



**Sociedade Brasileira de Direito Público
Escola de Formação – 2006
Monografia de conclusão de curso**

Democracia e Controle de Constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal

**Autora: Natália Luchini
Orientadora: Flávia Scabin**

**São Paulo,
Março de 2007**

Índice

1. Introdução.....	3
1.1 Justificativa e Objetivos	3
1.2 O Debate Teórico: Fórum de Princípios x Agência de Revisão.....	8
2. Metodologia.....	14
3. Exposição da ADI 939-7 (IPMF)	16
3.1 Argumentação do constituinte derivado.....	18
3.2 Voto do ministro relator Sydney Sanches.....	24
3.3 Voto do ministro Sepúlveda Pertence.....	28
3.4 Voto do ministro Marco Aurélio.....	31
3.5 Votos dos Ministros Ilmar Galvão, Carlos Velloso, Celso de Mello, Paulo Brossard, Néri da Silveira, e Francisco Rezek.....	33
4. Exposição da ADI 1.946-5 MC (licença maternidade).....	36
4.1 Argumentação do constituinte derivado.....	39
4.2 Voto do ministro relator Sydney Sanches.....	45
4.3 Voto do ministro Nelson Jobim.....	51
5. Exposição da ADPF 54 – questão de ordem.....	56
5.1 Voto da ministra Ellen Gracie.....	57
5.2 Voto do ministro Gilmar Mendes.....	61
6. Considerações Finais.....	66
Bibliografia.....	70
1. Introdução	

1.1 Justificativa e Objetivos

O presente trabalho tem por objetivo levar adiante o debate entre democracia e controle de constitucionalidade. Trata-se de assunto discutido, ainda que não de forma exaustiva, em estudos teóricos. Aqui, no entanto, analisar-se-á o debate a partir da perspectiva prática, através da análise de decisões do Supremo Tribunal Federal (STF). O trabalho é de inspiração teórica, mas empírico. Inspira-se na dissertação de mestrado de Conrado Hübner Mendes, e pretende com ela dialogar através do estudo jurisprudencial¹.

Nessa introdução trataremos, em linhas gerais a conhecida discussão entre Ronald Dworkin e Jeremy Waldron, autores que estudaram com certa profundidade democracia x revisão judicial, o que é feito na referida dissertação, retratando também a conclusão a que chega seu autor, que como se verá caminha em direção oposta à atuação do STF.

A discussão teórica nos lançará, e aqui se justifica o porquê de sua existência no trabalho, quando do estudo empírico, à reflexão acerca do choque que existe entre o Legislativo e o Executivo, e o STF, ou em outras palavras, entre democracia e o controle de constitucionalidade, embate que

¹ “Este trabalho carece de pesquisa empírica para descrever a democracia brasileira em ato. Restringe-se a uma leitura da constituição, a descrever a democracia brasileira em potência. Ao que pode vir a ser. Por enquanto, esta é uma preocupação exclusivamente teórica. *Não se pode dizer que seja oriunda de alguma prática efetiva do STF*. Alguém poderia perguntar: a sua mera existência formal já não compromete a democracia? Em termos formais, sim. Tem uma prerrogativa “em potência” e ao não usá-la, numa postura de auto-contenção (*self-restraint*), talvez esteja desperdiçando o espaço que a Constituição lhe outorgou no sistema política brasileiro”. (grifei) MENDES, Conrado Hübner. *Democracia e controle de constitucionalidade*. 2005. Dissertação (mestrado em Ciência Política). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005, p.25. O trabalho de Conrado Hübner Mendes dispensou análise empírica, pois apenas com sua análise teórica já foi possível concluir que a revisão judicial em si é um afronta à democracia, e que poderia ser dispensada. Penso, no entanto que a parte empírica é também de grande importância, pois nos permite concluir como, efetivamente nosso controle de constitucionalidade tem sido implementado, de modo que talvez fique mais fácil concluir a respeito da dispensabilidade ou não do controle de constitucionalidade, ou ainda se mudanças são necessárias.

existe, mas, muitas vezes não percebido com tanta clareza, seja pela doutrina² que raramente identifica o controle de constitucionalidade como por si só conflitante com a democracia (mesmo que não seja para identificar nisso um problema), seja por parte do STF, que ainda discordando diametralmente do legislador, diz não estar fazendo isso³. Esse debate ainda nos ajuda a compreender o porquê de se cobrar rigor do Tribunal nas suas decisões. Não se trata de mera preocupação acadêmica.

Em determinados momentos será possível concluir algo das análises jurisprudenciais com o apoio da argumentação de um ou outro autor, ou seja, tal debate colabora também na análise das decisões, pois mesmo que a análise seja **eminente** **descritiva**, em determinados momentos ela é feita criticamente.

A partir desse contexto teórico e da análise das decisões aqui selecionadas⁴, pretende-se compreender: *como* o debate democrático⁵ tem sido feito em questões altamente controversas, o que se desdobra em: (i) como Executivo e Legislativo⁶ de um lado e o Supremo Tribunal Federal de outro, encaram as cláusulas pétreas, (ii) qual a consideração do tribunal pelo legislador, o que se reflete na própria forma como o controle de constitucionalidade é feito. Em suma: *como* o STF julgou a

² O embate gerado entre legislador e o órgão responsável pelo controle de constitucionalidade é muitas vezes visto como não problemático por nossa doutrina. Cf., SILVA, Virgílio Afonso da. "La interpretación conforme a la constitución: entre la trivialidad y la centralización judicial". *Cuestiones Constitucionales* 12/3-23, 2002. Ao tratar da interpretação conforme, assunto que surge na análise da ADI 1946-5 (licença-maternidade), diz: "La interpretación de las leyes y el control de constitucionalidad ejercidos por el poder judicial significan siempre un punto de fricción entre esse poder y el poder legislativo. Y, aunque la doctrina jurídica brasileña suela minimizar esta fricción al aceptar como no-problemática la legitimidad del poder judicial para controlar los actos del legislativo, es fácil darse cuenta que un canon interpretativo que fuerce al juez a intentar salvar una ley de la inconstitucionalidad tiende a volver aún mayor esa posibilidad de fricción". p.7 (grifei)

³ Tal constatação fica clara quando da utilização da interpretação conforme na ADI 1.946-5.

⁴ As decisões selecionadas são: ADI 1946-5, ADI 939-7, ADPF 54.

⁵ Considera-se debate democrático, para efeitos desse trabalho, a posição do Executivo e do Legislativo frente a do Supremo Tribunal Federal, ou seja, debate entre os poderes que compõem a democracia brasileira. Cf., p. 5.

⁶ A posição desses poderes é analisada nas ADIs 1946-5 e 939-7, pois sendo elas contra emendas constitucionais, há relatórios por parte tanto do executivo quanto do legislativo (que pode se dizer tratar-se da opinião do constituinte derivado) explicando as razões das emendas e defendendo sua constitucionalidade.

inconstitucionalidade das emendas selecionadas; num segundo momento, verificar como o controle de constitucionalidade tem se delimitado nessas questões, o que por si só já é um debate com a dissertação de Conrado Hübner Mendes.

Um trabalho empírico sobre essa discussão faz-se imprescindível na medida em que, a despeito das conceituações dadas pelos manuais de direito sobre controle de constitucionalidade, é na mais alta corte do país que ela toma forma. E não é possível que a formação de nosso controle de constitucionalidade, e diz-se formação, pois, como se verá talvez ele ainda não tenha suas bases claras no tribunal, dê-se sem a constante análise e questionamento sobre especialmente, como e quais direitos têm sido decididos.

Antes de prosseguir é preciso que façamos algumas considerações sobre o que nos referimos ao tratar do embate entre democracia e constitucionalismo: tratarmos de tal embate significa considerarmos alguns pressupostos: (i) o primeiro deles é o estabelecimento de uma Constituição rígida, o que implica na existência de um processo de modificação dificultado pela exigência de um quorum elevado, que é o caso do procedimento das emendas constitucionais, e de uma reserva de justiça; (ii) o segundo é a apropriação do conceito de democracia como “regra da maioria”.⁷

Essas considerações conduzem à aceção da Constituição como um instrumento contramajoritário, isto é, apto a reservar das paixões das maiorias (aqui nos referindo a instabilidade da maioria, que muitas vezes faz escolhas apenas olhando para o momento, sem se preocupar com o futuro e às suas decisões movidas pelo desejo ou pelo instinto) um conteúdo de justiça que deve ser garantido para todos, maiorias ou minorias.

⁷ Muito simplificada, essa “regra da maioria” se refere às decisões tomadas pelo parlamento.

Dessa forma, tratar do embate entre o constitucionalismo e a democracia significa contrapor decisões de organismos legitimados a representar os interesses da maioria, em última instância o Legislativo e o Executivo, com um Tribunal cuja tarefa é obrigar o cumprimento de metas e direitos que estão além de qualquer processo de deliberação, porque compreendidos como reserva de justiça de uma sociedade.

Tendo em vista isso as decisões a serem analisadas, são aquelas em que se vê uma tensão direta entre legislador, como representante último da sociedade, e Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição. Nota-se que são em algumas das decisões de grande repercussão que um embate mais claro entre as referidas instituições se dá, e que a conceituação do controle de constitucionalidade na corte toma corpo e salta aos olhos.

Buscamos decisões de controle de constitucionalidade de emendas constitucionais, pois nesse controle pode-se dizer que ocorre um dos momentos de maior tensão entre democracia e revisão judicial, já que o procedimento legislativo⁸ para se emendar a CF/88 é consideravelmente mais rigoroso, como já foi dito acima, do que o procedimento de elaboração de leis ordinárias. Além disso, não há disposição expressa⁹ na Constituição

⁸ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. § 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta da mesma sessão legislativa.

⁹ Afirma-se isso com base na leitura dos arts. 101 ao 103-a, que tratam do Supremo Tribunal Federal. Em nenhum momento expressamente se diz que dentre as competências do tribunal está a de revisar emendas constitucionais. Interessante notar: "O STF, até onde se sabe, é o único tribunal do mundo a ter declarado a inconstitucionalidade de uma emenda constitucional

autorizando o STF a efetivar controle de constitucionalidade em relação a emendas. Trata-se, portanto, do próprio Tribunal interpretando sua competência.

Será analisada também a ADPF 54, que discute o aborto de anencéfalos, questão de profundo desacordo moral que traz à tona a pergunta: quem deve decidir, tribunal ou parlamento? Nos votos a serem analisados¹⁰ dessa decisão há discussão clara sobre quais contornos deve tomar o controle de constitucionalidade, o que afeta diretamente o legislador¹¹, servindo, portanto, aos nossos objetivos.

O trabalho tem limitações,¹² postas, aliás, pelos seus próprios objetivos. Ele não pretende dizer se é a decisão do tribunal ou do parlamento a correta,

(agradecemos esta constatação ao Prof. Dimitri Dimoulis). Apesar de outros sistemas constitucionais também preverem cláusulas pétreas, foi o primeiro a ter esta ousadia. O curioso é que a constituição de 1988 não lhe conferiu esta competência. O art. 102, inciso I, é a base de sua atribuição para exercer a jurisdição constitucional. Porém, refere-se apenas ao controle de "lei ou ato normativo". Extrair desta expressão a competência para julgar a constitucionalidade de emendas constitucionais parece um razoável desvio daquilo que o constituinte originário lhe reservou. Diriam que as cláusulas pétreas não teriam nenhum sentido se não gozassem de tal expediente de controle exercido pelo STF. Este raciocínio não é correto. Há outras constituições que prevêem cláusulas pétreas sem delegar tamanho poder ao tribunal constitucional." MENDES, Conrado Hübner. *Democracia e controle de constitucionalidade*. 2005. Dissertação (mestrado em Ciência Política). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005, p. 143. Interessante constatar a existência dessa opinião. Aqui, no entanto, apesar de não se partir do pressuposto de que a revisão judicial é algo não problemático e não passível de questionamento, mesmo que em si, não se adota uma posição de que revisão de emendas não possa ocorrer em hipótese alguma.

¹⁰ São os votos da ministra Ellen Gracie e do ministro Gilmar Mendes.

¹¹ É possível construir o seguinte raciocínio: quanto maior a competência do tribunal dentro do controle de constitucionalidade, ou seja, quanto maior o número de atos normativos (da mais baixa hierarquia - um regulamento da administração, p.e.- até a mais alta, que é uma emenda constitucional; posteriores à CF/88 ou também anteriores a ela) sujeitos à revisão judicial, maior a possibilidade do legislador ser questionado no tribunal e ter duas disposições ou declaradas inconstitucionais ou interpretadas de acordo com a interpretação deste último.

¹² Diz Conrado Hübner Mendes em sua dissertação: "*É curioso que não se costume realizar pesquisa empírica para sustentar a compatibilidade entre democracia e revisão judicial. Se não há respostas teóricas para empíricas, e se proteger direitos fundamentais é uma questão empírica, não há como defender a revisão judicial no plano exclusivamente teórico-abstrato. Parece-me que esta é uma lacuna relevante*" (grifei). No entanto:

"Há, porém, outra dificuldade que coloca em xeque a afirmação acima. Qualquer pesquisa empírica desta natureza terá séria limitação. Saber se um tribunal protege direitos não é uma questão passível de um juízo incontroverso. O máximo que se poderá descobrir é como determinado tribunal tem entendido tais e quais direitos. Uma análise empírica qualitativa de interpretações jurídicas terá que fazer juízos valorativos. Num contexto de desacordo moral, seus resultados serão naturalmente contestáveis. Dessa maneira, dificilmente conseguiriam atender à prova empírica de legitimidade. Este o nó.

ainda mais porquê as decisões aqui tratadas são aqueles chamados “casos difíceis”, que envolvem grandes desacordos a seu respeito. O que se pode fazer é analisar como o tribunal tem decidido esses direitos, o que, no entanto, de maneira alguma é desprovido de importância e serve aos objetivos já expostos.

1.2 O Debate Teórico: Fórum do princípio x Agência de revisão

Para Dworkin¹³, juízes podem legitimamente anular uma decisão política tomada pela maioria legislativa não apenas sem causar danos à democracia, mas aperfeiçoando-a¹⁴. Os juízes, quando decidem de certa maneira, podem adensar o regime democrático, que para ele não corresponde exclusivamente à regra da maioria, mas a um arranjo que combina procedimento e substância, forma e conteúdo.¹⁵ A democracia não determina quem decide direitos, e se esta missão restar ao juiz, não há problema.

Segundo a leitura moral¹⁶ da constituição que faz, não importa a autoridade e o procedimento pelo qual se realize direitos, importa, sim, a

Esta pesquisa hipotética, portanto, não poderia responder peremptoriamente se (1) tem havido respeito a direitos, mas apenas descreveria (2) como se tem entendido cada um destes direitos. Não há pesquisa empírica que alcance resposta conclusiva e inequívoca sobre a primeira pergunta. Nos casos constitucionais difíceis (os que realmente importam quando se discute revisão judicial), não será possível demonstrar empiricamente que uma instituição respeita direitos ou não. Para responder à segunda pergunta, a pesquisa será apenas informativa, e não atenderá a demanda teórica que apontei”. MENDES, Conrado Hübner. *Democracia e controle de constitucionalidade*. 2005. Dissertação (mestrado em Ciência Política). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005, pp.124,125.

