



CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 3/93, A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 33/01 E A “ÚLTIMA PALAVRA PROVISÓRIA”

**CONSTITUTIONAL CONTROL OF CONSTITUTIONAL AMENDMENT 3/93;
AMENDMENT 33/01 AND THE "LAST PROVISORY WORD"**

Júnia Roberta Gouveia Sampaio¹

RESUMO

O presente artigo procura analisar o controle de constitucionalidade sob a perspectiva da legitimidade democrática. Para tanto, utiliza como fundamento as ideias de Conrado Hübner Mendes expostas nas suas obras *Controle de Constitucionalidade e Democracia*[1] e *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*[2]. Logo em seguida, propõe, diante dessas teorias, analisar um caso concreto – o controle de constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 3/93 e o posterior “desafio” proposto pelo poder legislativo por meio da publicação da Emenda Constitucional nº 33/01.

PALAVRAS CHAVE: Controle de constitucionalidade, legitimidade democrática, Emenda Constitucional 3/93.

ABSTRACT: This article studies the democratic legitimacy of constitutional control. It uses the ideas of Conrado Hübner Mendes exposed in his works *Controle de Constitucionalidade e Democracia* and *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação* to analyse the concrete case of constitutional control applied to the Constitutional Amendment No. 3/93 and the “challenge” raised by Congress through the publication of the Constitutional Amendment No. 33/01.

¹ Professora de Direito Tributário da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e do Centro Universitário UMA, MG. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2004).



KEYWORDS: Constitutional control, constitutionality review, constitutional review, democratic legitimacy, Constitutional Amendment 3/93.

1 INTRODUÇÃO

A partir da publicação da constituição de 1988, ambiciosa e abrangente, e do reconhecimento paulatino da sua força normativa, observa-se nítida preocupação da doutrina nacional com as técnicas de interpretação, especialmente com a interpretação dos princípios constitucionais. Isso porque estes são expostos, na maioria das vezes, por meio de expressões abertas, de conteúdo significativo indeterminado e alta carga axiológica.

O objetivo deste artigo não é fazer a análise das técnicas hermenêuticas que possam servir de balizas ao exercício do controle de constitucionalidade. Tampouco se pretende analisar o conteúdo moral e filosófico dos preceitos constitucionais. Essa visão do fenômeno é extremamente valiosa, mas trata do tema com os olhos voltados para dentro do próprio sistema jurídico.

O presente trabalho busca ver o controle de constitucionalidade com os olhos voltados para fora do sistema jurídico. Nesse contexto, o poder judiciário e o controle por ele exercido serão analisados dentro do quadro mais amplo da legitimidade democrática.

Para essa empreitada, se utilizam como fundamento as inovadoras contribuições de Conrado Hübner Mendes expostas nas suas obras *Controle de Constitucionalidade e Democracia*² e *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*³.

No primeiro desses livros (*Controle de Constitucionalidade e Democracia*), o autor evidenciou a importância dada ao poder judiciário pela constituição de 1988 e o grande espaço aberto ao exercício do ativismo judicial. Logo em seguida, fez uma resenha dos principais argumentos favoráveis e contrários à revisão judicial utilizando-se, para tanto, da

2 MENDES, Conrado Hübner – *Controle de Constitucionalidade e Democracia*, ed. Elsevier, 2008;

3 MENDES, Conrado Hübner – *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*, ed. Saraiva, 2011;



discussão entre os dois maiores expoentes de cada um dos lados. Ronald Dworkin, como o defensor da importância do poder judiciário (fórum do princípio que resguarda os direitos fundamentais das deliberações majoritárias), e Jeremy Waldron, cujos argumentos centrais residem na alegação da impossibilidade de se solucionar os desacordos em relação à justiça e na conseqüente ilegitimidade democrática de se entregar a solução desses desacordos a uma instituição antimajoritária como o judiciário.

Nesse livro o autor procura desmistificar as habituais justificativas utilizadas para legitimar o controle de constitucionalidade admitindo, todavia, sua necessidade. A preocupação central do livro é a ampliação das cláusulas pétreas na Constituição Federal de 1988 e o controle de constitucionalidade das emendas constitucionais. Isso porque, se a profusão de termos abertos constantes da constituição dá margem ao ativismo judicial, no controle de constitucionalidade das leis, este (ativismo) pode, posteriormente, ser aperfeiçoado por meio de emendas constitucionais. Todavia, no controle de constitucionalidade das emendas, a depender da amplitude conferida pelo Supremo Tribunal Federal às cláusulas pétreas, o poder judiciário acabaria tendo a última palavra a respeito do conteúdo da constituição. Assim, a decisão final (última palavra) de um sistema político seria tomada não por representantes, mas por juízes.

Já no seu segundo livro (*Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*), o autor procura desenvolver uma perspectiva que ele chama de “longo prazo” em contraponto à perspectiva de “curto prazo” do primeiro livro, que busca evidenciar os problemas da definição da “última palavra”. Nessa nova visão, o autor procura tirar o foco da discussão de quem deveria ter a última palavra (legislador ou judiciário) e desenvolve a teoria do diálogo interinstitucional entre esses poderes.

No presente artigo, procurar-se-á analisar as teses centrais desses dois livros diante de uma situação concreta. Trata-se do controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal em relação à Emenda Constitucional nº 3/93, no qual declarou o princípio da anterioridade e a imunidade recíproca como cláusulas pétreas e a resposta dada pelo poder legislativo com a publicação da Emenda Constitucional nº 33/01, que instituiu novo tributo (CIDE combustível) sem que estivesse sujeito ao princípio da anterioridade. Com isso, se demonstrará que a pretensão de “última palavra”, freqüentemente utilizada na retórica do judiciário, não encontrou correspondência no caso



em questão e que ele pode ser um bom mote para analisar a teoria do diálogo desenvolvida por Conrado Mendes.

2 JUDICIÁRIO OU LEGISLATIVO – QUEM DEVE TER A “ÚLTIMA PALAVRA”?

Antes de se abordar a discussão sobre a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade, entende-se que seria preciso estabelecer alguns pontos básicos sobre o conceito de democracia. No entanto, quando se busca esse sentido mínimo, verifica-se que ele traduz claramente o embate proposto (quem deve ter a última palavra).

A “definição mínima” de democracia proposta por Norberto Bobbio⁴ demonstra bem esse dilema. Ao abordá-la Bobbio afirma que:

“o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem que esteja autorizado a tomar decisões coletivas e com quais procedimentos”.

