

VOTO-VOGAL

O Senhor Ministro Gilmar Mendes: Trata-se de referendo de Medida Cautelar concedida pelo Exmo. Ministro Ricardo Lewandowski para suspender a eficácia das decisões judiciais que, de forma expressa ou tácita, tenham afastado a aplicação do Decreto n. 11.374, de 1º de janeiro de 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.

De início, acompanho o bem fundamentado voto do relator no tocante ao cabimento da presente ação declaratória, tendo em vista estar configurada, a meu sentir, a existência de controvérsia judicial relevante.

Com efeito, a concessão de medida liminar nas ações diretas depende da presença de dois pressupostos materiais; quais sejam: a plausibilidade jurídica das alegações autorais (*fumus boni iuris*) e a possibilidade de prejuízo decorrente do retardamento da decisão postulada (*periculum in mora*).

Tendo em vista as razões trazidas pelo requerente, bem como o atual estado da arte da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à matéria de fundo, tenho que ambos os requisitos encontram-se presentes, justificando o referendo da medida cautelar deferida.

Em relação ao perigo da demora, reputo que o referido requisito encontra-se satisfeito conforme demonstrado à saciedade pelo Relator e pelos memoriais trazidos pelo requerente, os quais dão conta que alteração promovida pelo Decreto n. 11.322/2022 gera uma renúncia de receita na ordem de 5,823 bilhões de reais apenas para o ano de 2023.

Quanto à plausibilidade jurídica das alegações do autor, em juízo de prelibação, próprio deste momento processual, considero verossímeis os argumentos em torno da inconstitucionalidade do Decreto n. 11.322, de 30 de dezembro de 2022, por desvio de finalidade, motivo pelo qual a sua revogação pelo Decreto n. 11.374/2023 visou manter a higidez do ordenamento jurídico brasileiro.

Em relação ao princípio da proporcionalidade, considero que o vício de inconstitucionalidade substancial decorrente do excesso de Poder

Legislativo constitui um dos mais tormentosos temas do controle de constitucionalidade hodierno.

Cuida-se de aferir a compatibilidade da lei aos fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), isto é, de se proceder à censura sobre a adequação (*Geeignetheit*) e a necessidade (*Erforderlichkeit*) do ato legislativo.

O excesso de poder como manifestação de inconstitucionalidade configura afirmação da censura judicial no âmbito da discricionariedade legislativa ou, como assente na doutrina alemã, na esfera de liberdade de conformação do legislador (*gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit*).

A inconstitucionalidade por excesso de poder legislativo introduz delicada questão relativa aos limites funcionais da jurisdição constitucional. Não se trata, propriamente, de sindicar os *motivi interiori della volizione legislativa*.

Também, não se cuida de investigar, exclusivamente, a finalidade da norma, invadindo seara reservada ao Poder Executivo, tendo em vista que isso envolveria o próprio mérito do ato legislativo.

Na Alemanha, a Corte Constitucional assentou, em uma de suas primeiras decisões (23.10.1951), que sua competência cingia-se à apreciação da legitimidade de uma norma, sendo-lhe defeso cogitar de sua conveniência (*Zweckmässigkeit*).

Todavia, a questão sobre a liberdade discricionária outorgada ao legislador, bem como sobre os limites dessa liberdade, é uma questão jurídica suscetível de aferição judicial. (HESSE, Grundzuge des Verfassungsrechts, p. 149)

O conceito de discricionariedade, no âmbito da legislação, traduz, a um só tempo, ideia de liberdade e de limitação. Reconhece-se ao legislador o poder de conformação dentro de limites estabelecidos pela Constituição. E, dentro desses limites, diferentes condutas podem ser consideradas legítimas.

No caso ora em análise, parece-me que a concessão de tão expressiva benesse fiscal, a um dia do fim do governo e conseqüente início daquele

seguinte é, no mínimo, heterodoxa. Se esta Suprema Corte validar expedientes que tais, acaba por cancelar, no limite, condutas levadas a efeito com aptidão de inviabilizar o governo vindouro.

Desnecessário esclarecer que as competências governamentais se esvaziam sem as condições materiais para o seu exercício.

Não é sem razão que existe uma legislação que prevê uma transição entre os governos, a fim de que o novo governo tenha conhecimento da situação em que o país se encontra, a fim de garantir acesso à informação e transparência entre os governos que se alternam.