Mas de forma alguma se pode desprezar a importância de se analisar o “como” direitos controversos têm sido decididos. Afinal, mesmo que não se possa chegar a uma conclusão definitiva sobre qual aplicação mais justa deste ou daquele direito, é possível talvez concluir se a decisão tomada ao mesmo aponta para uma direção correta, mesmo que ainda passível de contestação. Além disso, é preciso que se apontem quais os métodos, os meios utilizados pelo tribunal para decidir, estes também passíveis de contestação. E em relação a isso, não se pode prescindir de trabalho empírico.

¹³ Para leitura direta das idéias de Dworkin, Cf., especialmente: Para melhor entender o que seja essa leitura moral, cf., DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, também: DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida*. Martins Fontes: São Paulo, 2003.

¹⁴ *Democracia e controle de constitucionalidade*, p.34.

¹⁵ Idem.

¹⁶ Dworkin, para tentar averiguar se a leitura moral está sendo posta em prática, analisa decisões da Suprema Corte americana, apontando erros e acertos. Cf., *Democracia e controle de constitucionalidade*, p. 39, nota 81. Ainda para esse autor, no domínio da leitura moral é

substância¹⁷. O seguinte trecho da resenha do pensamento de Dworkin feita por Conrado Hübner Mendes é esclarecedor:

“Para Dworkin, a política do mundo civilizado deve estar subordinada ao império do direito, do princípio, da integridade. Deve respeitar não apenas o direito posto, legislado, mas também suas premissas morais. E os juízes seriam um veículo institucional adequado para carregar e impor a dimensão de princípio às decisões políticas. Não nega que o legislador também deva ser guardião de princípios, e que tenha responsabilidade de não produzir decisões institucionais. Mas o ambiente legislativo não seria o ideal para questões de escolha sensível.

Dworkin não admite uma cultura jurídica leniente, segundo a qual o Direito é uma questão de força e autoridade, e os argumentos baratos intercambiáveis. É possível buscar o melhor argumento, a resposta certa, ainda que não demonstráveis”.¹⁸(grifei)

Para ele, isto será democracia genuína, que não está relacionada ao majoritarismo puro, e sim à filiação moral; é preciso que os cidadãos sintam-se membros morais da comunidade. A premissa majoritária sozinha não assegura essa filiação, nem tampouco a revisão judicial pode prometer-lá. O que garante a filiação moral é o conteúdo da decisão, não importa onde ela for tomada e qual seja o procedimento.¹⁹

Vemos que Dworkin não é um defensor incondicional da revisão judicial, sua legitimidade está condicionada ao acerto. Ela não é legítima nem ilegítima

irrelevante a autoridade. Não imposta o procedimento e suas qualificações, mas sim a reposta substantiva, a qual a Corte Constitucional é capaz de dar.

¹⁷ Idem, p.76. Substância para ele é igual consideração e respeito: participação, reciprocidade e independência.

¹⁸ *Democracia e controle de constitucionalidade*, p. 77.

¹⁹ *Democracia e controle de constitucionalidade*, p.59.

*per se*²⁰. Os juízes estão imbuídos da responsabilidade de buscar a decisão correta, de conferir densidade moral às decisões políticas. Para ele, deve existir uma cultura jurídica vigorosa, comprometida com a incansável, permanente e perpétua busca do melhor argumento de princípio.²¹

Nesse sentido, a corte não é uma agência de revisão. É o fórum do princípio, no qual não há necessidade de representação no sentido tradicional. Sua representatividade aqui seria argumentativa.²² Para Dworkin é um verdadeiro *nonsense* falar em caráter antidemocrático²³ da revisão judicial, já que democracia não é só vontade da maioria, nem só representação, é governo pelo povo no sentido comunal²⁴, de modo que cada membro sente-se parte de uma comunidade e responsabiliza-se por suas decisões coletivas, mesmo quando não concorda com elas.

Para ele, no plano da *policy*²⁵ é que o procedimento majoritário é o mais justo. Já quem decide sobre princípio extrai legitimidade do bom argumento e não da representação.²⁶

²⁰ Interessante contrapor tal visão ao posicionamento de diversos autores brasileiros, que consideram, p.e, o controle de constitucionalidade em si mesmo garantidor da supremacia da constituição, sendo fato incontroverso que esse controle garante a supremacia constitucional, o que talvez seja ruim na medida em que se adota uma postura leniente em relação ao modo de decidir do STF, ou seja, questiona-se muito pouco as decisões do Supremo. Nesse sentido, parece que há um “verniz idealista” sobre a revisão judicial, como diria Waldron. Cf. FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Lei n. 9.968/99 e Lei n. 9882/99)*. RDA n. 220, Rio de Janeiro, abr/jun, 2000, pp. 1-2. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 49.

²¹ “A responsabilidade dos juízes numa democracia é a de inserir a dimensão de princípio na esfera pública, de resgatar um tipo de reflexão diferente, de conferir densidade moral à decisões políticas. Uma cultura jurídica vigorosa compromete-se com a incansável, permanente e perpétua busca do melhor argumento de princípio. Hércules a simboliza. *Numa comunidade assim, o juiz é dotado de absoluta disciplina do argumento de princípio e intensamente cobrado por isso*. *Democracia e controle de constitucionalidade*. p. 76. (grifei)

²² Expressão de Robert Alexy. Cf., *Democracia e controle de constitucionalidade*, p. 165, nota 288.

²³ Seria antidemocrático pois, é feito por juizes não eleitos pela população, tal como os membros do Legislativo e do Executivo. Não teriam assim representatividade democrática.

²⁴ Para entender sentido comunal, Cf., *Democracia e controle de constitucionalidade*, pp. 52 e ss.

²⁵ “Retomando a distinção entre princípios e *policies*, Dworkin salienta que há duas classes diferentes de decisões políticas: as de preferência sensíveis e as de preferência insensíveis. As primeiras, para serem corretas, dependem da distribuição de preferências dentro da comunidade (decisão que uma comunidade deve tomar sobre a destinação de recursos públicos para se

Por fim, Dworkin não ignora o risco da corte errar. Falhas ocorrem, e a possibilidade do erro, tanto pelo juiz quanto pelo legislador é simétrica, o perigo do erro judicial, porém, seria menor do que o erro legislativo²⁷. “A corte lança a discussão para o plano dos princípios. Importa, antes, o compromisso e a atitude, não a resposta. *O fórum do princípio, para que se proteja da batalha política cotidiana, compromete-se com a disciplina do argumento*”.²⁸ (grifei)

Não se pode deixar de dizer ainda, que Dworkin preocupa-se com a sinceridade e transparência dos argumentos judiciais, o que não significa que eles serão incontroversos, mas não serão baratos, para se utilizar de uma expressão sua. Ele propõe um teste de adequação e um de justiça na decisão judicial: no primeiro o juiz deve encontrar uma solução compatível com a experiência constitucional, com a história e seus precedentes, no segundo há uma dimensão substantiva da interpretação. Se há mais de uma leitura aprovada no primeiro teste, o juiz tem de optar por aquela que melhor corresponda aos direitos morais das pessoas, e apresentará os fundamentos que o permitem dizer que esta foi a “melhor possível”.²⁹

Passemos agora, brevemente, para argumentação de Waldron³⁰, em grande medida oposta a essa apresentada.

Para ele, em questões de princípio não interessa o método decisório. A revisão judicial de Dworkin seria uma concessão do democrático entendido em termos estritamente majoritários, em benefício do justo. Em questão de

construir um estádio, uma estrada ou um parque). Nesses casos, o dado quantitativo é decisivo”. *Democracia e controle de constitucionalidade*, p.72

²⁶ *Democracia e controle de constitucionalidade*. p.80.

²⁷ “Se deixarmos as decisões de princípio exigidas pela constituição a cargo de juízes, e não do povo..., corremos o risco de que juízes façam as decisões erradas. (...) Não precisamos exagerar o perigo. As decisões realmente impopulares serão corroídas porque a adesão pública será relutante. E o perigo das decisões erradas não repousa necessariamente do lado do excesso”. *Democracia e controle de constitucionalidade*, p.118.

²⁸ *Democracia e controle de constitucionalidade*, pp. 82-83.

²⁹ *Democracia e controle de constitucionalidade*, p. 47.

³⁰ Para conferir a discussão feita diretamente pelo autor, cf. WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford University Press, 2001; também: WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Martins Fontes: São Paulo, 2003.

princípio, deseja-se a decisão com melhor qualidade substantiva, com teor moral respeitável. *Mas se é justamente nisso que indivíduos discordam, todos devem participar igualmente desta escolha.* Waldron se opõe à forma de ver a revisão judicial como sendo um meio de “proteger direitos”. Pra ele a questão é de procedimento, não de substância.

A revisão judicial não é mais do que um novo procedimento; não garante a substância da democracia. Ele diz que há um verniz idealista sobre a revisão judicial, que não há nada de óbvio, natural ou logicamente necessário entre proteção de direitos, supremacia da constituição e a opção institucional pelo controle de constitucionalidade. A questão que ele se coloca é a seguinte: como fazer um direito triunfar se discordamos de seu significado?

Em questões de princípio, deseja-se a decisão com melhor qualidade substantiva, com teor moral respeitável. Mas se é justamente nisso que indivíduos discordam, todos devem participar igualmente desta escolha. Não há que se deixar essa escolha pra um tribunal, porque a revisão judicial não é mais do que um novo procedimento, que, aliás, é também majoritário (os juízes também decidem por maioria), não é capaz de garantir a substância da democracia. O que a revisão judicial propicia é uma extensão procedimental, o que não diminui o desacordo moral³¹. Além disso, apesar de os juízes apoiarem suas decisões em longos arrazoados, a qualidade da sua decisão não tem impacto nenhum no peso do seu voto³².

Para Waldron a teoria constitucional não responde à pergunta de porquê não o cidadão comum, mas só o agente investido na função de juiz é que pode inserir a dimensão de princípio no processo político decisório, e também porque que somente a corte consegue submeter a política ao império do direito e do princípio³³. Para Waldron, portanto, cortes constitucionais não são mais do que agências recursais, que não propiciam a supremacia da constituição, mas

³¹ *Democracia e controle de constitucionalidade*, p.130.

³² *Democracia e controle de constitucionalidade*, p.103.

³³ *Democracia e controle de constitucionalidade*, p.119.

a supremacia do tribunal constitucional. É a sua interpretação da constituição que estará protegida. É ela também que poderá errar por último.

Conrado Hübner Mendes, tende para a linha de pensamento deste último autor. Apesar de ponderar que o teste judicial pode ser valioso na medida em que sugere uma nova linguagem ao debate, dá-lhe contornos de índole moral e de princípio, constringendo o legislador em certa medida³⁴, o controle de constitucionalidade seria apenas um veto a mais na intrincada rede de faculdade de vetar e estatuir que compõe a engenharia da separação de poderes. Não haveria nessa instituição uma dignidade especial de proteção e promoção de direitos. Para ele, esta é uma descrição fantasiosa.³⁵

Ele conclui seu raciocínio da seguinte forma:

“Ter a revisão judicial como cautela institucional é escolha bastante diferente de tê-la como ideal normativo. É nestes termos, enquanto ideal normativo, que ela tem sido definida. A corte pode tomar ‘boas decisões’, por mais difícil que seja afirmá-lo em momentos de desacordo. Não se pode dizer, contudo, que uma boa decisão tomada pela corte tem o mesmo valor de uma boa decisão tomada pelo parlamento. Quando não se pode aferir qual a boa decisão, característica permanente das circunstâncias da política, fica ainda mais difícil acatar àquela proposta teórica. Aceita-se, enfim, a revisão judicial como estratégia de prudência nos momentos intermediários do processo decisório coletivo”.³⁶

Para Conrado Hübner Mendes ainda, a revisão de emendas constitucionais por um tribunal, deveria ser completamente afastada, pois se é

³⁴ *Democracia e controle de constitucionalidade*, p.130.

³⁵ *Democracia e controle de constitucionalidade*, p.131

³⁶ *Idem*.

possível reconhecer que quando o STF declara a inconstitucionalidade de lei ordinária realiza importante função, que seria a de realizar o primeiro teste de constitucionalidade, quando declara a inconstitucionalidade de emenda constitucional, sufoca os meios de ação dos canais representativos, já que elas são a última via de manifestação legislativa. Para ele, mesmo que o tribunal seja capaz de aferir erros e acertos do legislador (o que não se pode afirmar), o regime democrático deve possibilitar que uma dada comunidade aprenda com os próprios erros.³⁷

2. Metodologia

Não se partiu de uma busca no sitio do STF para a escolha das decisões a serem estudadas. Isso porque num primeiro momento decidiu-se analisar ADIs contra emendas constitucionais³⁸. A escolha dessas ADIs baseia-se na pressuposição de que a tensão entre democracia e controle de constitucionalidade é maior nesses casos, sendo ainda maior a responsabilidade desse tribunal perante a sua decisão, já que aqui não se contraria o legislador ordinário, e sim o legislador constituinte derivado. Serão analisadas duas dessas delas: a ADI 939-7(IPMF), ADI 1.946-5 (licença-maternidade).

Seria possível analisar outras ADIs³⁹ contra emendas constitucionais, mas aqui se preferiu uma análise *qualitativa* e não quantitativa. Assim, tendo em vista a densidade das decisões escolhidas e que o debate que elas trazem relacionam-se aos nossos objetivos, justifica-se o porquê da análise dessas duas ADIs.

³⁷ Ibidem.

³⁸ De um total de 52 emendas à constituição, foram propostas ADIs contra as seguintes: EC/03 (IPMF), EC/19 (reforma administrativa), EC/20 (licença-maternidade), EC/37 (prorrogou a vigência do CPMF), EC/41 (reforma da previdência), EC/45 (reforma do judiciário), EC/52 (verticalização). Informação obtida nos informes do sitio do STF: <<http://www.stf.gov.br>>, última consulta em 28.11.2006.

³⁹ A ADI 3685-8 contra a EC/52, que tratou da verticalização partidária, por exemplo, poderia trazer um bom debate relacionado ao trabalho, mas devido a limitações de espaço e tempo e por acreditarmos ser suficiente a análise das decisões escolhidas, ela não é analisada.

Qual a preocupação do STF com o legislador (como ele se coloca diante dos legisladores ordinário e constituinte derivado); como eles justificam a decisão por um ou outro direito, de modo contrário ao que aquele houvera decidido, é o que se propõe buscar nas decisões. Nas ADIs contra emendas, essa análise fica particularmente interessante pois em seus relatórios, há toda a longa argumentação a favor da emenda, feita por representantes do Congresso e do Executivo.

Será analisada a ADPF 54, particularmente os votos da ministra Ellen Gracie e do ministro Gilmar Mendes que trata da possibilidade de se permitir aborto de anencéfalos. Trata-se de questão que trouxe no voto da ministra Ellen Gracie discussão clara sobre a separação de poderes e o local ideal de se discutir tal assunto e no voto de Gilmar Mendes há a discussão sobre o alcance do controle de constitucionalidade no STF. Não há incoerência em se analisar também essa ADPF⁴⁰, apesar das outras duas decisões serem ADIs contra emendas, já que o que se propôs analisar o enfrentamento democracia X controle de constitucionalidade no STF, e para isso os votos mencionados de tal decisões são plenamente válidos.

