contestar críticas, reverberadas na imprensa, por parte de alguns setores, sobretudo econômicos, de que a liminar teria impedido a celebração de acordos.
>
> (...)
>
> Vejam, portanto, que os argumentos *ad terrorem* lançados nos últimos dias pelos principais veículos de comunicação caíram por terra pelos fatos.
>
> Agora, o eminente doutor André Mendonça, Advogado-Geral da União, disse que, nesses dois dias, depois de 14 de abril - estamos no dia 16 -, já se celebraram mais 2.200.000 acordos aproximadamente. Certamente, em breve, chegaremos a 24.500.000 acordos preconizados pelo Secretário Bianco, da Previdência e Trabalho.
>
> Talvez valha à pena reproduzir, neste momento, expressão muito conhecida na Alemanha e nos meios jurídicos e políticos. Os alemães dizem: *Tatsachen sprechen* , ou seja, os fatos falam por si só. Vou usar uma expressão alemã não por pedantismo, mas porque ela é, de certa maneira, intraduzível em sua força de expressão."

Plenário Virtual - minuta de voto - 25/04/2023

47. Verifico, assim, que as informações foram constituídas de modo unilateral, com teor notoriamente inexato, descontextualizado e desacompanhado de fundamentação técnica explícita.

48. Diante de todas essas razões, com as licenças possíveis aos entendimentos contrários, **firmo convicção de que não restou comprovado o perigo de dano suscitado pelo requerente** .

49. Em conclusão, com as mais respeitosas vênias ao entendimento externado inicialmente pelo eminente Ministro Relator **, devo me manifestar pelo não referendo da medida cautelar então deferida monocraticamente nesta ação declaratório de constitucionalidade,** diante da manifesta ausência dos seus requisitos autorizadores, seja a plausibilidade do direito, seja o perigo de dano.

50. Pelo quanto exposto e apreciado, **não referendo a medida cautelar e, por consequência, indefiro-a.** Haja vista o caráter dúplice da ADI e da ADC **, o indeferimento proposto implica em determinação para que seja suspensa a eficácia das decisões judiciais que, de forma expressa ou tácita, tenham aplicado o Decreto nº 11.374, de 2023, antes de decorridos noventa dias de sua publicação, e, assim, seja estabelecida a cobrança no referido período das contribuições ao PIS/Cofins pelas alíquotas do Decreto nº 11.322, de 2022.**

É como voto.

Ministro **ANDRÉ MENDONÇA**

Plenário Virtual - minuta de voto - 22/04/2023