Por esse prisma, poder-se-ia pensar que o autor adota uma visão de democracia estritamente formal, sem qualquer pretensão substancial sobre direitos, assim como defendido por Jeremy Waldron. Todavia, nas páginas seguintes, o autor faz a seguinte afirmação:

No entanto, mesmo para uma definição mínima de democracia, como é a que aceito, não bastam nem a atribuição a um elevado número de cidadãos do direito de participar direta ou indiretamente da tomada de decisões coletivas, nem a existência das regras de procedimentos como a da maioria (ou, no limite, da unanimidade). É indispensável uma terceira condição: é preciso que aqueles que são chamados a decidir estejam colocados diante de alternativas reais e postos em condição de escolher entre uma e outra. Para que se realize essa condição é necessário que aos chamados a decidir sejam garantidos os assim



denominados direitos de liberdade de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião, de associações etc.- dos direitos à base dos quais nasceu o Estado Liberal e foi construída a doutrina do Estado de direito em sentido forte, isto é, do Estado que não apenas exerce o poder sub lege, mas o exerce dentro de limites derivados reconhecimento constitucional dos direitos invioláveis do indivíduo. Seja qual for o fundamento filosófico desses direitos, eles são o pressuposto necessário para o correto funcionamento dos próprios mecanismos predominantemente procedimentais que caracterizam um regime democrático. As normas constitucionais que atribuem estes direitos não são exatamente regras do jogo: são regras preliminares que permitem o desenrolar do jogo (grifo da autora do artigo).

Pela “definição mínima” pretendida pelo autor, é possível se identificar que democracia requer a definição da autoridade e das regras procedimentais para tomada de decisões coletivas, mas pressupõe, antes disso, que os direitos fundamentais invioláveis, garantidos constitucionalmente ao indivíduo, sejam respeitados.

A discussão tradicional sobre a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade, normalmente, se resume às seguintes posições. Os que a defendem fundamentam-se na premissa de que democracia pressupõe, como afirmado por Bobbio, o respeito aos direitos básicos que permitem com que o jogo se desenvolva. Por outro lado, os que a criticam, fundamentam-se na falta de representatividade das decisões tomadas por juízes que não são eleitos. Os dois autores trabalhados por Conrado Mendes (Ronald Dworkin e Jeremy Waldron) acrescentam fundamentos importantes a esse debate.

2.1 - A revisão judicial e a democracia - Ronald Dworkin e Jeremy Waldron

Nos capítulos 2 e 3 do livro *Controle de Constitucionalidade e Democracia*,⁵ Conrado Mendes faz uma resenha sobre os principais argumentos utilizados pelos autores acima mencionados. Verifica-se, no entanto, que a divergência entre eles parte do pressuposto básico – o que é democracia? Para Dworkin ela teria um sentido substancial e



formal e, para Waldron, na impossibilidade de se chegar a um consenso sobre justiça, só seria possível resolver a questão por meio do procedimento representativo.

a) A posição de Ronald Dworkin.

Uma das principais objeções ao controle de constitucionalidade seria a que de que a leitura moral realizada por juízes não eleitos e vitalícios ofenderia a democracia. Alguns autores procuram defender a revisão judicial com o fundamento de que a democracia, “apesar de ser um ideal louvável, deve ser mitigada em favor de outros valores relevantes”⁶.

Para Dworkin essa objeção deve ser refutada pela pergunta sobre o que a democracia efetivamente é. Para ele não se pode ver na revisão judicial um “mal necessário”, mas indesejável. Na sua concepção de democracia, a maioria nem sempre tem o direito de governar. As disposições que possibilitam o controle não comprometem a democracia, mas são partes integrantes dela.

Assim, a melhor forma de democracia é aquela que tem maior probabilidade de produzir decisões que tratem todos com igual consideração e respeito. É importante observar, no entanto, que esta concepção não rejeita a democracia procedimental, mas procura adicionar a ela a variável do resultado. Sua teoria da democracia abraça forma e substância. O objetivo da democracia não é curvar-se à vontade da maioria, conforme se verifica pela seguinte passagem⁷:

“A concepção constitucional, em resumo, toma a seguinte atitude perante o governo majoritário. Democracia significa governo sujeito a condições – que chamamos “condições democráticas” - de igual status para todos os cidadãos. Quando as instituições majoritárias respeitam essas condições democráticas, aí suas decisões devem ser aceitas por essa razão. Mas quando

6 MENDES, Hübner Conrado, *Controle*. ob.cit pag. 51

7 DWORKIN, Ronald – *Freedom's Law*, p. 17-18, apud : MENDES, Conrado, *Controle de Constitucionalidade e Democracia*, p. 53-54



não respeitam, não pode haver objeção, em nome da democracia, para outros procedimentos que melhor a protegem.

Naturalmente, haverá divergência sobre o que as condições democráticas, em detalhe, efetivamente são, e se a lei particular as ofende. (...) Mas, de acordo com a concepção constitucional, seria uma petição de princípio objetar que essas questões controversas sejam atribuídas à Corte sob o fundamento de que são antidemocráticas, porque essa objeção assume que a lei em questão respeita condições democráticas, e essa é a controvérsia mesma.”

Para demarcar a abrangência da revisão judicial, Dworkin faz uma importante distinção entre questões de princípio e de *policy*.⁸ De acordo com essa distinção, juízes não devem decidir em argumentos de *policy*. Estes estão a cargo do legislador (políticas públicas, bem estar), mas nas questões de princípio, que se abrem a um julgamento moral. Esse julgamento não quer dizer que o juiz é livre para julgar de acordo com a sua moral pessoal. Ele deve fazer uma reconstrução criteriosa da evolução histórica e da adequação. Deve tentar encontrar a moral constitucional.

A necessidade de que os cidadãos sejam tratados com igual consideração e respeito determina que, em uma democracia, as questões de princípio não devem estar sujeitas à vontade da maioria. A igual consideração só é obtida pela proteção da minoria, que é feita pelo poder judiciário.

Outra distinção importante (que se relaciona intimamente com a aquela entre argumentos de “princípio” e “*policy*”) é a de decisões políticas de “preferências sensíveis” e as de “preferências insensíveis”⁹.

As decisões de preferências sensíveis (ligadas a políticas públicas, por exemplo) dependem da distribuição de preferências dentro da comunidade. Sendo assim, nessas questões, o dado quantitativo é decisivo. As questões sensíveis se estabelecem pela regra da maioria, pois se resolvem em uma questão de forma.