Analisar-se-á os votos considerados mais relevantes, ou pelo teor da argumentação, ou por ser significativamente diferente do da maioria dos ministros, e os votos do relator (no caso das ADIs) individualmente.

A análise a ser feita será minuciosa. Não só dos votos dos ministros, mas no caso das duas ADIs, também das informações fornecidas pelo Senado e pelos Ministros de Estado, sustentando a constitucionalidade dos dispositivos questionados das emendas. Só assim é possível verificar como realmente direitos têm sido decididos, assim como averiguar o nível do debate entre legislador e tribunal. Para maior clareza de análise, também o pedido dos autores das petições iniciais será exposto.

⁴⁰ Para um melhor esclarecimento, cf., nota 11, p.7.

A pesquisa é eminentemente empírica, sendo descritiva em sua maior parte e crítica em alguns momentos. Mas ressalta-se a grande importância da descrição, pois ela nos leva a cumprir boa parte dos objetivos⁴¹ do trabalho.

3. Exposição da ADI 939-7 (IPMF)

Trata-se de ADI proposta contra a emenda constitucional nº3/93 e contra a lei complementar nº77/93 que a regulamentou, cujo objetivo era impugnar o “Imposto Provisório sobre movimentação Financeira” (IPMF) previsto no art. 2º da emenda. Os pontos mais problemáticos desse imposto é que ele incidiria no mesmo exercício financeiro em que fora criado (na verdade apenas trinta dias depois), o que violaria o art. 150, III, “b”⁴² da CF, e deixava também de reconhecer outras imunidades do art. 150: as letras “a”, “b”, “c” e “d” de seu inciso VI⁴³.

A ADI foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio (CNTC), tendo sido julgada em 15/12/93⁴⁴. Na petição inicial, não se questionava a constitucionalidade da emenda nº03, mas apenas da lei complementar nº 77, que a regulamentou, mas o Supremo entendeu que o pedido compreendia também a declaração de inconstitucionalidade da

⁴¹ Cf., p. supra.

⁴² “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: III – Cobrar tributos: b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou”. Lembre-se que se tratava do ano de 1993, ainda não existindo a alínea c desse mesmo inciso, que foi instituído pela emenda nº 42/03, dispondo que, sem prejuízo do disposto na alínea b, não é possível que se cobre tributos antes de decorridos 90 dias da data da publicação da lei, o que tornaria esse caso do IPMF mais fácil de ser resolvido.

⁴³ “Art. 150 *caput*: VI – instituir impostos sobre: a) patrimônio, renda ou serviços uns dos outros; b) templos de qualquer culto; c) patrimônio, renda ou serviços de partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão”.

⁴⁴ Já haviam sido julgadas a Medida Cautelar dessa e de uma outra ADI proposta contra a emenda, a ADI 926.

emenda⁴⁵, especificamente seu artigo 2º⁴⁶. Foi o primeiro julgamento acerca da constitucionalidade de emenda feito pelo STF. O ministro relator foi Sydney Sanches.

Para essa ADI foram prestadas informações pelo Subprocurador Geral da República, pelos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Congresso Nacional e pelo Procurador Geral do Ministério da Fazenda. Tratam-se de longas informações que compõem mais da metade do acórdão. Aqui, analisaremos somente o parecer de Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho, Coordenador da Representação Judicial da Fazenda Nacional Substituto, e que foi encaminhado pelo Ministro da Fazenda, no ano de 1993 (governo Itamar Franco), Fernando Henrique Cardoso. É o maior parecer e mais completo, que traz argumentação pontual⁴⁷ em relação a todas possíveis objeções contra a EC/3, abarcando as informações dos outros três pareceres. Já se adianta que vários desses argumentos apresentados pelo Ministério da Fazenda foram aceitos pelo Ministro Relator, Sydney Sanches, sem que voltasse a analisá-los.

A decisão em relação à emenda foi a seguinte: por maioria de votos, o tribunal julgou procedente em parte a ação, declarando a inconstitucionalidade da expressão “o art. 150, II, b e VI, contida no §2º do art. 2º da EC/03. O ministro Sepúlveda Pertence foi vencido em parte, pois apenas declarou a

⁴⁵ Destaca-se que a petição inicial foi muito atacada nas informações prestadas pelo Subprocurador-Geral da República, Paulo de Tarso Braz Lucas, que suscita a inépcia da inicial, que é rejeitada pelo STF.

⁴⁶ “Art. 2º. A União poderá instituir, nos termos de lei complementar, com vigência até 31 de dezembro de 1994, imposto sobre créditos e direitos de natureza financeira.

§1º. 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.

§2º. Ao imposto de que trata este artigo não se aplica o artigo 150, III, “b”, e VI, nem o dispositivo do §5º do artigo 153 da Constituição.

§3º. 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 de programas de habitação popular”.

⁴⁷ Nem todos os pontos trazidos no relatório, no entanto, serão analisados aqui, o que alongaria desnecessariamente o trabalho, já que vários desses pontos não são debatidos pelos ministros do STF. O que não nos impediu de analisar do relatório alguns momentos que não são retomados no tribunal, mas que mesmo assim considerou-se de interesse por demonstrar a posição do Executivo perante o Judiciário, em outras palavras, como aquele acredita que deveria ser a atuação deste.

inconstitucionalidade da expressão “e VI” do art. 150 da CF e o ministro Otavio Gallotti, que declarou inconstitucional apenas a expressão “e VI” no que se referia à alínea “a” do inciso. Marco Aurélio foi também vencido pois declarou a inconstitucionalidade de todo o art. 2º.

3.1 Argumentação do constituinte derivado

Os primeiros argumentos voltaram-se para a crise fiscal do país, que necessitando de solução urgente, forçou o Congresso Nacional a realizar uma reforma constitucional-tributária, na qual incluiu-se autorização para a União instituir o Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira. Alega-se que nunca na história democrática brasileira a edição de uma emenda constitucional e a instituição legal de um novo imposto foram tão prévia e detidamente discutidos pelos poderes políticos do Estado, em especial pelo Congresso.

A redução do déficit público é apontada como principal razão da instituição do IPMF, que faz parte de um conjunto de medidas⁴⁸ para que ela ocorra, tendo por meta viabilizar o ajuste fiscal das contas da Fazenda Pública Nacional, o que se fazia indispensável à execução orçamentária de 1993 e ao equilíbrio das finanças públicas de 1994. Havia necessidade urgente de uma fonte de receita extra⁴⁹ para o caixa do Tesouro Nacional, o que é dito claramente, pois assim, o Estado além de reduzir o déficit público, enfrentaria os problemas nacionais de moradia e educação, já que 20% da receita proveniente do imposto seriam destinados para o custeio de programas de habitação popular (art.2º, §4º⁵⁰, da EC/03-93 e art. 20 da LC nº77/93) e não

⁴⁸ Segundo o relatório integrava esse conjunto de medidas severo corte de despesas públicas, o que se denominou choque no setor público e o combate à evasão fiscal.

⁴⁹ Receita que seria de sete bilhões de dólares segundo o relatório.

⁵⁰ Trata-se de parágrafo revogado pela Emenda Constitucional de Revisão n. 1 de 1994, que incluiu três artigos (arts. 71, 72 e 73) no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e que revogou o referido parágrafo da EC/03 para dispor o seguinte: “Art. 71. Fica instituído, nos exercícios financeiros de 1994 e 1995, o Fundo Social de Emergência, com o objetivo de saneamento financeiro da Fazenda Pública Federal e de estabilização econômica, cujos recursos serão aplicados no custeio das ações dos sistemas de saúde e educação, benefícios previdenciários e auxílios assistenciais de prestação continuada, inclusive liquidação de passivo

menos de dezoito por cento para programas educacionais (art. 212 da CF e art. 22 da LC nº77/93).

Mais um argumento econômico, relacionado especialmente ao momento histórico⁵¹ do país é desenvolvido. Segundo o relatório, dizer que a incidência do IPMF pressionaria os preços com a transferência em cascata, do tributo para o consumidor final, além de exagerar os efeitos da incidência da ínfima alíquota de até vinte e cinco centésimos por cento sobre os lançamentos a débito em conta correntes, demonstraria *o descrédito nos princípios da atividade econômica da liberdade de mercado e da livre concorrência com responsabilidade social dos agentes econômicos*.

Ao contrário disso, instituiu-se o IPMF para o combate do déficit público, que é "o principal responsável pela alavanca da inflação, perversa calamidade que no dizer de Milton Friedman 'é uma forma de tributação que pode ser imposta sem lei'".⁵² Cita-se ainda Ludwig Erhard, "pai do milagre alemão", segundo o qual a estabilidade da moeda deveria ser incluída entre os direitos fundamentais do homem. Só uma política de estabilização da moeda, de combate aos reais fatores inflacionários torna possível que uma classe única não enriqueça a custa das demais. Vê-se aqui um grande esforço para relacionar a necessidade da cobrança do IPMF como sendo parte da política de combate à inflação, que como é sabido, vinha há muito assolando o país, e que naquele momento seria justificativa muito forte de sua existência.

Várias vezes ressalta-se a provisoriedade do imposto, e que as disposições da emenda, apesar de terem seu significado claro no sentido de instituir novo tributo, não se incorporaria ao corpo original da constituição. Além disso, é bem ressaltado que a alíquota do imposto é apenas 0,25%, o

previdenciário, e outros programas de relevante interesse econômico e social. No art. 72 diz-se quais as fonte de arrecadação desse fundo, sendo que uma delas é vinte por cento do produto da arrecadação de todos os impostos e contribuições da União, com algumas exceções previstas anteriormente no artigo.

⁵¹ Trata-se do ano de 1993. O Plano Real ainda não tinha sido implementado e o país ainda sofria com a inflação, como é de conhecimento notório.

⁵² Ponto 12 do relatório, p. 186 da ADI 939-7.

que está dentro do razoável e, dentro das possibilidades econômicas dos contribuintes⁵³.

Outra parte da argumentação, abrangendo mais argumentos de dogmática jurídica é, sinteticamente a que se segue⁵⁴. O entendimento do Executivo, que aqui está representando o constituinte derivado, já que não é diferente o posicionamento do legislativo (como é possível verificar nos relatórios da Câmara dos Deputados e do Congresso), é o de que o judiciário só deve declarar inconstitucionalidade de qualquer ato normativo que seja, quando ela foi *evidente*, for de toda dúvida razoável, quando inexistir interpretação compatível com a Constituição, já que em favor do Congresso e do Executivo, vigora a presunção de constitucionalidade ou princípio de interpretação compatível.

O Executivo dá sua interpretação do que sejam as limitações materiais ao poder de reforma do constituinte derivado, previstas no art. 60, *caput*, § 4º da CF. As cláusulas pétreas devem ser entendidas restritivamente, pois, consistem numa garantia de evitar a *destruição* ou *radical alteração* da ordem constitucional. Intangíveis são o regime democrático, separação de poderes e direitos e garantias individuais *realmente essenciais* à vida contemporânea do homem livre, que não podem ser derrubados por emendas constitucionais, abrindo portas para um regime autoritário ou totalitário, assim como não pode a forma federativa de Estado ser abolida e introduzida a forma unitária por emenda.

⁵³ Quanto à capacidade dos contribuintes, ainda uma análise interessante é feita no relatório. Primeiro classificam o IPMF como imposto real, o que torna mais difícil a aplicação da progressividade prevista no art. 153, §2º, inc. I, parte final. A alíquota proporcional de 0,25% do IPMF é vista beneficentemente, pois ela "não deixa, absolutamente de cumprir o princípio de que cada pessoa deva contribuir para a coletividade de acordo com a sua idoneidade econômica, uma vez que as pessoas de maior poder aquisitivo possuem, logicamente, meios para fazer movimentação muito maiores e, por conseguinte, pagarão mais imposto do que as de menor poder aquisitivo. *Aliás, lastimavelmente, expressiva parcela da população nem sequer possui conta-corrente bancária e, conseqüentemente, na prática, não estará sujeita à incidência do imposto*". (grifei)

⁵⁴ É o próprio relatório que fala que primeiramente traz os fatores político, social e econômico-financeiro que deram origem à EC/03, passando posteriormente para justificações de dogmática jurídica.

Nas palavras do relatório:

“Os direitos e garantias protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, §4º, inciso IV, da Carta Política de 1988, não abraçam todos os direitos e garantias expressos na Constituição, nem os decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, pois, se assim fosse, petrificada estaria, praticamente, toda a Constituição”.⁵⁵

Destacamos esse trecho, pois se trata de posição, no mínimo, diferente daquela dos ministros do STF em vários momentos, como se verá adiante.

Não é possível pretender que a lista de impostos discriminados no texto constitucional seja imutável, sob pena de ferir o art. 60 §4º, inciso IV, impossibilitando que o órgão constituído com poder de emendar a constituição, com fundamento em seu critério político, tendo em vista os interesses e necessidades mutantes “das Fazendas Públicas e da própria coletividade”⁵⁶ possa eliminar alguns impostos e criar outros.

Quanto ao princípio da anterioridade, um dos pontos mais problemáticos para os ministros do STF, como veremos adiante, desenvolve-se longa argumentação, para demonstrar o quão relativo tal princípio é; que não pode ser considerado como garantia e direito individual protegido por cláusula pétrea. Especialmente em relação aos impostos com função extrafiscal, os indiretos, os de fato geradores instantâneos e os instituídos provisoriamente (também devido a determinadas situações transitórias, como o IPMF) seria desarrazoado inferir que essa limitação ao poder de tributar refira-se também a eles. Mesmo que se sustente que a anterioridade deva ser aplicada a eles,

⁵⁵ Ponto 34, p. 192 do acórdão.

⁵⁶ Idem nota 64.

não se pode dizer que temos aqui princípio integrante dos direitos e garantias fundamentais insuscetíveis de modificação.

Quanto ao princípio da imunidade recíproca, outro que será retomado pelos ministros do STF, argumenta-se o seguinte: em relação a ela, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios suas autarquias e fundações, só estão protegidos dos impostos sobre a renda, sobre o patrimônio e sobre os serviços. Assim a imunidade prevista no art. 150, *caput*, inciso VI, e suas alíneas “a” e “c”, tem campo de atuação delimitado, devendo ser interpretado restritivamente, de modo que os entes acima assim como partidos políticos, sindicatos, instituições de educação e de assistência social, só teriam a imunidade garantida em impostos sobre o patrimônio como o Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU), a renda como o Imposto de Renda (IR) e os serviços como o Imposto sobre Serviços (ISS).

O IPMF não incide sobre patrimônio, renda ou serviço, mas sim sobre movimentação financeira. Além disso, mais uma vez aqui trazem o argumento de que o imposto é provisório e a alíquota é mínima, não havendo de se falar em inconstitucionalidade da emenda em seu art. 2º, § 2º. Nota-se a utilização aqui de dois argumentos de ordens diferentes: um refere-se a não aplicação da imunidade recíproca sobre o IPMF já que ele não incide sobre patrimônio, renda ou serviço, o outro diz respeito à sua provisoriedade e o baixo valor, o que poderia justificar a não aplicação da imunidade.

Em relação à proibição da União de tributar do art. 150, VI⁵⁷, “d” da CF, para o Executivo é evidente que órgão instituído com o poder de emendar a constituição agiu legitimamente ao fazer incidir temporariamente um novo imposto por ele discriminado sobre livros, jornais, periódicos e papel destinado a sua impressão, pois pela objetividade conferida no referido dispositivo, não

⁵⁷ “**Art 150.** Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: VI – instituir impostos sobre: d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão”.

se pode considera-lo direito ou garantia fundamental insusceptível de alteração por emenda constitucional.