A esse respeito, cito os princípios norteadores da referida transição governamental, os quais se encontram previstos no art. 2º do Decreto n. 7.221/2010:

- “I - colaboração entre o governo atual e o governo eleito;
- II - transparência da gestão pública;
- III - planejamento da ação governamental;
- IV - continuidade dos serviços prestados à sociedade;
- V - supremacia do interesse público; e
- VI - boa-fé e executividade dos atos administrativos.”

Veja-se que tais princípios são decorrências lógicas tanto do Estado Democrático de Direito quanto do art. 37 da Constituição Federal, em especial dos princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência.

À luz desses princípios, também é necessário prezar, no período de transição, pela **continuidade da gestão fiscal responsável**, nos termos das regras e as diretrizes voltadas para o equilíbrio das contas públicas dispostas na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101 /2000). Nessa perspectiva, a abrupta redução de alíquotas no “apagar das luzes” trazida pela norma impugnada, com a consequente redução da arrecadação das contribuições sociais e o inevitável e imediato prejuízo à manutenção da seguridade social, não parece, em um primeiro juízo, estar em consonância com os princípios da Administração Pública.

Ressalte-se, inclusive, que a jurisprudência desta Corte tem rechaçado atos legislativos que veiculem excesso do direito de legislar:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ELEIÇÕES MUNICIPAIS DE 1996 - COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS APENAS

PARA ELEIÇÕES PROPORCIONAIS - VEDAÇÃO ESTABELECIDADA PELA LEI N. 9.100/95 (ART. 6º) - ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PARTIDÁRIA (CF, ART. 17, § 1º) E DE VIOLAÇÃO AOS POSTULADOS DO PLURIPARTIDARISMO E DO REGIME DEMOCRÁTICO - AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA - MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. PARTIDO POLÍTICO - AÇÃO DIRETA - LEGITIMIDADE ATIVA - INEXIGIBILIDADE DO VÍNCULO DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA.

[...]

- O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive *due process of law* - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do substantive *due process of law* (CF, art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador. (ADI 1407 MC, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 07/03/1996, DJ 24-11-2000 PP-00086 EMENT VOL-02013-10 PP-01974)

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. LEIS 1.746/1984, 227/1993 E 786/2004, DO MUNICÍPIO DE MANAUS. PENSÃO VITALÍCIA PARA CÔNJUGES SUPÉRSTITES DE EX-VEREADORES. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS REPUBLICANO, DA IGUALDADE, DA MORALIDADE, E DA IMPESSOALIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 40, § 13, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PROCEDÊNCIA. PRECEDENTES. 1. A separação entre a coisa pública e a coisa privada constitui o cerne do princípio republicano, que veda a utilização dos recursos públicos como se fossem patrimônio privado dos agentes do Estado. Dessa forma, a instituição de benefícios, como pensões vitalícias, com base em motivações pessoais, viola frontalmente o

princípio republicano. 2. Atuando em nome do Estado é defeso aos agentes públicos agirem em benefício de pessoas determinadas (princípio da impessoalidade), instituindo tratamentos legais desiguais. 3. O Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência consolidada sobre a inconstitucionalidade de normas municipais que instituem pensões vitalícias para cônjuges supérstites de ex-vereadores, por violação aos princípios republicano, da igualdade, da impessoalidade e da moralidade. Precedentes. 4. Não-recepção dos atos normativos pré-constitucionais, cujos conteúdos são incompatíveis com a Constituição da República de 1988. 5. Ação julgada procedente, a fim de declarar a não-recepção da Lei 1.746/1984, e a inconstitucionalidade das Leis 227/1993 e 786/2004, do Município de Manaus/AM.(ADPF 889, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 10/11/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-001 DIVULG 09-01-2023 PUBLIC 10-01-2023)

Caracterizada, portanto, a plausibilidade do direito (*fumus boni iuris*) dos requerentes quanto à constitucionalidade Decreto n. 11.374/2023, e o *periculum in mora*, entendo que é caso de **referendar** a cautelar deferida pelo Exmo. Relator, com as ressalvas acima declinadas.

É como voto.

Plenário Virtual - minutas dos votos