8 MENDES, Conrado, *Controle*. ob.cit P. 50-51

9 MENDES, Conrado Hübner, *Controle*. ob.cit. p. 70-71



Todavia, nas questões insensíveis (liberdade fundamentais) o aspecto quantitativo não é relevante. Essas questões estão relacionadas à substância e, por isso, não podem ser decididas por meio de um procedimento. Não faz sentido dizer que uma questão é insensível se uma maioria assim o decidir. Como observa Conrado Mendes¹⁰:

A distinção entre questões de escolha sensível e insensível é particularmente importante para saber se o constitucionalismo e as restrições à maioria nele subentendidas melhoram a acuidade das decisões políticas. Se sim, terá lugar numa concepção dependente de democracia. Quando a Corte invalida decisões legislativas baseadas em escolhas sensíveis, corrompe a acuidade. Se revê decisões legislativas de escolha insensível (desde que acerte), reforça a acuidade.

A adoção de procedimentos não majoritários, desde que aplicados unicamente às questões morais, em nada prejudica a democracia (...). O constitucionalismo aperfeiçoa a democracia se sua jurisdição for limitada a questões de escolha insensível. Democracia não é a mesma coisa que regra da maioria. Não significa somente isso, mas também isso.

Entende-se que essa advertência (de que o tribunal deve se limitar a decidir questões insensíveis) tem especial importância no controle de constitucionalidade exercido diante de uma constituição abrangente, como a constituição de 1988. Isso porque, dada a sua extensão e riqueza de detalhes, praticamente todas as decisões legislativas poderiam, a juízo do Supremo Tribunal Federal, ser consideradas “insensíveis”.

b) A posição de Jeremy Waldron

Jeremy Waldron¹¹ defende sua tese a partir do ponto de que nunca haverá um acordo sobre o que é justiça. Sendo assim, os filósofos políticos devem desenvolver uma teoria sobre justiça e sobre políticas e instituições. Exatamente por entender que o desacordo moral é insolúvel, Waldron pretende construir uma teoria da democracia que

10 MENEDES, Conrado, *Controle*. ob.cit. p. 72

11 MENEDES, Conrado Hübner, *Controle*. ob.cit. P 81-84



restabeleça a dignidade da legislação e seu valor moral. Essa teoria dá maior relevo aos teóricos da autoridade.

Para Waldron os juristas abordam as questões sobre direitos como se elas estivessem acima do desacordo, num plano de princípios. Todavia, o autor questiona: “Como fazer um direito triunfar se discordamos sobre o seu significado?”

Para desenvolver sua teoria, Waldron parte do pressuposto de que os membros sociedade e, portanto, os legisladores estão enfrentando, de boa-fé, questões controversas sobre direitos. Se assim é, o voto não corresponderia a um mero interesse, mas a uma opinião pessoal sobre um interesse comum. Nesse contexto, a relação entre maioria e minoria ganharia uma conotação diferente, pois, como afirma Waldron¹²:

Quando cidadãos ou seus representantes discordam sobre quais direitos temos ou sobre o que estes direitos impõem, parece quase um insulto dizer que isto não é que se lhes permite resolver por meio de um procedimento majoritário, mas que deve ser atribuído para determinação final de um pequeno grupo de juízes. É particularmente insultante quando descobrem que juízes discordam entre si exatamente pelas mesmas linhas que cidadãos e representantes, e que juízes tomam suas decisões, também, por votação majoritária. Cidadãos podem sentir que, se desacordos nesses assuntos devem ser resolvidos pela contagem de cabeças, então são suas cabeças ou de seus representantes que deveriam ser contadas.

Com base nesse argumento, Waldron entende que haveria uma contradição essencial ao se defender mecanismos antimajoritários e, ao mesmo tempo, entender que os indivíduos são sujeitos morais autônomos e capazes de deliberações responsáveis.

Para ele o legislativo seria o foro adequado para se solucionar decisões sobre princípios, pois seu complexo processo deliberativo não esconde as divisões e conflitos que permeiam a sua produção.

12 WALDRON, Jeremy – *Law and Disagreement*, p. 15, *apud* MENDES, Conrado Hübner, *Controle*. ob.cit. P 86



O grande problema da teoria de Waldron é que ela parte do pressuposto de que o legislador atua, essencialmente, perseguindo um interesse comum (ainda que sujeito a divergências). Esse pressuposto, todavia, assim como a “decisão correta” defendida por Dworkin, só seria confirmado se existisse um legislador ideal. Todavia, as instituições reais possuem desvios, são falíveis, o que, de fato, dificulta a defesa de quem deveria ter a última palavra.

2.2 A revisão judicial como contrapoder

Depois de fazer uma minuciosa análise dos argumentos favoráveis e contrários ao controle de constitucionalidade, Conrado Mendes apresenta, no capítulo 4, sua conclusão sobre a controvérsia e, com base nela, denuncia, no capítulo 5, o que ele chama de paroxismo da revisão judicial, que seria o controle de constitucionalidade das Emendas Constitucionais.

Conrado¹³ aponta um equívoco essencial nas doutrinas tradicionais sobre o papel do judiciário no sistema democrático. Ao afirmarem que o legislador pode errar e que, por isso, deve ter limites, a consequência natural seria a de que o judiciário deveria ser o responsável por impor esses limites. Para Conrado, ao assim concluir, essa doutrina “sobrepõe, indevidamente, substância a instituições e procedimentos”.

Logo em seguida, o autor se propõe a encontrar outra razão teórica que possa servir como fundamento para a revisão judicial (com a qual ele concorda e entende necessária), que seria uma justificativa prudencial. Para desenvolvê-la ele se apoia na distinção realizada por Michel Troper¹⁴ entre Constituição como norma e Constituição como máquina.

Na Constituição entendida como norma, parte-se do pressuposto de que as autoridades se comportam de acordo com as normas constitucionais que estabelecem suas obrigações. Para o autor¹⁵ essa concepção enfrenta dois problemas. O primeiro deles

13 MENDES, Conrado Hübner, *Controle*. ob.cit. P 129

14 “La máquina y la norma. Dos Modelos de Constitución”, *Doxa*, nº 22

15 MENDES, Conrado Hübner, *Controle*. ob.cit. p. 130



é o de que não há garantia de que essas normas serão respeitadas, e o segundo é que mesmo que se crie um controlador externo para verificar o cumprimento de tais normas, nada garante que o próprio controlador irá se submeter às normas que pretende aplicar.

A constituição entendida como máquina é descrita, unicamente, como “um arranjo de forças que se chocam e se equilibram”. Nesse modelo, a eficácia da constituição não se dá em razão da existência de controles ou sanções, mas de uma repartição que impediria os poderes de ultrapassarem sua competência. Como esclarece Conrado¹⁶:

“Um desenho institucional consiste na alocação de faculdades de estatuir e de faculdades de vetar em diferentes agentes. Entre vetos e estatuições, desenha-se um processo decisório, distribuem-se poderes, moldam-se incentivos institucionais, criam-se canais saudáveis de interlocução. Numa sucessão de testes, uma decisão coletiva finalmente é tomada. No circuito de poderes e contrapoderes, alguém decide por último. Se o tribunal constitucional, de fato é somente um contrapoder, então, segundo princípios democráticos plausíveis, não poderia gozar da última decisão.”