Outro argumento que será objeto de discórdia entre os ministros do STF, refere-se a imposto criado pelo constituinte derivado não precisar obedecer a não-cumulatividade do art. 154, I da CF⁵⁸, que se referiria apenas ao legislador ordinário. O mesmo em relação à ocorrência do *bis in idem*, que se afirma não existir no caso, mas se existisse, não haveria inconstitucionalidade, pois se trata de imposto criado pelo constituinte derivado, e, portanto, como o mesmo valor da constituição originária.

Para finalizar, passando à argumentação dos ministros do STF, interessante é notar qual o entendimento que o Executivo dá para o que crê que deva ser atuação do Judiciário na revisão judicial em questão:

“Penso dizer que o controle do Poder Judiciário sobre a observância por parte da norma infraconstitucional dos princípios do art. 5º, “caput”, 145, § 1º e 150, II, todos da Carta Magna, não têm a abrangência imaginada por alguns, pois não há sentido em se buscar defender referidos princípios com o sacrifício do maior dos princípios da limitação do poder de tributar, que é o princípio da legalidade, o qual confere um valor insuperável: a segurança nas relações jurídico-tributárias.

Desse modo, anote-se que o exame do juízo axiológico-político da mera graduação de menor ou maior vivência desse princípio não compete, *data vênia*, ao poder Judiciário, ressaltando-se que, conforme assente jurisprudência do Excelso STF, o Poder Judiciário não corrige injustiça da lei, se não é inconstitucional, nem do executor, se não há ilegalidade.

⁵⁸ “**Art 154.** A União poderá instituir:

I – mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição”.

Enfatize-se que não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, estabelecer alíquotas diferenciadas do imposto, *ampliar ou reduzir as hipóteses legais de não-incidência ou de isenção*, e assim por diante, apenas sob o prisma de justiça ou injustiça do tratamento dado pelas normas jurídicas de tributação”.⁵⁹

3.2 Voto do Ministro Sydney Sanches

O ministro não aceita a argumentação acima naquilo que se refere à anterioridade tributária e à imunidade recíproca entre entes federativos. Quanto ao primeiro não lhe parece que outras exceções além das previstas no texto da constituição originária possam ser estabelecidas pela constituição derivada, ou seja, por emendas. Pois se não se entender assim “o princípio e a garantia individual tributária, que ele encerra, ficariam esvaziados, mediante novas e sucessivas emendas constitucionais, alargando as exceções, seja para impostos previstos no texto originário, seja para os não previstos”.⁶⁰ Em relação a esse princípio, essa é sua única argumentação.

As alíneas “b”, “c” e “d” do inciso VI do art. 150 não se tratam de garantias individuais, mas sim imunidades tributárias, o que por emenda constitucional é possível excepcionar, quando se autoriza a instituição de tributo novo, desde que não se imponha sacrifício desarrazoado às entidades a que se refere. No entanto, a interpretação do ministro não é a mesma para a alínea “a” desse inciso, aquela que veda aos entes federativos a instituição de impostos sobre, patrimônio, renda ou serviços uns sobre os outros. Para ele, alteração desse dispositivo é proibida pelo inciso I do §4º do art. 60 da CF, que veda proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado.

⁵⁹ ADI 939-7, pp.209 e 210.

⁶⁰ ADI 939-7, p.240.

A partir disso recorre a toda argumentação feita por ele quando do deferimento da medida cautelar da ADI 926 julgada em 01/09/93, proposta por governadores de estado⁶¹, contra a mesma emenda nº03/93 e a lei complementar nº77. Ele foi o relator da ADI e seu voto foi seguido pela maioria dos ministros.

No trecho do voto dessa liminar que o ministro traz no julgamento da ADI 939-7, único objeto de discussão é referente à imunidade recíproca. As palavras do ministro propriamente são poucas, já que o trecho citado compõe-se da citação de sete doutrinadores⁶², sendo que parte dessa doutrina trata do art. 10⁶³ da Constituição Federal de 1891. A preocupação desses doutrinadores é com a defesa do federalismo (que parece ser também a maior preocupação do ministro), como se vê desde o primeiro trecho citado de Paulo de Barros.⁶⁴ O descumprimento da restrição ao poder de tributar previsto na alínea "a" do inciso IV do 150, pode acabar por desestabilizar a federação, o que violaria cláusula pétrea. A imunidade recíproca é tratada em termos absolutos, não comporta exceção.

Especial importância é dada a Aliomar Baleeiro, que segundo o ministro, é quem mais se aprofundou no assunto em "Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar". Nos trechos citados, o autor faz sua análise do princípio da imunidade recíproca olhando, especialmente para o federalismo dos Estados Unidos, pois segundo ele, foi da experiência desse país que se inspirou o legislador brasileiro de 1891 e 1946. E é destacado que parte do desenvolvimento da imunidade recíproca nos Estados Unidos é devida

⁶¹ Governadores dos seguintes estados: Paraná, Santa Catarina, Mato Grosso do Sul e Tocantins.

⁶² Aliomar Baleeiro, Barbalho, Francisco Campos, Sacha Calmon Navarro Coelho, Celso Ribeiro de Bastos, Geraldo Ataliba, Paulo de Barros Carvalho.

⁶³ "É proibido aos Estados tributar bens e rendas federaes ou serviços a cargo da União, e reciprocamente".

⁶⁴ "A imunidade recíproca, prevista no art. 150, VI, "a" da Constituição é uma decorrência pronta e imediata do postulado da isonomia dos entes constitucionais, sustentado pela estrutura federativa do Estado brasileiro e pela autonomia do Municípios. Na verdade encerraria e imensa contradição imaginar o princípio da paridade jurídica daquelas entidades e, simultaneamente conceder pudessem elas exercer suas competências impositivas sobre o patrimônio, a renda e os serviços, umas com relação às outras" pp. 241-242 da Adi 939-7.

justamente à atuação da Suprema Corte do país, como se depreende do estudo da jurisprudência norte-americana que fez Baleeiro.⁶⁵

Após a citação dos doutrinadores que explicam a imunidade recíproca tendo em vista à defesa do federalismo abstratamente, Sydney Sanches julga procedente em parte a ação, já que na petição inicial suscitou-se também a inconstitucionalidade da emenda porque dela decorria bitributação do contribuinte e ofensa à não cumulatividade. Nessas questões o ministro aceita a argumentação do Executivo.⁶⁶

Declara assim a inconstitucionalidade das expressões “II”, “b”, “e” contidas no §2º do art. 2º da EC/3/93, por permitirem a cobrança do IPMF no próprio ano de 1993, e a inconstitucionalidade da referência ao inciso VI do art. 150 da Constituição, contida no mesmo §2º do art. 2º da emenda, apenas no ponto em que abrange a alínea “a”.

Por fim declara inconstitucional, conseqüentemente, a LC/77 nos pontos que deixou de excluir da incidência do IPMF as pessoas jurídicas acima referidas.⁶⁷

⁶⁵ “Na qualidade de Estado, com autonomia, com direito de estabelecer seu mecanismo governamental, suas instituições, seus serviços do Governo para regular o comércio e a moeda. O Estado de Maryland tributou uma filial desse banco, dando ensejo ao leading case de 1819, que Marshall, onde, pela primeira vez se afirmou a tese de imunidade dos meios de ação do Governo Federal em frente às pretensões do fisco dos Estados, pois, ‘the power to tax involves the power to destroy’ e, então, ficariam à mercê de um governo todos os serviços e instrumentos de outro.

RUI BARBOSA, que traçou desse julgado *Mc. Culloch vs. Maryland* uma síntese fulgurante, lembra que, naquele país, o reputam *a mais notável das sentenças daquele famoso magistrado, que durante 30 anos presidiu a Corte Suprema e contribuiu poderosamente para o fortalecimento da União através da contribuição judiciária*’.

9. Aprofunda-se BALEEIRO no estudo da jurisprudência norte-americana e, em certa passagem, lembra (pág. 101):

‘O justice JACKSON, no caso *U.S. vs. Allegheny County*, 322 U.S. 174 (1944) disse uma verdade: ‘Olhando retrospectivamente, é fácil ver-se que a linha entre o tributável e o imune tem sido traçada por um punho vacilante’, E esse punho continua a traçar com a mesma vacilação a linha divisória, razão pela qual a nossa Constituição resolveu dar mais vigor à fronteira entre o imune e o tributável’.

⁶⁶ Cf., p. 18 e ss. do relatório supra.

⁶⁷ A defesa dessa lei pelo Executivo não é substantiva, apenas se diz que não apresenta qualquer discrepância com o texto constitucional.

Todos os outros ministros que votaram, no entanto, consideraram a emenda inconstitucional também quanto à exclusão de incidência do IPMF das alíneas “b”, “c” e “d” do inciso VI do art 150, o que faz com que no final do julgamento Sydney Sanches retifique seu voto adotando a mesma posição dos outros ministros.

Algumas conclusões acerca desse voto: trata-se de uma análise predominantemente abstrata, que decorre apenas da utilização de doutrina e não da interpretação dos dispositivos constitucionais pelo próprio ministro. Também não há um diálogo com os argumentos do constituinte derivado. Não é analisada nenhuma das particularidades do IPMF, por exemplo, ao fato de sua provisoriedade e do valor de sua alíquota (0,25%), nem tampouco das razões que levaram a sua aprovação por 2/3 do Congresso, como detalhadamente exposto nos três relatórios, tanto do legislativo quanto do executivo.

Lembramos que se trata do primeiro julgamento definitivo de ADI contra emenda constitucional e que não há referência expressa no texto constitucional autorizando o STF a fazer o controle nesse caso, o que não levou, no entanto, o ministro a fundamentar o porquê do STF ser competente para tanto.

Apenas na ementa dessa ADI diz-se que “Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação à Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo tribunal Federal, cuja função precípua é de guarda da Constituição (art. 102, I, “a”, da CF)”.⁶⁸

⁶⁸ ADI 939-7, p.160. O mesmo ocorre no julgamento da medida cautelar da ADI 926-2, que não chegou a ser julgada no mérito. Em sua ementa diz-se o seguinte: “As normas de uma Emenda Constitucional, emanadas que são, de constituinte derivada, podem, em tese, ser objeto de controle, pelo Supremo Tribunal Federal, quando confrontadas com normas elaboradas pela Assembléia Nacional Constituinte (originária) (art. 102, I “a””, p. 154. Tal decisão apesar de não ter sido analisada no trabalho, foi lida na íntegra.

Disso se conclui que a leitura que o STF faz da “guarda da constituição” disposto na CF significa que até mesmo a revisão de emenda, a qual, como se viu na introdução desse trabalho, é uma das maiores manifestações possíveis da democracia representativa. Tal posição do tribunal reforça a idéia de que o controle de constitucionalidade é o principal, senão o único meio de se garantir a supremacia da constituição, tendência também observada na doutrina pátria.⁶⁹

Não seria exagero cobrar do tribunal aqui, um maior desenvolvimento acerca dessa sua competência. Só se diz ser possível que normas do constituinte derivado quando confrontadas com normas do constituinte originário podem sofrer revisão judicial, o que não explica muito: em qualquer controle de constitucionalidade há confrontação necessária com o texto da CF, não importa se se trata de texto já emendado ou não.

3.3 Voto do ministro Sepúlveda Pertence

O voto de Sepúlveda Pertence é curto e parcialmente contraposto ao do relator. Curto, mas com um esforço interpretativo maior do que o de Sydney Sanches, que traz diversas doutrinas, mas não diz com suas próprias palavras, o significado, p.e., da anterioridade no texto atual da CF.

O art. 150, III, que traz “a regra”⁷⁰ da anterioridade, não pode, segundo ele, ser considerado cláusula pétrea:

⁶⁹ A idéia apresentada por Conrado Hübner Mendes na p. 12 supra, parece não ser muito apelativa para o tribunal, que nem se quer cogita o choque com a democracia que sua atuação traz.

⁷⁰ Não há um rigor quanto à classificação da anterioridade como regra ou como princípio. Vimos que Sydney Sanches fala em “princípio”, ao passo que Sepúlveda fala em “regra”. Essa observação não é desprovida de razão, pois o tribunal tem feito uso do princípio da proporcionalidade para decidir algumas questões mais recentes (ADC 9-6, ADI 855-2) e, se se quiser dar uma aplicação consistente dele, que vá além do senso comum, ou seja, dizer que a aplicação de um direito é desproporcional do sentido que essa palavra assume no cotidiano, faz-se necessário que se tenha clara as definições de regra e princípio. O assunto merece maior aprofundamento, que não caberia aqui, no entanto. Cf. nota:127 A importância de se fazer essa conceituação é importante não só para a aplicação da proporcionalidade, mas para a ponderação como método de resolução de conflito entre direitos constitucionais. Regra não se pondera,

“Creio que na demarcação de qual seja a extensão da limitação material ao poder de reforma constitucional, que proíbe a deliberação sobre propostas tendentes a abolir direitos e garantias individuais, o intérprete não pode fugir a uma carga axiológica a atribuir, no contexto da Constituição, a eventuais direitos ou garantias nela inseridos. E não consigo, por mais que me esforce, ver, na regra da anterioridade, recortada de exceções no próprio Texto de 1988, a grandeza de cláusula, a grandeza da cláusula perene, que se lhe quer atribuir, de modo a impedir ao órgão de reforma constitucional a instituição de um imposto previdenciário que a ela não submeta”.⁷¹

Trata-se, segundo ele, de “uma interpretação nostálgica” que quer ver na anterioridade o princípio da anualidade, não consagrado pelo texto de 88. Segundo ele, este sim (“princípio” da anualidade) 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”.⁷² (grifei)

Sepúlveda Pertence mostra que há uma preocupação a mais em se fazer controle de constitucionalidade de emenda constitucional: “permito-me lembrar, no voto de V.Exa., uma advertência salutar sobre a extrema contenção em que há de pôr-se este Tribunal, na missão que é, por definição, a mais delicada que se lhe atribui, a de controle da validade da manifestação mais eminente dos poderes constituídos: a emenda constitucional”.⁷³

princípios sim. Cf, também: BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Renovar: Rio de Janeiro, 2005.

⁷¹ ADI 939-7, p.253.

⁷² ADI 939-7, p. 254.

⁷³ ADI 939-7, P.254.

Citando trecho da medida cautelar dessa ADI, o ministro parece exemplificar em que medida há de se conter a revisão judicial, como disse ser necessário que se contenha, em caso de emenda:

“... a estabilidade da Constituição Federal, onde reside a finalidade inequívoca das limitações postas ao poder constituinte derivado, poderá, a meu ver, ficar comprometida, ao invés de reforçada, com o rigor de uma interpretação que, exacerbado essas restrições, viesse a conduzir justamente aquilo que a Constituição quis evitar, ou seja, estimular a tendência de ruptura com um todo do texto constitucional”.⁷⁴

Há uma preocupação aqui em não exacerbar rigorosamente a interpretação de um dispositivo de forma a restringir de modo muito forte sua modificação, preocupação presente também no voto de Francisco Rezek, que somente votou na cautelar e que será analisado em conjunto com outros votos mais adiante.

Em relação à exclusão através do §2º, art. 2º da EC/03, da aplicação do art. 150, VI da CF ao IPMF, o ministro julga a ação procedente em maior extensão que Sydney Sanches. Diz que mesmo não se tratando tecnicamente de direitos e garantias individuais, as imunidades das alíneas “b”, “c” e “d” do inciso, constituem instrumentos de salvaguarda fundamentais de princípios, liberdades e direitos básicos da constituição, como liberdade religiosa, manifestação do pensamento, pluralismo político do regime, liberdade sindical, solidariedade social, direito à educação e assim por diante. Desse modo, declara inconstitucional a menção ao inciso VI do art. 150 que o §2º do art. 2º da emenda faz, em toda sua extensão, discordando assim, da posição inicial de Sydney Sanches que fez isso apenas em relação à alínea “d” do inciso. O entendimento de Sepúlveda nesse ponto será seguido por todos os outros ministros, com exceção de Marco Aurélio.

⁷⁴ ADI 939-7, pp.254-255.

3.4 Voto do Ministro Marco Aurélio

Marco Aurélio é o único ao declarar a inconstitucionalidade do IPMF em si⁷⁵, segundo ele:

“Ao Judiciário não compete como que colaborar, objetivando acerto de caixa a ser feito no âmbito do Executivo; ao Judiciário cabe, acima de tudo, sem recear críticas, até mesmo exacerbadas, a preservação da ordem jurídica. Sob a minha óptica, com o devido respeito aos meus pares, esta ficará seriamente comprometida, caso se conclua pela inconstitucionalidade apenas parcial da Emenda nº 03/93 e, também, da Lei Complementar nº 77, que acabou por disciplinar o Imposto provisório sobre Movimentação Financeira”.⁷⁶

Para o Ministro nada se pode aceitar da argumentação do constituinte derivado. E já de início posiciona-se em relação as garantias fundamentais, de forma diferente daquela demonstrada nas informações prestadas pelo executivo⁷⁷. Diz que tais garantias (cláusulas pétreas), não estão presentes apenas no rol do art. 5º, mas sim também em outros artigos da CF, como demonstra o §2º do art. 5º⁷⁸.

Para o ministro a emenda conflita com o princípio da não-cumulatividade, o que não é negado nem pelo executivo, nem pelo outros ministros, mas tanto estes quanto aquele, interpretam que o art, 154, I, refere-se apenas ao legislador ordinário (apesar de não explicarem o porquê

⁷⁵ Interessante dizer que Marco Aurélio já é conhecido por, na área econômica, posicionar-se normalmente ao lado do contribuinte, como concluiu a revista *Análise Justiça*.

⁷⁶ ADI 939-7, p.268. Interessante contrapor tal posição com aquela do Executivo citada no tópico 3.1 supra.

⁷⁷ Cf., ponto 3.1 supra.

⁷⁸ “Art. 5º §2º Os direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

disso). Para Marco Aurélio, no entanto, trata-se de uma garantia do contribuinte, que é ferida pela emenda, sendo inaceitável.⁷⁹

Em relação à anterioridade e às imunidades do art. 150, VI seu posicionamento não é muito diferente da dos outros ministros: tratam-se de garantias fundamentais insuscetíveis de modificação por emenda constitucional.

O mais importante de se notar nesse voto é que ele é o mais ousado, pois contraria completamente o constituinte derivado ao não aceitar de forma alguma a instituição do IPMF, ao passo que, como se verá, além dos votos já descritos, por mais que façam crítica dura ao legislador, esta se restringe a alguns pontos, a ele ter desrespeitado alguns dispositivos constitucionais considerados como garantias fundamentais que não poderiam ser modificadas, mas a cobrança em si do IPMF não foi por eles negada, ela apenas foi condicionada a respeitar a anterioridade tributária e as imunidades já referidas.

É possível dizer que Marco Aurélio tomando tal postura, demonstra acreditar ser o controle de constitucionalidade o local ideal na defesa de direitos da sociedade, como demonstra o próprio trecho já citado acima. Mas ressalta-se que ele não leva a cabo um diálogo com o constituinte derivado, não levando em consideração todos os argumentos por ele levantados. Prende-se também nos argumentos jurídicos, não levando em consideração as razões econômicas explicitadas nos informações do legislativo e do executivo que

⁷⁹ O ministro faz toda uma análise para demonstrar que a cumulatividade está sendo ferida, mas os outros ministros não chegam a analisar tal questão, não negando que ela possa ocorrer, já que o que importa para eles é que a regra do art. 154, I não se refere ao constituinte derivado, devido a isso não se faz uma análise minuciosa de como Marco Aurélio chega a essa conclusão. Cf, em relação à cumulatividade, trecho do voto do ministro Carlos Velloso: "No que toca à questão da cumulatividade, em linha de princípio a proibição é dirigida ao legislador ordinário, e não ao legislador constituinte derivado (C.F., art. 154,I). O mesmo pode ser dito em relação à não observância dos fatos geradores ou base de cálculo já estabelecidos na Constituição: a proibição é também dirigida ao legislador ordinário, e não ao legislador constituinte derivado. (C.F., art. 154, I) Isto em linha de princípio, é claro. Estamos num juízo de deliberação. Por ora, há, no ponto, pelo menos, dúvida que deve ser resolvida em favor da constitucionalidade da emenda".pp 273 e 274 da ADI 939-7.

levaram à elaboração da emenda. É certo que os outros ministros também não fizeram isso, mas como não impediram que o imposto fosse cobrado, acabaram por demonstrar respeito por essas razões.

3.5 Votos dos Ministros Ilmar Galvão, Carlos Velloso, Celso de Mello, Paulo Brossard, Néri da Silveira, e Francisco Rezek⁸⁰

Tais ministros votaram no mesmo sentido, e com uma postura bastante parecida, por isso analisar-se-á os votos em conjunto. Apenas o voto da medida cautelar do ministro Rezek destoa dos outros, mas é utilizado aqui para efeitos comparativos com os outros votos (quando se faz menção “aos votos”, não está incluído o seu). Declaram parcialmente inconstitucional a emenda no que se refere a não aplicação da anterioridade e na ofensa ao inciso VI em todas suas alíneas do artigo 150. Serão analisados os trechos que trazem alguma argumentação nova ao debate além da que já foi exposta.

As principais preocupações desses votos relacionam-se à violação da imunidade recíproca e à anterioridade. Alguns trechos também se preocupam com a discussão do controle em si de emenda constitucional. Todos eles condenam de modo severo a instituição de um imposto que não observa a anterioridade e as imunidades do art. 150, inciso IV, em especial a recíproca, que segundo Carlos Velloso é fundamento do federalismo. A anterioridade, para Celso de Mello, trata-se de um dos direitos fundamentais mais relevantes outorgados pela constituição ao universo do contribuinte.

Mas quanto à anterioridade não é possível deixar de notar o que diz o Ministro Francisco Rezek no julgamento da medida cautelar, e que parece ser ignorado pelos outros ministros, com exceção do Sepúlveda Pertence. Para ele

⁸⁰ Tal ministro votou apenas no julgamento da medida cautelar, tendo sido parcialmente vencido. Interessante observar seguinte trecho de seu voto, que revela bem como ele encara a função do STF: “Visto que já aponta no horizonte visível o processo de revisão judicial, não faltará a esta Casa, imagino, ocasião de lembrar ao legislador, o que, dentro do vastíssimo texto da Constituição de 1988, é insusceptível de ser tangido, mesmo no processo estrito da emenda à Constituição, ou daquele circunstancialmente mais flexível da revisão judicial”.

não é possível que se admita que a emenda em exame afronte o princípio da anterioridade, aliás, ele se recusa a dizer que se trata de um princípio.⁸¹

Isso porque a anterioridade prevista apenas assegurava que não se cobraria tributo no mesmo ano em que fora instituído, o que significava, p.e., que era possível criar um tributo na última semana de dezembro de um ano para cobrá-lo na primeira semana de janeiro. O ministro mostra indignação em se dizer que isso é uma garantia que dá segurança ao contribuinte, antes é apenas regra de comodidade orçamentária para que as empresas e o erário se organizem em razão do ano civil.

O ministro leva a questionar a razão pela qual os outros ministros defendem com tanta veemência a anterioridade como garantia individual, cláusula pétrea insuscetível de modificação. A ADI foi julgada em 1993, e apenas em 2003 foi acrescentada nova alínea ao inciso III do artigo 150, dizendo que o tributo só pode ser cobrado depois de decorridos 90 dias de sua publicação, o que deve ser lido conjuntamente com a alínea b, ou seja, somente agora se pode dizer que há uma verdadeira garantia de anterioridade na cobrança de tributos. O que é possível dizer, é que a Emenda 42/2003 que trouxe essa substantiva mudança em relação à anterioridade acabou por ser aquilo que os ministros estavam defendendo na ADI 939-7, quando elevaram a anterioridade à garantia fundamental do contribuinte.⁸²

Há momentos de crítica bastante severa ao constituinte derivado como esse no voto de Carlos Velloso:

⁸¹ “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 movimentos mudancistas*. Já o fizemos há alguns dias atrás ao dizer que a imunidade recíproca é um princípio elementar à segurança da própria federação; é parte da filosofia constitucional da federação”. MC da ADI 939-7, p. 1977. (grifei)

⁸² Não se está fazendo uma correlação direta entre posicionamento do STF em 1993 e resposta do constituinte derivado em 2003 acolhendo a idéia do tribunal. Mas não se pode deixar de notar um certo diálogo aqui; de uma forma ou de outra a escolha do constituinte derivado foi aquela que a maioria dos ministros, pelo menos na configuração de 1993 tomaria como correta e necessária, pois assim foi possível uma adequação do seu discurso à realidade normativa (que naquele ano não existia).

“os desvios inconstitucionais do Estado, no exercício do seu poder de tributar, geram, na ilegitimidade desse comportamento do aparelho governamental, efeitos perversos que, projetando-se nas relações jurídico-fiscais mantidas com os contribuintes, *deformam os princípios que estruturam a ordem jurídica, subvertem a integridade e a supremacia da própria Constituição da República*”.⁸³ (grifei)

Há outros, como nesse trecho de Carlos Velloso, em que se revela uma postura bem diferente daquela do executivo, quando este dá sua interpretação acerca das cláusulas pétreas⁸⁴:

“Direitos e garantias individuais não são apenas aqueles que estão inscritos nos incisos do art. 5º. Não. Esses direitos e essas garantias se espelham pela Constituição. O próprio artigo 5º, no seu §2º, estabelece que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República do Brasil seja parte”.⁸⁵

Em outros momentos, revela-se cautela diante de se revisar emenda. Aliás, pode-se dizer que tal cautela existe por parte de todos os ministros, exceto Marco Aurélio, pois eles não declaram o imposto em si inconstitucional, mas apenas naquilo em que excluiu a aplicação das imunidades e da anterioridade do art. 150. Trecho que comprova tal afirmação está presente no voto de Néri da Silveira: “A corte está julgando argüição de inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e não de norma infraconstitucional. O que constitui vedação ao legislador ordinário, por vez,

⁸³ ADI 939-7, p. 280.

⁸⁴ Cf., p. 192 do acórdão e no ponto 3.1 supra.

⁸⁵ ADI 939-7, pp. 274-275.

não é bastante a tornar inválido preceito oriundo de deliberação de constituinte derivado”.⁸⁶

4. Exposição da ADI 1.946-5 MC⁸⁷(licença maternidade)⁸⁸

Esta ADI foi proposta pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), que sustentou a inconstitucionalidade do art. 14 da emenda constitucional nº20 , de 15.12.1998 e da Portaria nº 4.883, de 16.12.1998, que o regulamentava.

O teor do art. 14 da referida emenda era o seguinte:

“Art. 14. O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), devendo, a partir da data da publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social”.

O artigo 6º da Portaria 4.883 regulamentou a emenda da seguinte forma:

⁸⁶ ADI 939-7, p. 303.

⁸⁷ Toda argumentação a ser analisada está presente na medida cautelar, já que quando da análise do mérito não houve nenhuma mudança de posicionamento por parte do tribunal, nem de algum ministro individualmente.

⁸⁸ Cabe aqui, para melhor entendimento acerca do que se considera o salário-maternidade, fazer breve referência a seu histórico e a como a generalidade da doutrina a entendia: “A Convenção nº 103 da OIT, de 1952, entrou em vigor no plano internacional em 7-6-58. O Brasil a aprovou pelo decreto Legislativo nº 20, de 30-4-65. Foi promulgada pelo decreto nº 58.821, de 14-7-66. Dispõe a referida norma que ‘em caso algum o empregador deverá ficar pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas à mulher que emprega”. Somente com a edição da Lei nº 6.136, de 7-11-74, é que o salário-maternidade passou a ser uma prestação previdenciária, não mais tendo o empregador que pagar o salário da empregada que vai dar à luz. (...) A Constituição de 1988 determinou que a gestante terá 120 dias de repouso sem prejuízo do emprego e do salário (art. 7º, XVIII). (...) Consiste o salário-maternidade numa renda mensal igual à remuneração integral da segurada. É pago pelo empregador que desconta o valor adiantado a trabalhadora em relação à contribuição previdenciária devida. Não se trata exatamente de salário, mas de benefício previdenciário, pois não é pago pelo empregador, mas pelo INSS”. MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2005, p.580.

“Art. 6º. O limite máximo do valor dos benefícios do RGPS, a serem concedidos a partir de 16 de dezembro de 1998, é de R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), inclusive do benefício de que tratam os arts. 91 a 100 do regulamento dos Benefícios da Previdência da Previdência Social – RBPS, aprovado pelo Decreto nº 2.172, de 5 de março de 1997, e dos benefícios de legislação especial pagos pela Previdência Social, mesmo que à conta do tesouro Nacional”.

Sustentou-se na petição inicial a violação dos arts. 3º, IV, 5º, I e art 7 inciso XVIII da CF, sendo que este último garante à trabalhadora direito à licença-maternidade, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de 120 dias. Conseqüentemente, violado estaria o art. 60, §4º, inciso IV, violação, portanto, de cláusula pétrea.

Segundo o autor o salário-maternidade configura obrigação previdenciária e não encargo do empregador, de modo que deve ser pago integralmente pela Previdência Social. Dizem isso com base na Lei 8.213, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, em seu artigo 73⁸⁹, assim como com base no artigo 131, inciso II⁹⁰ da CLT, que reiteraria a obrigação do pagamento do salário-maternidade pela Previdência Social.

A EC nº20 e a Portaria nº4.883/98 segundo o PSB, não se manifestaram em nenhum momento sobre a condição da empregada no que pertine ao restante de sua remuneração, dizendo apenas que a Previdência só pagaria até o valor de 1.200 reais, o que segundo eles fere frontalmente o art. 7º, XVIII

⁸⁹ “Art. 73. O salário-maternidade para a segurada empregada ou trabalhadora avulsa consistirá numa renda mensal igual a sua remuneração integral e será pago pela empresa efetivando-se a compensação quando do recolhimento das contribuições, sobre a folha de salários”.

⁹⁰ Art. 131, II – durante o licenciamento compulsório da empregada por motivo de maternidade ou aborto, observados os requisitos para percepção do salário-maternidade custeado pela Previdência Social”.

da Constituição⁹¹. Não dizem, no entanto como é possível se depreender do referido inciso do art. 7º, que é da Previdência Social a responsabilidade por todo o pagamento da remuneração durante a licença-maternidade.