Essa conclusão é fundamental, não só porque será a base a partir da qual o autor desenvolverá a teoria do diálogo inter-institucional em sua obra, “Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação”, mas, também, por fornecer o fundamento contra a possibilidade do controle de constitucionalidade de emendas constitucionais.

2.3 O controle de constitucionalidade de Emendas Constitucionais.

A discussão sobre o controle de constitucionalidade das emendas constitucionais ganhou maior relevo com a publicação da Constituição de 1988 que alargou, consideravelmente, as chamadas cláusulas pétreas. De fato, as constituições de 1946 e 1967, determinavam, em seus artigos 50, §1º e 217, §6º, que não seriam objeto de deliberação, unicamente, os projetos de emenda tendentes a abolir a federação e a república.

A Constituição de 1988 fez constar, do §4º do art. 60, que não serão objeto de deliberação as propostas de emenda tendentes a abolir: a) a forma federativa de estado; b)



o voto direto, secreto e universal; c) a separação de poderes e d) os direitos e garantias individuais. Além do expressivo aumento das matérias, há que se ressaltar a amplitude de algumas cláusulas como, por exemplo, a que assegura os direitos e garantias individuais.

A preocupação central do autor é que a possibilidade de controle constitucional de emenda acaba por conferir a última palavra sobre o sentido da constituição ao poder judiciário, rompendo, assim, o diálogo interinstitucional e a função do judiciário como contrapoder. Conrado¹⁷ destaca que o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal constitucional indiano foram os únicos tribunais do mundo a terem declarado a inconstitucionalidade de uma emenda constitucional, inobstante outros sistemas constitucionais também imponham cláusulas pétreas.

Segundo o autor, essa postura do Supremo Tribunal Federal é bastante controversa se analisarmos o próprio texto da constituição que, em seu artigo 102, I, ao estabelecer a competência da jurisdição constitucional, refere-se, apenas, a “lei ou ato normativo”. Para o Conrado “extrair dessa expressão a competência para julgar a constitucionalidade de emendas constitucionais parece um razoável desvio daquilo que o constituinte lhe reservou”.

Finalmente, o autor afirma que o trabalho se limitava “a analisar o arranjo constitucional em potência.” O que se pretende, no presente artigo, é analisar o controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo diante da Emenda Constitucional nº 3/93 (que teria a última palavra sobre a supressão do princípio da anterioridade em matéria tributária) e a resposta legislativa com a aprovação da Emenda Constitucional nº 33/2001. Todavia, antes disso, é preciso abordar a teoria do diálogo interinter-institucional desenvolvida por Conrado na sua obra “Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação”.

3 DIÁLOGO INTER-INSTITUCIONAL E ÚLTIMA PALAVRA PROVISÓRIA



Na sua segunda obra¹⁸ Conrado Mendes começa por descrever o caminho traçado no trabalho anterior, no qual denunciou a impossibilidade de dar a última palavra ao judiciário e o plano a ser desenvolvido no livro.

Nos capítulos 2 e 3, Conrado¹⁹ faz uma minuciosa análise dos argumentos que apontam a inclinação por juízes e cortes constitucionais e aqueles que apontam a inclinação por legisladores e parlamentos, procurando, com isso, demonstrar que a defesa de uma ou de outra pressupõe modelos ideais. A exposição dessas teorias serve para deixar claro que tanto a inclinação por juízes como por parlamentos é falha e incompleta e, por isso, a disputa para saber quem deveria ter a última palavra em uma democracia acaba por reduzir o seu potencial. Se as instituições são falíveis, a discussão sobre a última palavra representa, na verdade, o direito de errar por último.

Em contraposição a essas teorias, o autor adota a teoria do diálogo em contraposição à lógica do “tudo ou nada” dos defensores da última palavra. As teorias do diálogo interinstitucional seriam mais adequadas para captar a dinâmica da política, pois, ao invés de se preocuparem com demandas normativas do tipo ideal de juiz ou legislador, estão preocupadas em entender a sua interação.

3.1 As virtudes passivas e ativas na teoria do diálogo

No capítulo 4, o autor faz uma revisão bibliográfica criteriosa dos autores que desenvolveram a teoria do diálogo e das experiências estrangeiras sobre o tema, especialmente da experiência canadense. Em resumo, esses autores entendem que o diálogo pode se dar por meio de virtudes passivas e ativas.

Como defensores das virtudes passivas, o autor aponta Alexander Bickel e Cass Sunstein. Para Alexander Bickel²⁰ a corte constitucional, diante de um caso concreto, tem três alternativas: a) revogar uma lei por inconstitucionalidade; b) validá-la e legitimá-la por

¹⁸ MENDES, Conrado Hübner – *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*, ed. Saraiva, 2011

¹⁹ MENDES, Conrado Hübner – *Direitos Fundamentais*, ob. cit, pags.70-104

²⁰ MENDES, Conrado Hübner – *Direitos Fundamentais*,ob. cit. p. 111-117



meio da declaração de constitucionalidade; c) “decidir não decidir”. Para viabilizar essa terceira opção, o autor propõe uma série de técnicas de não decisão, pois a corte não estaria obrigada a legitimar tudo que não considere inconstitucional. Ao evitar decidir, a corte estimula o diálogo com os outros poderes e com a sociedade.

Entende-se que a contribuição mais interessante da teoria de Bickel é que, ao se adotar procedimentos para que a corte “decida não decidir”, essa opção aparece às claras, e, assim, tem a virtude de estimular o debate. Muito diferente, portanto, da prática de “engavetar” processos, tão comum aos nossos tribunais superiores. Como ressalta Conrado²¹

“Não se trata somente de aplicar o direito ou de proteger a sociedade contra suas fraquezas e vicissitudes, mas também de criativamente liderar a agenda pública sobre temas amortecidos e dormentes, apontar horizontes e provocar reações. Nada disso é captado por teorias da interpretação, que não nos permitem ler a rica teia estratégica em que a corte está enredada. Bickel traz clareza a isso, e mostra que a última palavra é uma questão de grau”.