Sustentam que transferir para as empresas a responsabilidade pelo pagamento excedente da remuneração da trabalhadora seria retroceder e ignorar as conquistas femininas na sociedade brasileira, já que as empresas acabariam dando preferência ao trabalhador masculino ou então não pagariam salários superiores a 1.200 reais para as mulheres. Seria compreensível que as empresas não quisessem arcar com mais este ônus, ainda mais por não ser delas a responsabilidade. Estaria configurada a discriminação contra a mulher o que violaria o art. 5º caput e inciso I da constituição.

Requereram assim medida cautelar para suspender liminarmente os efeitos do art. 14 da referida emenda, ou então lhe dar interpretação restrita, tendo em vista especialmente o art. 201⁹² da constituição, e declarar a inconstitucionalidade do art. 6º da portaria que regulamentou a emenda. O pedido definitivo, no mérito, é o mesmo.

A decisão em relação à emenda foi a seguinte: o Tribunal, por unanimidade deferiu a medida cautelar para, dando interpretação conforme à Constituição ao art. 14 da EC/20, deixar expresso que tal dispositivo não se aplica à licença-maternidade a qual se refere o art. 7º, inciso XVIII da CF.

4.1 Argumentação do constituinte derivado

⁹¹ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XVIII – licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias”.

⁹² “Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: III – proteção à maternidade, especialmente à gestante”; Ressalta-se que somente no pedido se faz referência ao art. 201.

Passaremos a analisar a argumentação pela constitucionalidade dos referidos dispositivos, todos eles expostos no voto do relator, o ministro Sydney Sanches. Os primeiros argumentos são do Presidente da Câmara dos Deputados à época, Michel Temer.

Substancialmente, ele afirma em defesa da emenda nº20, que o limite de 1.200 reais imposto para serem suportados pela previdência, faz parte de um conjunto de medidas tendentes à diminuição dos gastos públicos visando ao não comprometimento de todo um sistema (previdenciário), que o conjunto de medidas da emenda visa salvaguardar. Aquilo que sobejar o valor estipulado, não poderá ser pago pelo governo, o que por si só jamais significaria violação do art. 7º inciso XVIII. Os textos normativos não refletem diretamente nenhuma discriminação ou retrocesso histórico; tais afirmações tratam-se apenas de fatos *inusitados e incertos* que o autor sustenta acerca de eventos futuros.

O senador Antônio Carlos Magalhães, presidente do Senado na época, enviou as seguintes informações. Primeiramente diz ser impossível o pedido, pois não se pode evocar o controle de constitucionalidade de normas constitucionais a não ser que o pedido se fulcre em uma das hipóteses previstas no art. 60, § 4º da Carta política. Ressalta-se que isso revela uma aceitação por parte do próprio Senado da possibilidade de revisão de emendas. O que, no entanto não seria possível no caso, já que o autor não conseguiu apontar o liame lógico entre o art. 14 da emenda nº20 e a ofensa ao princípio da igualdade entre os sexos. Segundo ele:

“A injusta discriminação que porventura ocorra contra o labor feminino nenhuma relação guarda com o teto dos benefícios previdenciários, fixado em razão de uma imposição de fato, a limitação das receitas e a necessidade de manter os benefícios acessíveis a todos os brasileiros”.⁹³

⁹³ ADI 1.946-5, p. 72.

A licença-maternidade não compõe o núcleo essencial da Constituição, razão pela qual não se pode sustentar a inconstitucionalidade do art. 14 da emenda. Para o senador, além disso, é conhecida a limitação dos direitos sociais, de modo a não ser concebível que se conceda benefícios em nível superior aos recursos auferidos pela previdência, a qual demanda equilíbrio em suas contas para que todos possam usufruir as garantias sociais. Se não fosse assim, o sistema previdenciário seria iníquo, pois estaria atribuindo elevados benefícios àqueles que gozam de maior nível salarial, o que perpetuaria desigualdades.

O senador busca, em outras palavras, sustentar que quem recebe acima do teto do benefício teria condições de complementar seu regime previdenciário através do regime de previdência privada. No entanto, observamos o seguinte: o que a emenda propõe é que a previdência social cubra apenas 1.200 reais do salário-maternidade, ficando, presumidamente, o restante ao encargo do empregador. O que se sustenta diante disso é que ou o empregador preferiria o trabalhador masculino ou então buscaria pagar salários até este teto para as empregadas. Assim, a argumentação de que quem recebe acima desse teto pode arcar com um plano de previdência privado não faria sentido, pois a hipótese é a de que as mulheres ou não seriam empregadas, ou não receberiam acima de 1200 reais.

Ainda a favor da constitucionalidade da emenda vem o parecer do Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social, Waldeck Ornélas. Destacaremos os pontos mais relevantes⁹⁴ levantados por esse ministro para poder passar à análise da argumentação dos ministros do STF⁹⁵.

⁹⁴ Considera-se como pontos mais relevantes aqueles que vão além da argumentação genérica de que, p.e., a emenda não fere cláusula pétrea em hipótese alguma, sem dizer porquê.

⁹⁵ Ressalta-se mais uma vez a importância de uma análise minuciosa também dos argumentos pela constitucionalidade da emenda promulgada pelo congresso, já que o trabalho tem como, um de seus objetivos analisar o *debate* entre legislador e STF, ou seja, democracia (na acepção de democracia majoritária) x controle de constitucionalidade, o que não pode ser feito sem a análise dos dois lados da moeda. Essa análise é importante também, até para que se possa verificar a consistência da argumentação de um e de outro lado, mesmo que não seja a intenção do trabalho dizer de forma absoluta quem está certo, é possível que se verifique o esforço argumentativo de cada parte e a facilidade com que se pode contrariá-lo ou não.

Ele sustenta que a previdência social não paga salários e não garante empregos, e que o termo salário invocado pelo inciso XVIII, do art. 7º não ostenta nenhuma conexão com qualquer benefício previdenciário, dirigindo-se ao empregador e ao legislador ordinário na elaboração da legislação de natureza exclusivamente trabalhista. Ele assume a posição de que as garantias do emprego e do salário são ônus do empregador e não da previdência. E prossegue:

“A verdade é que nem precisaria de norma constitucional para estabelecer que o salário maternidade não seria mais pago sobre a remuneração integral da gestante, bastaria uma lei ordinária para mudar as regras de pagamento do referido benefício previdenciário sem que fosse violado o artigo 201, inciso I, bem como o artigo 7º, inciso XVIII, da Constituição federal, pois o primeiro trata de um benefício previdenciário e o segundo de um encargo trabalhista.

O legislador constituinte possui plenos poderes para alterar uma convenção estabelecida pelo legislador ordinário, principalmente se a questão a ser tratada não representa nenhum encargo de natureza constitucional para a Previdência Social” .⁹⁶

Como se vê, sua argumentação é a mais forte no sentido de negar o ônus da previdência em relação ao salário-maternidade. A partir do que já foi dito, ele desenvolve o seguinte raciocínio. Não é possível sustentar que o art. 14 da emenda nº20 fira o inc. XVIII do art 7º, pois o disposto naquela, em nada se confunde com o “salário” de que trata esse artigo. Com base em voto do Ministro Marco Aurélio no Recurso Extraordinário nº 166.772-9/210, ele diz que não caberia dar diferentes significados ao termo salário utilizado diversas

⁹⁶ ADI 1.946-5, p. 79 do acórdão.

vezes na CF mesmo que em contexto diferentes. Salário é sempre obrigação do empregador, em nada se relacionando com a previdência social. Ele se apóia no referido recurso extraordinário, que, ressalta-se cuidava da interpretação do art. 195 da CF, para concluir o seguinte: "Discutida a verdadeira epistemologia do termo salário, o Ministro mostrou que o termo tratado na **Lex Fundamentalis**, nenhuma ligação possuía com o instituto previdenciário".⁹⁷

Consegue-se assim, negar que haja violação ao art 7º da CF, já que a emenda não se referia a ele, que trata de salário, mas sim de benefícios previdenciários. No entanto a questão de quem deve suportar o ônus do salário-maternidade continua não resolvida. Deseja-se provar que a emenda não fere o art. 7, XVIII, pois este trata de salário devido pelo empregador, portanto a licença à gestante sem prejuízo do emprego e do salário é encargo do empregador.

A emenda nº 20, por sua vez, trata do art. 201, e segundo o próprio ministro de benefícios previdenciários. Da leitura desse artigo se depreende, textualmente que a previdência atenderá, nos termos da lei, a, em seu inciso II: proteção à maternidade, especialmente à gestante. Logo, se tal artigo, modificado pela emenda nº 20 não se refere a salário e sim a benefício, é encargo da previdência a proteção à maternidade. Para resolver esse paradoxo, o ministro propõe o seguinte:

"(...) não há qualquer lesão aos direitos constantes do art. 7º, antes os direitos do inciso XVIII daquele artigo podem ser entendidos como cumulativos com o 201, II da Constituição, não se trata de normas nem excludentes entre si e nem de normas de convivência incompatível. Os direitos, na hipótese, terão idêntico fato gerador, a gestação e a maternidade, e estes direitos podem até ser

⁹⁷ ADI 1946-5, p.78.

cumulativos ou complementares, mas não são incompatíveis e cada um tem o seu próprio regime, conforme seja previsto no art. 7º, XVIII ou no 201, II.”⁹⁸

Num esforço para se compreender o raciocínio do ministro, o que ele parece propor é uma aplicação híbrida da licença-maternidade, que não ficará nem completamente ao encargo do empregador nem da previdência.

Para fechar seu raciocínio, ele dirá ainda que não se pode falar em afronta ao inciso II do 201, pois este trata tão-somente de *proteção*, não fazendo referência ao modo como o amparo deve ser pago. Assim não há inconstitucionalidade no teto de 1.200 reais impostos como sendo de obrigação da previdência, e o que sobejar, fica ao encargo do empregador. Como último argumento diz que o artigo 201 não se trata de cláusula pétrea, podendo assim ser modificado.

Em relação à portaria, diz que: “(ela) compreende um conjunto de normas internas da Administração Pública, que visa a orientar seus hierarquizados na execução de determinados atos administrativos, seus efeitos atingem apenas a Administração Pública”. Sustenta assim a *auto-aplicabilidade da emenda nº20*, que prescinde da referida portaria, que segundo ele só tem serventia como norma interna para a Administração Pública. Ela não atua como lei, já que não criou nada diferente do que a emenda havia feito, de modo que não é cabível controle de constitucionalidade⁹⁹.

Antes de se passar à análise individual dos votos dos ministros nessa ADI, é possível retirar algumas conclusões em relação às defesas, que representam a voz do legislativo, da emenda nº20.

⁹⁸ Idem, p.85.

⁹⁹ ADI 1946-5, p.87. Não fica claro o porquê de uma norma auto-aplicável necessitar de portaria regulamentadora.

Em relação à forma de se argumentar, pode-se dizer que há uma semelhança com aquela dos próprios ministros do STF: utilização de doutrina favorável à posição que se sustenta, levantamento de decisões do próprio tribunal que se acredita concorrer a favor do que se sustenta. Nem sempre o raciocínio é o mais transparente, requerendo redobrada atenção do leitor para se compreender o que se diz.

Substancialmente, a preocupação que os guia é a necessidade de redução dos gastos públicos, particularmente no que toca à necessidade de reduzir gastos com a previdência. Trata-se de preocupação legítima, com implicações sérias. A crítica que se faz aqui é que em nenhum momento, em nenhum dos três pareceres apresentados, faz-se referência a dados numéricos (contas da previdência), ao quanto se precisa reduzir nos gastos. Nem tampouco justificam satisfatoriamente o porquê de se contrariar o entendimento, conseguido após muito tempo¹⁰⁰, de que agora o empregador também deverá se responsabilizar pelo salário-maternidade, antes visto como um benefício, e não uma figura híbrida a encargo tanto do empregador como da previdência como sustenta Waldeck Ornélas.

Seria de se esperar dos representantes do legislativo e da posição do governo, mais do que a afirmação de que é necessária redução dos gastos da previdência. Ora, isso é o que todos dizem. Caberia a esses representantes saírem da abstração e do senso-comum e tentar provar suas posições mais do que com retórica. Não se está dizendo que não é sustentável o que dizem, mas a falta de comprovação numérica das afirmações que fazem, por exemplo, diminui sua aceitabilidade.

Passaremos agora à análise dos votos dos ministros nessa ADI 1.946-5.

4.2 Voto do relator Sydney Sanches

¹⁰⁰ V. nota 29.

Primeiramente o ministro diz que portaria não pode regulamentar norma constitucional, muito menos a emenda nº20 que é auto-aplicável. Regulamentação da constituição, quando necessária, se faz por lei e não por ato administrativo do poder executivo. A portaria em questão, portanto, só pode ser interpretada como de eficácia interna, de modo que não está sujeita ao controle de constitucionalidade.¹⁰¹

Além dos artigos suscitados pela autora como aqueles violados¹⁰² pela emenda, o ministro levanta outros: o art. 6º, que diz quais são os direitos sociais, estando entre eles a previdência social e a proteção à maternidade, além do art. 201, III na redação original da CF, que após a emenda passou para o inciso II.

A pergunta que o ministro se põe é a de se a proteção à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, é um puro e simples encargo trabalhista, ou se em substância, tem caráter previdenciário, e se há um valor limite pelo qual a previdência social se responsabiliza, cabendo ao empregador cobrir o valor restante. Ele procura averiguar, portanto, a possibilidade de ocorrer aquilo que se sustentou nas informações do senado e do ministro Waldeck Ornélas, e também se é sustentável o pedido da inicial.

Para responder a tal questionamento, o ministro recorre a um parecer de Marly A. Cardone, Livre-Docente e Professora-Assistente-Doutora de Direito do Trabalho pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e pela Universidade de São Paulo, parecer este encaminhado pelos representantes do autor da ADI (o PSB). O seu voto é praticamente composto por esse parecer, que faz evolução histórica da licença-maternidade, à qual o ministro dará grande importância.

Marly A. Cardone parte de uma análise da legislação ordinária, passa pela análise dos tratados internacionais que regulam o assunto para chegar até a análise da CF/88 e concluir que o salário-maternidade é benefício

¹⁰¹ Não se pode negar que, de eficácia interna ou não, o que temos é uma norma constitucional sendo regulamentada por portaria.

¹⁰² Cf., p. 37 supra.

previdenciário, que não mantém relação alguma com o trabalho, de modo que em nenhuma hipótese se pode considerá-lo ônus do empregador¹⁰³. O que este faz é apenas adiantar à empregada o valor de sua remuneração, recompensando-se quando do recolhimento de suas contribuições ao INSS (art. 72 da Lei 8.213/91). O fato de o Brasil ter aderido a tratados internacionais que asseguram o salário-maternidade como benefício previdenciário, transforma-o em um direito de natureza especial, ainda mais se levando em conta o § 2º do art. 5º da CF/88, que diz que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes de tratados internacionais de que o Brasil seja parte.

O inciso XVIII do art. 7º tem toda uma construção histórica que dá um direito subjetivo à mulher em relação ao Estado. Além disso, ele sofre desconto para a previdência, o que não afeta qualquer outro benefício previdencial.

O ministro Sydney Sanches diz não chegar às mesmas conclusões da parecerista, mas em nenhum momento menciona em qual aspecto não concorda com o parecer que ocupa quase todo seu voto. O que ele afirma vai no mesmo sentido do parecer:

¹⁰³ “Em razão de convincentes ponderações doutrinárias (...), do inconformismo dos empregadores e das mulheres, especialmente manifestado na década de 1970 (declarada pela ONU a Década da mulher) o legislador brasileiro transferiu o ônus do pagamento do salário para a previdência social pela Lei 6.136, de 7-11-1974, criando uma fonte especial de custeio de 0,3% sobre a folha de salário-contribuição. Desta forma, empresas com trabalhadoras mulheres ou não, contribuíram igualmente, impedindo que aquelas que empregassem mais mão-de-obra feminina fossem mais oneradas. Distribui-se o custo do salário-maternidade por toda a sociedade, para evitar discriminação no emprego de mulheres.

Com isto, atendeu-se ao preceituado pela Convenção 103 da OIT, ratificada pelo Brasil via decreto 58.820 de 14-7-66, (...). ‘Em hipótese alguma deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega’.

A Lei 7.787, de 30-6-89 englobou numa só porcentagem de 20%, incidente sobre o total da remuneração paga a todos os empregados, a contribuição do empregador para financiamento do salário maternidade.

A Constituição Federal de 1988 (CF/88), no art. 6º, declara como direito social ‘... a previdência social, a proteção à maternidade e à infância...’.

No art. 7º, n. XVIII, assegura ‘licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias’”. ADI 1946-5, p.103.

“Não podia ignorar, o constituinte de 1988, o caráter previdenciário desse direito, em face de sua própria história, quando, no art. 201, III, na redação originária, estabeleceu que a proteção à maternidade, especialmente à gestante, se faria, nos termos da lei. Com isso não excluiu que tal proteção se fizesse nos termos também da própria Constituição, em face de seu, já referido, art. 6º”.¹⁰⁴

Sydney Sanches diz em certo momento de seu voto que “já há notícia de que, em certo Estado da Federação, salvo engano, o Rio Grande do Sul, o desemprego da mulher até aumentou, provavelmente por efeito da interpretação que vem sendo dada à norma constitucional em questão”.¹⁰⁵ Veja que seria um argumento muito forte para a conclusão do ministro se ele tivesse buscado comprovar a afirmação feita, mas ele não passa do *provavelmente* e do *salvo engano*, o que faz com que perca muita força um argumento que poderia ser de grande relevância.

O ministro relator utiliza-se ainda de um artigo, publicado no Estado de São Paulo em 13.04.1999, de um pesquisador da FIPE e Professor da Faculdade de Economia e Administração da Universidade de São Paulo (FEA USP), José Pastore, que comenta a emenda nº20 e chega a algumas conclusões importantes na argumentação do ministro. Elas são as seguintes: o Brasil encontra-se entre os países com um sistema previdenciário consolidado, orientando-se pelas Convenções 3 e 103 da OIT, que atribuem ao Estado a responsabilidade do pagamento do salário-maternidade; de 21 países que remuneram licença maternidade pesquisados por Pastore, 19 deles o fazem por meio da previdência; não é possível que os parlamentares que aprovaram a Emenda tenham desejado adicionar mais um fardo na longa lista de encargos trabalhistas e previdenciários que gravam as empresas brasileiras; um

¹⁰⁴ ADI 1946-5, p.113.

¹⁰⁵ ADI 1946-5, p. 117.

dispositivo tal como o art. 14 da EC/20 contribuirá para aumentar demissões, dificultar admissões e acentuar o achatamento salarial das mulheres.

Diante disso (conclusões retiradas a partir da análise que o ministro faz do parecer e do artigo), para o ministro, não é possível de se presumir que o legislador constituinte derivado na EC/20, em seu art. 14 tenha pretendido a revogação, mesmo que implícita do art. 7º, XVIII da CF originária. Na falta de norma constitucional derivada que revogue esse inciso, a pura e simples aplicação do art. 14 da emenda em análise implica um retrocesso histórico de mais de 25 anos em matéria social-previdenciária, o que não pode se presumir que tenha sido desejado. Em outras palavras, o legislador constituinte derivado não pode ter querido a aplicação desse art. 14 em relação à licença-maternidade, de modo que a previdência só seria responsável pelo pagamento da quantia de 1.200 reais, o resto ficando ao encargo do empregador. É com base nisso que o ministro dará interpretação conforme ao art. 14 da EC/20, de modo que ela não abranja a licença-maternidade prevista no art. 7º inc. XVIII.

Assim, Sydney Sanches dá interpretação conforme com eficácia *ex tunc* ao referido artigo da emenda. Acolhe, portanto, o pedido alternativo do autor, o qual, no entanto, não falou em “interpretação conforme”, mas sim em “interpretação restrita”. Disso o ministro concluiu que autor se referia àquela.

Quanto à conclusão que ele chega, não há nenhuma incoerência interna. No entanto, tendo analisado as informações do Senado e do Ministro da Previdência, vê-se que a intenção deles era sim a de que a previdência só se responsabilizasse pelo salário-maternidade até o valor de 1.200 reais. O ministro diz que a intenção do constituinte derivado só pode ter sido a não incidência do art. 14 da EC/20 em relação ao salário-maternidade, ou seja, o contrário daquilo.

Não há uma discussão transparente e sincera, na qual se contradiz os argumentos do legislador claramente, dizendo-se porquê se discorda deles

neste ou naquele aspecto. A argumentação do Senado e a do Ministro da Previdência é trazida no relatório, mas é como se ela não estivesse presente, pois nem no voto de Sydney Sanches, *nem no dos outros Ministros* analisa-se as idéias do constituinte seriamente passando-se a contrariá-las em seguida. *Antes se prefere dizer que seu desejo (do constituinte) é aquele que na verdade é o da Corte.* Qual o benefício de se fazer isso? Aparentemente, a Corte¹⁰⁶ quer evitar um choque frontal com o constituinte derivado, já que ela diz que o desejo deste é aquele baseado na aplicação constitucional do art. 14 da Emenda, ou seja, não incide em relação ao salário-maternidade.

O constituinte derivado é sim, no entanto, frontalmente contrariado, pois como se viu, sua intenção era desonerar a previdência, dentre outras coisas, a partir da redução de gastos com a licença-maternidade. A corte, com esse seu modo de decidir, acaba por, não só contrariar o constituinte derivado, mas ignorá-lo em sua argumentação, na medida em que não se debate ponto a ponto os argumentos levantados pela constitucionalidade da emenda, dizendo-se claramente o porquê do erro do constituinte derivado.

Seja a corte vista como fórum do princípio, onde uma melhor interpretação, através de uma melhor leitura da Constituição é buscada, seja como agência recursal na qual o que existe é somente um prolongamento do procedimento, que pode ser útil na garantia de controle de um poder estatal pelo outro (sem, no entanto a garantia de uma melhor leitura), a corte ao decidir dessa forma prejudica o debate democrático. Aqui, utilizando-se das expressões de Dworkin, nem clareza nem sinceridade podem ser encontradas. É interessante ter em mente as considerações desse autor sobre uma corte constitucional como um fórum de princípio, pois, com base no que se analisou até aqui e no que ainda será analisado, o Tribunal parece se posicionar como

¹⁰⁶ Até aqui só se analisou o voto do relator do caso, mas é possível falar em "decisão da corte", pois como se verá a posição dos outros ministros é substancialmente a mesma quando encaram sua própria interpretação como sendo a do constituinte derivado.

sendo um verdadeiro fórum do princípio, como aquele caracterizado por esse autor.¹⁰⁷

Ainda outra análise desse voto: o ministro relator, como se viu, dá interpretação conforme ao art 14 da emenda, de modo a que não incida, apenas no que se refere à licença-maternidade. Será aplicado, portanto, nas outras hipóteses do art. 201 da CF/88, como se depreende da leitura desse art. 14, ainda resta, portanto constitucionalidade nele. O que parece corroborar para que o ministro interprete conforme está em certo trecho em que diz não ter havido norma constitucional derivada revogadora do art. 7º, inc. XVIII, assim “a pura e simples aplicação do art. 14 da EC 20/98, de modo a torná-la insubsistente, implicará retrocesso histórico de 25 anos, em matérias social-previdenciária, *que não se pode presumir desejado*”.(grifei) Essa leitura nos leva a pensar que é possível para o Ministro, que o referido inciso seja revogado, e se ele pode ser revogado, não é cláusula pétrea. Por que então um inciso que poderia ser revogado em sua inteireza, não pode ser nem ao menos modificado, como tentou fazer o constituinte derivado? A interpretação que se pode dar ao raciocínio do Ministro é a de que haveria uma incoerência textual na CF/88, se se aplicar o art. 14 da emenda à licença-maternidade, sem que se revogue o inc. XVIII do art 7º.

Assim, em última instância, o problema da previdência não estar encarregada sozinha pelo salário-maternidade,¹⁰⁸ não seria substancial, já que se o constituinte derivado quisesse teria revogado o inciso da Constituição que o garante, mas já que não fez isso, não pode desejar modificar a aplicação que o Tribunal entende que a Constituição original requer que seja feita (com base nos arts. 7º e 201º), que é aquela em que a previdência não divide o encargo com o empregador.

¹⁰⁷ Das três decisões analisadas, essa é a que mais nos permite dizer isso, mas de uma forma geral, não teríamos dúvida, como se verá na conclusão de observar uma tendência no STF de se posicionar como defensor de direitos e “fórum do princípio”.

¹⁰⁸ Os ministros não fazem distinção entre licença e salário – maternidade, razão pelo qual se está utilizando ambas expressões com o mesmo significado.

É difícil, portanto, negar, que esse trecho do voto do ministro pode levar a uma incoerência, pois sua defesa do salário-maternidade parece ser substancial.¹⁰⁹ Trata-se de uma garantia fundamental da gestante, é essa a mensagem que quer passar o ministro. Assim, dizer que o inc. XVII do art. 7º pode ser revogado, parece ser uma incoerência.

Nos outros votos que não serão analisados, a preocupação maior é com a portaria, eles não entraram com profundidade na discussão da constitucionalidade da emenda em si, já que se está no julgamento da Medida Liminar. Ressalta-se, todavia, que quando do julgamento definitivo da ADI, não se volta à discussão da constitucionalidade, apenas reitera-se o que já foi dito, nada de novo acrescentou-se. Revela-se assim, que efetivamente, apenas o ministro-relator e o ministro Nelson Jobim, como vemos, analisaram o referido art. 14. O posicionamento substancial da corte acabou por ser aquele do relator, que com exceção de Jobim, não apresenta outros fundamentos para acompanhá-lo.

4.3 Voto do Ministro Nelson Jobim

O voto do ministro Nelson Jobim merece análise em separado. Ele entra na discussão de mérito e traz algumas idéias novas ao debate. Ele diz não concordar com determinados fundamentos de Sydney Sanches.

Com base nos arts. 7º, XVIII e 201, II da CF, não é possível definir quem é o sujeito passivo da obrigação de pagar o salário-maternidade. Mas o ministro não avança em dizer se se trata de um direito previdenciário ou não. Para ele, tem-se um direito subjetivo do trabalhador, e isso basta.

¹⁰⁹ Trecho que nos permite dizer isso é, p.e., o seguinte: ao falar sobre a Previdência responder por apenas 1.200 reais, por mês, durante a licença da gestante, o Ministro diz: "Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F./88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal".

Faz um resumo da evolução legislativa da matéria, frisando que houve uma opção do legislador brasileiro de que a licença-maternidade seria uma obrigação previdenciária. Ele diz que o direito é trabalhista, decorre da relação de trabalho. Foi por opção da legislação brasileira e por determinação da OIT que passamos a ter obrigação de natureza previdenciária, desvinculando-se assim a obrigação de pagar do empregador, como fora outrora. Isso, tendo em vista as conseqüências do benefício na participação da mulher no mercado de trabalho. Veja que o Ministro diz que não iria analisar se o salário-maternidade tratava-se de direito previdenciário ou não. Mas ele acaba por dizer que se trata de direito trabalhista, que foi apenas por opção do legislador que se torna obrigação da previdência. Todavia, concorda com as razões pelas quais se fez isso.

Utiliza-se de levantamentos feitos pelo economista norte-americano, ganhador do Prêmio Nobel, Paul Samuelson, em seu livro "Macro Economia", para dizer que havia uma discriminação no mercado de trabalho em relação às mulheres, dentre outras coisas, pela tendência que elas têm de interromper suas carreiras para terem filhos. No final de seu voto relacionará essa discriminação à necessidade de não se aplicar o art. 14 à licença-gestante.

A partir daí o Ministro inicia um discurso acerca de decisões tomadas pela Suprema Corte dos EUA consideradas, por ele, ações afirmativas. Em suas próprias palavras:

"Peço licença à Corte para trazer, inclusive, como fundamento do meu voto, decisões da Suprema Corte Americana.

No caso 'Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954)', A Suprema Corte impôs às autoridades escolares o princípio da não-discriminação racial.

Essa decisão serviu de modelo para as 'affirmative actions'.

Afirmou o princípio da igualdade racial.

Após, em 1971, a Suprema Corte Americana assume as 'affirmative action'.

É o caso 'Griggs v. Duke Power Co, 401 U.S. 424'.

A empresa Duke Power, através dos jornais, convidou interessados para testes, com a finalidade de admissão em seus quadros.

A empresa exigia que os pretendentes apresentassem determinada graduação universitária ou se submetessem a teste de inteligência, como condição do emprego.

A corte americana entendeu que, no caso, eram artificiais, arbitrárias e desnecessárias as exigências.

A Corte americana entendeu que era contrária à Constituição americana a discriminação que as exigências do edital causavam.

Afirmaram, mais, que era irrelevante a intenção da empresa.

Está certa a Corte.

O que importa são as conseqüências de fato.

Se produz, ou não em concreto a discriminação proibida.

Não importa qual seja a intenção".¹¹⁰ (grifei)

A preocupação do ministro é com a discriminação à mulher que pode ser gerada pela aplicação da emenda 20. Ele diz que a regra trazida por ela é aparentemente neutra, mas produz discriminação não desejada pelo próprio legislador. Mais uma vez vemos a atribuição de um entendimento que é do próprio ministro ao constituinte derivado.

O voto de Nelson Jobim vai mais longe. É concluído de forma a colocar o STF não como simples reconhecedor de que o salário-maternidade é uma obrigação da previdência, mas como verdadeiro promotor de uma ação

¹¹⁰ ADI 1946-5, pp.139-140.

afirmativa. Ele também dá interpretação conforme ao art. 14 da EC nº20, que assim não se aplica à licença-maternidade. Para ele, trata-se de uma discriminação positiva, que “introduz tratamento desigual para produzir, no futuro e em concreto, a igualdade”.¹¹¹

Todo seu voto tem como preocupação a discriminação que a aplicação indevida, e indesejada, segundo o ministro, pelo legislador (constituente derivado), da Emenda pode levar.

Ao tribunal caberia, segundo seu voto, a melhor leitura desse dispositivo constitucional e impedir que a discriminação ocorra. Parece ser isso que Nelson Jobim tenta fazer, pois qual não é sua intenção ao buscar como fundamento (e ele mesmo diz isso) de seu voto decisões famosas da Suprema Corte norte-americana, que a fizeram conhecida por seu ativismo judicial, em momentos que contrariou francamente posições governamentais tomando decisões consideradas progressistas, liberais e com forte impacto social? Nelson Jobim parece se comparar a Suprema Corte dos EUA *quando ela* se considerou um fórum do princípio, na leitura de Dworkin, o que justifica a análise que se passa a fazer a seguir.