Cass Sunstein²², por sua vez, defende o minimalismo das decisões judiciais. Para ele as decisões judiciais podem ser pensadas em duas dimensões: largueza e profundidade. A largueza estaria ligada ao número de casos atingidos, e a profundidade diz respeito ao nível de abstração. As decisões minimalistas seriam aquelas que decidem o caso (estreitas), evitando, assim, que se estabeleça um precedente abrangente e com um nível de abstração pequeno, pois, muitas vezes, os juízes discordam em relação às razões, mas concordam com uma solução concreta. A decisão minimalista seria, portanto, uma técnica que facilitaria o consenso.

É importante registrar, no entanto, que o autor não defende que a técnica minimalista deva ser aplicada para todos os casos. Como esclarece Conrado²³:

²¹ MENDES, Conrado Hübner – *Direitos Fundamentais*, ob. cit p. 117

²² MENDES, Conrado Hübner – *Direitos Fundamentais*, ob. cit. pags.119 - 121

²³ MENDES, Conrado Hübner – *Direitos Fundamentais*, ob. cit p122



Sunstein oferece alguns parâmetros abstratos a serem conferidos caso a caso. Recomenda a atuação maximalista quando o juiz tenha (a) “considerável confiança no mérito da solução”, quando (b) a “solução possa reduzir o custo da incerteza” para litigantes futuros, quando (c) o planejamento for importante e quando (d) lidar com as precondições da democracia ou criar incentivos que tornem mais provável a prestação de contas das instituições eleitas. O minimalismo, por sua vez, será mais adequado quando o caso envolver (a) grande incerteza factual ou moral, quando uma (b) solução tiver risco de confundir casos futuros, quando a (c) necessidade de planejamento não for premente e quando as (d) precondições da democracia não estiverem em jogo. Portanto, Sunstein deixa claro que “a defesa do minimalismo não é separável de uma avaliação das controvérsias substantivas subjacentes”.

Por outro lado, as chamadas “virtudes ativas” também favoreceriam o diálogo. Nesse caso, ao invés de silenciar, a corte adota a postura oposta ao expor conselhos e alternativas em suas decisões. O principal defensor dessas virtudes ativas é Katyal²⁴. Para ele, ao exercer a virtude ativa, a corte toma decisões estreitas, mas adiciona a elas, por meio de *obiter dicta*, conselhos de maior amplitude. Como esses conselhos não possuem força vinculante, conferem maior flexibilidade e permitem ao legislador mapear os caminhos que poderia seguir.

3.2 O modelo proposto por Conrado Mendes

Nos capítulos VI e VII, Conrado Mendes desenvolve o que ele chama de proposta normativa da separação de poderes. Utiliza-se, para tanto, dos conceitos de “última palavra provisória” e “deliberação interinter-institucional”.

Ao buscar desenvolver a ideia do “diálogo” em oposição às teorias da “última palavra” Conrado se preocupa em traçar uma perspectiva mais realista da separação de poderes e, ao mesmo tempo, em demonstrar que, com ela, ficam esvaziadas as objeções à legitimidade democrática da revisão judicial promovida pelas cortes constitucionais.

²⁴

MENDES, Conrado Hübner – *Direitos Fundamentais*, ob. cit pags 125 -126



Sua formulação procura dar conta das diferentes perspectivas temporais do direito e da política por meio da coexistência de “diálogo permanente” e “última palavra provisória”²⁵. Para desenvolver esse ponto Conrado procura conciliar as concepções de direito de Fuller e Hart, dois autores de posições aparentemente divergentes.

Para Hart o direito deveria ser visto como um fato social, ou seja, deveria ser descrito como o que é. O que distinguiria o direito de outros fenômenos normativos não seriam as normas que impõe deveres, mas as regras que conferem poderes ou faculdades. As teorias que misturam “ser” e “dever ser” dificultam o estudo do direito e prejudicam o seu aperfeiçoamento.

Fuller²⁶, por sua vez, entende o direito “tem que ser”. Isso significa que ele corresponde à conquista da perseguição contínua de submeter o comportamento humano a regras. Para essa finalidade o direito deveria respeitar uma moralidade interna que ele chama de jusnaturalismo procedimental. Se for visto como mero ato de autoridade perde-se a dimensão educativa do direito, do que ele está “querendo dizer”.

Conrado procura conciliar a posição desses dois autores para estabelecer que, se a definição de uma autoridade é necessária ao regime democrático, não é suficiente para dar conta das diferentes escalas temporais da política e do direito. Nas suas palavras²⁷:

“Ver o direito como um fato presente ou como um empreendimento contínuo, como mera localização de autoridade ou como projeto que precisa ser administrado, destaca, a meu ver os dois componentes da relação que estamos estudando aqui. Chama atenção, em especial, para duas perspectivas temporais por meio das quais podemos observar a política e o direito: a sincrônica e a diacrônica. Na primeira, importa saber quem decide uma demanda, aqui e agora; na segunda, qual o norte que propicia a continuidade, a manutenção e o autoaperfeiçoamento daquela autoridade que decide quando é chamada”.

²⁵ MENDES, Conrado Hübner – *Direitos Fundamentais*, ob. cit p. 179

²⁶ MENDES, Conrado Hübner – *Direitos Fundamentais*, ob. cit p. 180

²⁷ MENDES, Conrado Hübner – *Direitos Fundamentais*, ob. cit p. 181



Com isso o autor não quer dispensar a última palavra que será necessária, sob pena de insuportável insegurança nas relações sociais. O que ele quer é inserir a “última palavra” no que chama de “rodada procedimental”. Ou seja, é necessário que decisões sejam proferidas para resolver demandas coletivas, mesmo que temporariamente. Tais decisões, todavia, devem poder, eventualmente, ser superadas, ou seja, elas terão a força de última palavra provisória.

Finalmente, depois de conciliar “diálogo” e “última palavra” por meio dos conceitos de “última palavra provisória” e “rodada procedimental”, Conrado procura, no capítulo VII, determinar qual o diálogo é mais desejável para uma democracia e, para isso, apoia-se na análise do desempenho deliberativo de cada instituição.

Ressalta²⁸ que o conceito de legitimidade na democracia é obtido por meio de exigências de substância e forma e o arranjo interinstitucional da separação de poderes se revigora quando incorpora essa tensão. Assim, o contexto de supremacia parlamentar pura empobrece o potencial deliberativo ao dificultar as críticas substantivas ao desempenho do legislativo.

A decisão do tribunal fomenta um tipo de discussão moral (substância) que a democracia necessita. Com ela o parlamento tem o ônus de demonstrar que respeitou as condições para a democracia. Nesse modelo ideal *“não há nem um guardião entrincheirado, nem um legislador acanhado e deferente, mas dois poderes engajados nos exercício da persuasão”*.

O autor²⁹ relembra, no entanto, que alocar a “última palavra provisória” é indispensável e que, dada a falibilidade das instituições, não é possível contar com mais do que uma probabilidade de acertos. Todavia, o eventual erro do poder encarregado da “última palavra”, embora não retire sua autoridade, torna mais legítimo o desafio do outro poder.

²⁸ MENDES, Conrado Hübner – *Direitos Fundamentais*, ob. cit p 121

²⁹ MENDES, Conrado Hübner – *Direitos Fundamentais*, ob. cit. p. 204



3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 3/93 E A RESPOSTA LEGISLATIVA DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 33/01

Conforme demonstrado, o principal problema apontado por Conrado em seu livro “Controle de Constitucionalidade e Democracia” não é a revisão judicial, mas, nas suas palavras, a ousada pretensão do Supremo Tribunal Federal de controlar a constitucionalidade das Emendas Constitucionais. O autor, no entanto, não investigou os detalhes da referida decisão (nem era sua pretensão) e eventuais desdobramentos dela decorrentes. Essa, como já dito, é a proposta deste artigo.

Essa decisão foi proferida no julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade 939-7/DF, na qual se discutia a inconstitucionalidade de alguns dispositivos da Emenda Constitucional nº 3/93³⁰ que, dentre outras providências, instituiu, em seu artigo 2º, o Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira – IPMF.

3.1 O Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira – IPMF.

Antes de se analisar a Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 939-7, é importante se explicar o contexto social e econômico do país à época em que ele foi instituído. Conforme destacado no Parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, subscrito por Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho³¹, tratava-se de período de hiperinflação e elevado déficit público (a Emenda foi publicada antes do Plano Real).

A maior parte do produto da arrecadação do referido imposto seria utilizada para pagamento da dívida pública e diminuição do déficit público (só 20% do total arrecadado seria utilizado para financiamento da habitação) o que, segundo os economistas, era a

30 Art. 2.º - A União poderá instituir, nos termos de lei complementar, com vigência até 31 de dezembro de 1994, imposto sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira.

§ 1.º A alíquota do imposto de que trata este artigo não excederá a vinte e cinco centésimos por cento, facultado ao Poder Executivo reduzi-la ou restabelecê-la, total ou parcialmente, nas condições e limites fixados em lei.

§ 2.º Ao imposto de que trata este artigo não se aplica o art. 150, III, b e VI nem o disposto no §5º do art. 153 da Constituição.

§ 3.º O produto da arrecadação do imposto de que trata este artigo não se encontra sujeito a qualquer modalidade de repartição com outra entidade federada.

§4º Do produto da arrecadação do imposto de que trata este artigo serão destinados vinte por cento para custeio dos programas de habitação popular

31 Parecer PGFN/CEJN/Nº 987/93



principal alavanca para inflação. O parecer ressalta, em tom provocativo, que a *estabilidade da moeda deveria ser incluída entre os direitos fundamentais do homem e só uma política de estabilização da moeda, de combate aos reais fatores inflacionários, torna possível que uma classe única não enriqueça à custa das demais*. Ressalta ainda que o referido imposto teria duração efêmera, pois, nos termos em que instituído, seria extinto em 31/12/1994.

Depois de tecer essas considerações preliminares sobre o contexto econômico e social que propiciou a publicação da referida emenda, o parecer passa a abordar cada uma das alegações de inconstitucionalidade. No presente trabalho, vamos focar nas alegações que foram acolhidas pelo Supremo Tribunal Federal, quais sejam, a ofensa ao princípio da anterioridade e a imunidade recíproca.

Em relação ao princípio da anterioridade, o parecer alega que este já encontrava exceções previstas no próprio texto da constituição no art. 153, § 1º, os chamados impostos extrafiscais (imposto de importação, impostos de exportação, imposto sobre produtos industrializados e imposto sobre operações de Crédito, Câmbio, Títulos e Valores Mobiliários), bem como ao imposto extraordinário de guerra e ao empréstimo compulsório para motivo de guerra e calamidade pública. Sendo assim, a exceção prevista em um imposto provisório, não estaria “abolindo” o referido princípio.

Quanto à discussão sobre inconstitucionalidade da imunidade recíproca, defendeu que esta não estaria atingida pelo novo imposto, pois, não incidiria sobre a renda, o patrimônio ou serviços previstos no artigo 150, VI, “a” da Constituição Federal.

3.2 O julgamento da ADIN 939-7/DF

a) As manifestações da Procuradoria Geral da República e da Advocacia Geral da União.

O problema do controle de constitucionalidade de emendas constitucionais foi suscitado, por diversas vezes, no julgamento da ADIN 939-7/DF. Ele aparece na manifestação do Ministério Público, na defesa da Advocacia Geral da União e nos votos de alguns ministros.

Dentre essas manifestações, é importante destacar o parecer do Subprocurador Geral da República Paulo de Tarso Braz Lucas que, antes de analisar as alegações



suscitadas, fez uma cuidadosa abordagem do problema do controle de constitucionalidade das emendas. Chamou a atenção para a magnitude da missão de definir dos limites materiais da revisão constitucional e trouxe, como alerta, a seguinte citação do constitucionalista português Joaquim Gomes Canotilho:

Será defensável vincular gerações futuras a ideias de legitimação e a projetos políticos que, provavelmente, já não serão os mesmos que pautaram o legislador constituinte? A resposta tem que tomar em consideração a vontade evidente de que nenhuma constituição pode conter a vida, o processo histórico, e, conseqüentemente, as alterações constitucionais, se ela já perdeu a sua força normativa. Mas há também que assegurar a possibilidade de as constituições cumprirem a sua tarefa e esta não é compatível com a completa disponibilidade da constituição pelos órgãos de revisão. Designadamente, quando o órgão de revisão é o órgão legislativo ordinário, não deve banalizar-se a sujeição da lei fundamental à disposição de maiorias parlamentares.

Ressalta, em seguida, que era preciso realçar “a tensão dialética existente entre evolução, progresso ou mesmo simples adaptação de um lado, e o anseio de evolução, progresso ou mesmo de simples adaptação a realidade concreta dos fatos sociais, políticos e econômicos de outro” e que as reações a esse fenômeno não são neutras. Diante disso, toca no ponto crucial das questões discutidas neste artigo:

Como interpretar a norma do §4º do art. 60 da Carta Magna em vigor? Qual o sentido, alcance e a extensão de cada um dos limites materiais postos em seus quatro incisos? Como atingir o ponto de equilíbrio no qual a Constituição nem fique tão engessada, ao ponto de servir de argumento para rupturas tão ao agrado dos radicais, nem fique à mercê de maiorias ocasionais ou sujeita a pseudo razões fundadas na suposta gravidade de problemas meramente circunstanciais, que muitas vezes estimulam e provocam pruridos no sentido de mudanças injustificáveis e irrefletidas, que nem dão oportunidade às normas constitucionais modificadas de serem postas a prova? Eis a questão fundamental.

Ao tratar especificamente da questão de mérito (se o princípio da anterioridade seria uma garantia individual) ressalta que a constituição dedica todo o título II, subdividido em 5 capítulos aos direitos e garantias fundamentais. O primeiro trata dos direitos e



garantias individuais e coletivos, o segundo cuida dos direitos sociais, o terceiro dispõe sobre nacionalidade, o quarto enumera os direitos políticos e o quinto enuncia os princípios que devem governar os partidos políticos.

O parecer alerta que, caso se entenda que todos esses direitos estão abarcados pelo art. 60 §4º, inciso IV, isso significaria a quase completa eliminação do poder de revisão e conclui que as “garantias individuais” mencionadas nesse dispositivo pressupõem o caráter universal e intemporal desses direitos, ligados mais estritamente às esferas biológica, psicológica e espiritual do ser humano.

As informações do Senado e da Câmara dos Deputados se limitaram a atestar o cumprimento do processo legislativo, uma vez que, de acordo com o art. 103, §3º da Constituição, a defesa de mérito da questão deveria ser feita pelo Advogado Geral da União.

A Advocacia Geral da União, por sua vez, abordou os mesmos pontos já suscitados no parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, destacando, como argumento adicional à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança nº 20.257-DF. Nessa ação se questionava a validade de emenda à Constituição que prorrogava por dois anos mandatos de Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores, ante os termos do art. 47, §1º, da Constituição de 1969. Nessa oportunidade o STF considerou constitucional a emenda, uma vez que simples prorrogação por dois anos não afetava a cláusula pétrea referida.

É curioso observar que as manifestações da Procuradoria da Fazenda e da Advocacia Geral da União procuram demonstrar que o princípio da anterioridade e a imunidade recíproca já tinham sido relativizados pelo próprio constituinte originário e que, sendo assim, a exceção constante de um imposto provisório não estaria *abolindo* as mencionadas garantias.

O que se vê, portanto, é que a expressão “tendente a abolir” constante do §4º do artigo 60 da Constituição só reforça a complexidade do tema. Isso porque a expressão “tendente” conduz a juízo necessariamente gradual, ao passo que a expressão “abolir” se expressa de forma excludente (“sim ou não”). Com isso, a abrangência do controle depende sempre do foco que se quer dar, pois a literalidade do dispositivo não auxilia em nada.



b) O princípio da anterioridade e a contradição entre a decisão da ADIN 939-7 e as decisões proferidas nos Recursos Extraordinários 250.021 e 232.084.

Antes de abordar os votos dos ministros que concluíram pela inconstitucionalidade do artigo que excepcionava o princípio da anterioridade em relação ao IPMF, é importante destacar, no voto do ministro relator Sydeny Sanches, a distinção entre os princípios da anualidade e anterioridade, pois ela será o foco dos ministros que restaram vencidos.

A “anualidade” constante da Constituição de 1946 estabelecia as seguintes limitações: Toda lei que instituísse ou majorasse tributos deveria ser publicada no exercício anterior ao que o tributo seria exigido e, além disso, ser anterior à aprovação do orçamento. Com essa dupla exigência (exercício e aprovação do orçamento), para que o tributo pudesse ser cobrado no exercício seguinte, aumentava-se a segurança jurídica do contribuinte.

Todavia, antes mesmo da publicação da Constituição de 1988, o Supremo já vinha “flexibilizando” o princípio da anualidade, ao admitir como válida uma lei que tivesse sido publicada depois da aprovação da lei orçamentária, mas antes do exercício seguinte. Tais decisões foram tomadas com protestos vigorosos do então ministro Aliomar Baleeiro³² que via, nesse caso, uma irreparável ofensa às garantias dos contribuintes.

Com a publicação da Constituição de 1988 foi definitivamente eliminada a garantia da anualidade quando da instituição ou majoração de tributos, restando, unicamente, a exigência de que lei tributária fosse publicada no exercício anterior.

No julgamento da ADIN 939-7 a maioria dos ministros considerou o princípio da anterioridade como uma garantia individual dos contribuintes e que as exceções constantes do texto constitucionais eram taxativas.

Os votos vencidos, por sua vez, se pautaram na distinção entre anualidade e anterioridade e na impossibilidade de se fazer uma interpretação extensiva do poder de revisão de emendas (voto do ministro Octavio Gallotti). Dentre esses, é importante

³² Na sua clássica obra “Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar”, ed Forense, pags 139-159, Aliomar Baleeiro faz valioso histórico do princípio da anualidade além mencionar e criticar duramente as decisões do Supremo que acabaram dando origem a Súmula 66.



destacar os votos dos Ministros Sepúlveda Pertence e Francisco Resek (proferido na medida cautelar).

O ministro Sepúlveda Pertence, embora tenha reconhecido a inconstitucionalidade do artigo que excepcionava a imunidade recíproca por ser uma expressão da forma federativa de estado, se posicionou a favor da constitucionalidade da exceção estabelecida ao princípio da anterioridade, utilizando-se, para isso, da distinção entre anterioridade e anualidade. Nas palavras do ministro:

(...) a grandeza atribuída à regra da anterioridade, no contexto da Constituição vigente, é fruto mais que de uma interpretação retrospectiva a que há dias aludia, citando Luiz Roberto Barroso e Barbosa Moreira (v. MS 21.689), de uma interpretação nostálgica: o que se quer, à força, é ver na anterioridade o velho princípio da anualidade, da exigência de prévia autorização orçamentária anual para cobrança de cada imposto, que esse sim – não é preciso repetir a História a partir de João Sem Terra – teve uma carga histórica e política de grande relevo. Mas a verdade é que a dinâmica da administração financeira do contemporâneo Estado intervencionista a superou, mal ou bem, no constitucionalismo brasileiro.

A transcrição de parte do voto do Ministro Francisco Resek, por sua vez, é importante por ter mencionado uma questão, naquele momento, hipotética, que viria se tornar prática corriqueira na publicação das leis tributárias, especialmente, depois do posicionamento tomado pelo Supremo no julgamento dos Recursos Extraordinários 250.021 e 232.084.

“Mas não acho que a regra da anterioridade seja um princípio intocável pelo próprio Congresso Nacional, em trabalho de emenda à Carta. Começaria a ver nessa regra algo parecido com um princípio a favor do cidadão, do contribuinte, se pelo menos ela pretendesse, para evitar o fator surpresa, estabelecer para nós todos uma garantia de acomodação, 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. Ela diz que não se cobra, em certo exercício, aquilo que não tenha sido concebido legislativamente no exercício anterior. Assim, nenhum de nós está livre de ser legitimamente cobrado, na primeira semana do mês de janeiro, de um tributo que se tenha inventado na última semana de dezembro. 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 estabelecer intervalo cronológico, justo e razoável, entre o momento em que se institui 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 para dar segurança aos cidadãos.

Ao superar as objeções expostas nesses dois votos e alçar o princípio da anterioridade em matéria tributária à condição de garantia individual (que deveria permanecer inalterada até mesmo pelo poder constituinte derivado), era de se esperar, por coerência, que as decisões subseqüentes do tribunal fossem no sentido de dar ao dispositivo constitucional uma interpretação condizente com o valor segurança jurídica.

Todavia, quando do julgamento dos Recursos Extraordinários 250.021 e 232.084, o Supremo legitimou uma situação muito pior do que a suscitada pelo ministro Resek. Tratava-se da Medida Provisória nº 812 que majorou tanto o imposto de renda quanto a contribuição social sobre o lucro. Essa MP foi impressa no Diário Oficial da União que chegou ao guichê da imprensa oficial em Brasília somente às 19:45 do dia 21.12.1994. Segundo o entendimento doutrinário de alguns tribunais regionais federais, a referida MP não poderia, sequer, ser reputada como “publicada” em 31.12.1994, uma vez que não houve circulação normal do diário naquela data.

A posição da maioria dos ministros, no entanto, foi no sentido de que “a data da publicação da lei para sua entrada em vigor é o dia em que ela é posta à disposição do público, ainda que isso ocorra à noite”. Todavia, nas decisões dos dois recursos, o tribunal fez questão de ressaltar que, no caso da majoração da contribuição social sobre o lucro, esta só poderia entrar em vigor depois de passados 90 dias da sua publicação, por força da anterioridade nonagésima prevista no art. 195, §6º.

A incoerência dos posicionamentos é flagrante, pois não é possível conciliar a afirmação de que o princípio da anterioridade é uma garantia individual do contribuinte e,



alguns anos depois, legitimar a majoração tributária promovida por uma medida provisória publicada dia 31.12.1994. Além de incoerente com o posicionamento anterior, essa decisão provocou uma distorção no sistema tributário constitucional. Isso porque, ao admitir que a contribuição social sobre o lucro devesse esperar 90 dias para ser cobrada, o STF acabou conferindo a uma regra de exceção (anterioridade mitigada) um valor maior do que a própria anterioridade. Em outras palavras, o contribuinte tinha maior previsibilidade na instituição das contribuições de seguridade social do que aos tributos em geral.

Do exposto até aqui é possível concluir que a “última palavra” dada pelo Supremo Tribunal Federal sobre o princípio da anterioridade não foi acompanhada, posteriormente, de um desempenho deliberativo coerente por parte do tribunal. Sendo assim, tal hipótese serve bem para ilustrar a teoria do diálogo de Conrado Mendes, pois, segundo esse autor, o erro da autoridade encarregada da última palavra torna mais legítimo o desafio desta por parte do outro poder. É que o ocorreu com a publicação da Emenda Constitucional nº 33/2001.

3.3 A publicação da Emenda Constitucional nº 33/2001, o desafio legislativo e a última palavra provisória.

Com a publicação da Emenda Constitucional nº 33/2001 foi conferida à União a competência para instituir Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico incidente sobre a comercialização de petróleo e seus derivados e gás natural, por meio da inclusão do §4º ao artigo 177 da Constituição Federal, nestes termos:

§4º A lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível deverá atender aos seguintes requisitos:

I - a alíquota da contribuição poderá ser:

a) diferenciada por produto ou uso;

b) reduzida e restabelecida por ato do Poder Executivo, não se lhe aplicando o disposto no art. 150, III, b; (grifamos)



Conforme se verifica pela alínea “b” do inciso II do 4º acima transcrito, o novo tributo poderia ter suas alíquotas reduzidas ou majoradas sem a observância do princípio da anterioridade. De acordo com a exposição de motivos do Ministro da Fazenda, a proximidade da total liberalização do mercado nacional relativo ao petróleo e seus derivados e o gás natural tornavam necessárias as alterações propostas, como única forma de se evitar distorções de natureza tributária entre o produto interno e o importado que fatalmente ocorreriam.

O Deputado Fernando Coruja apresentou voto em separado requerendo a exclusão da permissão para se alterar as alíquotas sem a observância do princípio da anterioridade utilizando, como justificativa, a decisão do Supremo Tribunal Federal que teria considerado o princípio da anterioridade como cláusula pétrea.

Tal emenda, no entanto, foi rejeitada pela Comissão de Constituição e Justiça, sem que o relator da emenda, Deputado Basílio Villani, fizesse qualquer consideração específica sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal. A justificativa por ele utilizada para superar a objeção quanto ao princípio da anterioridade foi a seguinte:

Os preços do petróleo – e, por conseguinte, dos combustíveis – são fixados pelo mercado internacional, com sensíveis e inesperadas alterações. Além disso, os preços internos são alterados, também, em função do valor do real em relação ao dólar. Por esses motivos, seja utilizada a alíquotas ad valorem ou específica, muitas vezes haverá necessidade de alterá-la de imediato, para que se mantenham incólumes os seus efeitos. Justifica-se, plenamente, portanto, que a essa contribuição de intervenção no domínio econômico não se aplique o princípio da anterioridade, e que se permita ao Poder Executivo reduzir e restabelecer as alíquotas.

Deve-se lembrar de que o princípio da anterioridade também não é observado em casos de outros tributos em que a agilidade para alterar alíquotas pode-se mostrar conveniente, como os impostos sobre o comércio exterior, o IPI e o IOF.

Das justificativas apontadas acima, a única que não foi analisada pelo Supremo é a de que se estaria criando um novo tributo com finalidade extrafiscal. Isso porque, embora a Procuradoria da Fazenda e a Advocacia Geral da União tenham suscitado as exceções



já previstas no texto constitucional e estas tenham sido rejeitadas pelo Supremo, o IPMF tinha nítido propósito arrecadatório e, sendo assim, não se adequaria à lógica dos impostos extrafiscais, o que, aparentemente, não ocorre em relação à CIDE combustível.

Seria de se esperar, portanto, que esse desafio proposto pelo Congresso Nacional fosse objeto de uma nova “rodada procedimental” perante o STF. Todavia, a referida emenda não foi objeto de ação direta da inconstitucionalidade, demonstrando, assim, que, ao contrário da retórica de parte dos ministros, a “última palavra” da corte foi provisória.