O ministro parece enxergar a Constituição como sendo aquela de princípios¹¹², sobre a qual Dworkin fala. A Suprema Corte dos EUA ao tomar

¹¹¹ ADI 1946-5, p.141.

¹¹² Dworkin fala da Constituição de princípios no *Domínio da vida*, quando discute o drama constitucional. Qual constituição os EUA têm, é a pergunta que ele se faz: “podemos interpretar essas cláusulas da Declaração de Direitos e Garantias de duas maneiras diversas. Na verdade, podemos criar duas Constituições muito diferentes a partir delas. Primeiro, podemos interpretá-las como ordens abstratas que exigem que o governo norte-americano respeite os princípios mais fundamentais de liberdade e decência política e que trate todos os cidadãos com igual consideração e respeito. Em seguida, podemos criar *uma Constituição de princípios que estipule critérios morais, de grande alcance geral, que o governo deve respeitar, mas que deixe a cargo dos estadistas e juízes decidir o que esses critérios significam em circunstâncias concretas.* Segundo esse modo de ver a Constituição, o verdadeiro significado das cláusulas de processo legal justo e de igual proteção irá depender da melhor e mais exata compreensão da liberdade e da igualdade.

Ou podemos interpretar a declaração de Direitos e Garantias de maneira muito diferente, como se apenas exprimisse as expectativas muito específicas e concretas dos estadistas particulares que as redigiram e votaram por elas”. E Dworkin revela sua opinião: “Se interpretarmos assim (deste último modo) a Declaração, criaremos uma Constituição de *detalhes*

essas e outras decisões, como *Roe vs. Wade*¹¹³, nem sempre populares, encarou as cláusulas constitucionais como cada uma sendo abstrata a seu modo, que fazem uso de conceitos que não pertencem à linguagem jurídica, não sendo extraídos da economia ou outro ramo das ciências sociais, mas sim do uso moral e político. Conceitos como esse são, por exemplo, “liberdade”, “autodeterminação”, “igual”.¹¹⁴ Ressalta-se que foi a Suprema Corte que apoiou essa “Constituição nobre”, ela a admitiu ao tomar decisões como as que Nelson Jobim cita¹¹⁵.

Busca-se a melhor interpretação fundada em um juízo moral, fundado no argumento de princípio, aquele que “não se fundamenta no balanceamento de interesses contrapostos, em critérios para a distribuição de recursos dentro da comunidade, na vontade da maioria, como o de *policy*, mas na consideração abstrata do indivíduo como sujeito moral”.¹¹⁶

Não haveria mal em se fazer esse tipo de interpretação. Mas é preciso se ter em mente que ela traz grande responsabilidade a um tribunal que a assuma, e não pode ser feita de forma disfarçada. O ministro aqui se coloca

– um conjunto de pontos de vista históricos independentes que provavelmente não terão grande unidade, ou mesmo total coerência”. pp.166,167. Dworkin sabe que a primeira forma de se encarar a constituição concede grande poder aos juizes, e *que estes chegarão a um consenso em questões difíceis e profundas de moral política que filósofos, estadistas e cidadãos debatem a séculos sem perspectivas de obter um consenso*. Ele sabe da desconfiança popular que uma Constituição de princípios pode gerar, e o questionamento sobre o seu caráter anti-democrático, mas acredita que essa desconfiança e questionamento estão mal colocadas: “a Constituição norte-americana, entendida como uma Constituição de princípios, provê uma forma de governo melhor do que qualquer outra em que as subdivisões governamentais do legislativo e do executivo sejam juridicamente livres para desconsiderar princípios fundamentais de justiça e decência. Uma Constituição de princípios, colocada em prática por juizes independentes, não é anti-democrática”. DWORKIN, Ronald. *O domínio da vida: aborto eutanásia e liberdades individuais*. Martins Fontes: São Paulo, 2003, pp.166, 167,172.

¹¹³ Analisada por Dworkin em *O domínio da vida*, especialmente, pp.141-207.

¹¹⁴ *O domínio da vida*, p.168.

¹¹⁵ Cf. *O domínio da vida*, p.171. Outro trecho elucidativo sobre essas decisões: “Em 1954, por exemplo, no caso Brown contra Board of Education, o Supremo Tribunal determinou que a segregação racial nas escolas públicas era inconstitucional. Ao fazê-lo, portanto, declarou ilegal um importante fundamento da estrutura social de um vasto segmento do país. Nas quatro décadas transcorridas desde esse famoso caso, o tribunal tomou um número enorme de outras decisões importantes e de conhecimento público. Desenvolveu um arsenal de armas jurídicas contra outras formas de preconceito e discriminação raciais. Declarou ilegais a prece e os serviços religiosos nas escolas públicas. Criou uma rede de proteção para os acusados e condenados por crimes. E, em 1973, decidiu o caso *Roe contra Wade*”. *O domínio da vida* p.168.

¹¹⁶ *Democracia e controle de constitucionalidade*, p.40.

(colocado na verdade o próprio tribunal) como um verdadeiro fórum do princípio, não se preocupando com o argumento da maioria parlamentar, mas sim com o que entendem ser a melhor proteção à mulher trabalhadora nesse caso, mas ao fazer isso, não diz que esta é a sua posição, trata-se apenas da verdadeira vontade do legislador, é o que dizem os ministros. Não podemos considerar isso sinceridade e transparência. Basta que se olhe para o discurso do legislador presente no voto do relator para ver qual sua verdadeira intenção.

Considerar-se claramente como fórum do princípio, por si só já coloca uma Corte em situação delicada, como o próprio Dworkin revela. O que vemos nesses dois votos, sendo algo nítido no de Nelson Jobim é que a corte faz uma coisa dizendo que faz outra. Decide por princípios, mas dizendo que na verdade é da intenção do legislador que se trata. Tratam a constituição como se fosse aquela de "detalhes"¹¹⁷ que pretende diminuir a responsabilidade do juiz-intérprete, pois aparentemente é mais segura, voltada apenas a dizer qual a vontade do constituinte originário.

Dworkin defende a constituição de princípios com todas as dificuldades que traz. Mas a eficácia do controle de constitucionalidade (quando esse tipo de constituição é revelada através do posicionamento do tribunal) sinceridade, transparência e um modo não disfarçado de decidir se fazem imprescindíveis. Além disso, esse autor conta sempre com a idéia de que *há uma comunidade jurídica e uma opinião pública a observar cada passo do tribunal constitucional, especialmente quando este decide questões de alto nível de desacordo, através de uma leitura moral da constituição*. É preciso que se cobre coerência, transparência e sinceridade do nosso tribunal. Não porque esse ou aquele autor crê que seja bom, mas porque o debate democrático ganha. Para termos uma argumentação mais sólida, e uma interpretação menos passível de questionamento da CF/88.

¹¹⁷ Cf. nota 112.

A utilização de Dworkin nessa análise justifica-se, pois além do trabalho ter proposto um debate com a teoria quando isso fosse possível, no posicionamento dos ministros nesse acórdão pode-se enxergar defesa de argumentos morais tal como esse autor caracterizou, e não argumentos de *policy*, que se pode dizer que tenham sido utilizados pelo legislativo. Nelson Jobim, além disso, ao trazer como fundamento de seu voto decisões importantíssimas da Suprema Corte dos EUA, com todas as implicações que trouxeram, nos autoriza a buscar uma análise apoiada em um autor que estudou tais decisões sabendo quais as conseqüências em apoiá-las. Diga-se mais uma vez: foi o próprio ministro que se utilizou de fundamentos da Suprema Corte para justificar seu voto. Não podemos ignorar as implicações que isso traz.

5. Exposição da ADPF¹¹⁸ 54 (aborto de feto anencéfalo) – questão de ordem

Da ADPF 54 serão analisados os votos do ministro Gilmar Mendes e da ministra Ellen Gracie. Trata-se da questão de ordem, portanto os ministros não discutem o aborto em si, e sim, assunto relevante para o presente trabalho. Em ambos os votos os ministros analisam o próprio controle de constitucionalidade, até onde ele deve se estender, o que se comunica diretamente com a discussão: até onde vai a atuação do legislativo e até onde vai a do tribunal? Nessa ADPF teremos duas respostas diferentes em cada um dos votos.

O caso chegou no STF através da propositura de ADPF pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), no primeiro

¹¹⁸ A ADPF está prevista no art. 102, §1º da CF, que prevê sua regulamentação em lei. Tal lei foi criada em 1999 (Lei 9882): “**Art 1º** A Arguição prevista no §1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou evitar reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental: I –Quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”. Outra disposição importante da lei esta no §1º do art. 4º: “Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio de sanar a lesividade”.

semestre de 2004. Na petição da ADPF sustenta-se, na verdade, não se tratar de hipótese de aborto, já que a vida extra-uterina é inviável¹¹⁹. Os seguintes preceitos são tidos como aqueles fundamentais que estão sendo violados: art. 1º, IV (dignidade da pessoa humana), art 5º, II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade) e os arts. 6º, caput, e 196 (direito à saúde). Como ato lesivo do Poder Público (uma das justificativas para o ajuizamento de uma ADPF) tem-se os artigos 124, 126 caput, e 128, I e II, do Código Penal.

A autora da petição diz que são violados aqueles preceitos devido à aplicação que se faz dos referidos artigos do Código Penal por diversos juízes e tribunais no sentido de proibir a “antecipação terapêutica do parto” nos casos de fetos anencefálicos. Tendo em vista isso, pede-se a interpretação conforme de tais dispositivos penais. No pedido cautelar requereu-se a suspensão do andamento dos processos ou efeitos de decisões judiciais que apliquem o disposto no Código Penal acerca do aborto de forma a impedi-lo em caso de fetos anencéfalos.

O ministro Marco Aurélio, relator do caso, deferiu liminar favorável à CNTS em 01.07.2004. Em 20.10.2004 a análise da questão preliminar processual foi levada a plenário, quando os ministros revogaram a liminar devido ao entendimento de que a questão processual ainda era nebulosa entre eles. Após o relator ter se manifestado pelo prosseguimento da tramitação da ADPF, houve pedido de vistas pelo ministro Carlos Ayres Brito. A discussão foi trazida a plenário novamente em 27.04.2005, quando finalmente, por 6 voto a 5 foi admitido o uso da ADPF. A discussão sobre o mérito ainda não aconteceu e para efeitos desse trabalho, não é a que mais nos importa.

¹¹⁹ “A anencefalia é a anomalia mais freqüente entre os defeitos de fechamento do tubo neural. Implica ausência dos hemisférios cerebrais (néocortex) e da estrutura óssea do crânio. (tradução livre)” Pedro Frederico Hoft. “Anencefalia e interrupción del embarazo: una visión integradora a la luz de la bioética y los derechos humanos”, In: Victor Bazán (org), *Defensa de la Constitución, garantismo y controles*. Editorial Ediar: Buenos Aires, 2003: 315-343. Tal deformação manifesta-se entre a segunda e a terceira semana da gestação e impossibilita a vida extra-uterina.

5.1 Voto da ministra Ellen Gracie

A preocupação da ministra é efetivamente com a adequação do meio processual ao caso. Ela discute o instituto em si da ADPF, deixando de lado “a passionalidade com que são defendidas as posições favoráveis e contrárias ao abortamento”.¹²⁰ Ela reconhece ser esse um importante momento de conformação de um novo instrumento de controle de constitucionalidade, o que não ocorre com todos os ministros, já que vários discutem o mérito na questão de ordem, em detrimento da discussão processual.¹²¹

Ellen Gracie identifica de início o seguinte: o caso traz à tona a necessidade do tribunal dar forma à figura da ADPF, o que implica discricionariedade do tribunal na configuração do instituto e, por conseqüência, grande responsabilidade.

Ela enxerga que a ação proposta pela CNTS pretende fazer com que o tribunal insira uma terceira hipótese de exclusão de ilicitude ao aborto, já que o Código Penal prevê expressamente apenas duas¹²², o que ela chama de

¹²⁰ ADPF 54, p. 2 voto de Ellen Gracie.

¹²¹ É interessante notar, que dos votos disponíveis dessa ADPF (que além dos aqui estudados são os votos dos ministros: Carlos Britto, Carlos Velloso, Joaquim Barbosa – os três deferiram a liminar) apenas a ministra Ellen Gracie e o ministro Gilmar Mendes discutem a questão processual em si, o que é feito de forma superficial nos outros votos. Apesar de se tratar da Questão de Ordem para discutir a questão processual, na maior parte dos votos disponíveis o que se observa é que os ministros julgam o mérito da causa, discutem o aborto e não a ADPF. É de se elogiar o esforço dos ministros que realmente discutem a questão processual e do controle de constitucionalidade em si: para isso que se levantou a necessidade de uma questão de ordem, é nesse momento que os ministros poderiam mostrar seu posicionamento acerca de pontos ainda indefinidos no Supremo Tribunal sobre o controle em si. Talvez por posicionamentos como o que a ministra toma nesse caso é que ela seja considerada “legalista, metódica, conservadora e pragmática”, como é a descrição da revista *Análise Jurídica* sobre ela. Aqui, no entanto, ao menos no que se refere a esse caso, é de se elogiar sua postura (mesmo que não se concorde com ela), de levantar uma discussão de suma importância para o tribunal, a despeito de não discutir o aborto em si, em suas palavras: “é fundamental tentar esquematizar o debate reduzindo ao mínimo a ingerência da polêmica que inflama a matéria de fundo para que – neste momento – nossa atenção se concentre exclusivamente na conformação do instituto novo. *Antes do controle de constitucionalidade propriamente dito, é preciso que a Corte proceda ao controle de passionalidade e coloque, de forma objetiva, o conteúdo da ação*”. (grifei) ADPF 54, p. 2 do voto de Ellen Gracie.

¹²² “Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

aborto sentimental, em caso de estupro e aborto terapêutico, em caso de risco de vida para a mãe, o que seria, sem dúvida, pretender que o tribunal atue legislativamente, o que não seria aceitável. Pede-se que o STF atue como legislador positivo, o que se trata de prática recusada nas demais formas de controle concentrado de constitucionalidade. É nítido para ela que a revisão judicial somente é utilizada para retirar do ordenamento normas em descompasso com a constituição, de modo algum oferecendo acréscimos ao ordenamento, o que seria *usurpação de competência dos outros dois poderes*.

Ela reconhece que:

“Circunstâncias há, porém, em que as disposições de inconstitucionalidade tornam necessário o preenchimento de lacunas criadas pela própria decisão. Por isso, fala-se em efeitos aditivos que podem ter as sentenças dos Tribunais constitucionais. São decorrências, *são efeitos periféricos ou colaterais de decisões preponderantemente ablativas* e que, ao declararem uma inconstitucionalidade, invalidam a situação de segurança jurídica que se baseara na presunção de legitimidade da norma ou ato administrativo, com base nas quais muitas relações se terão desenvolvido”.¹²³ (grifei)

A corte não poderia se antecipar em relação ao legislativo e decidir o que ele ainda não fez (há diversos projetos de lei no Congresso, segundo o voto, em tramitação no Congresso que prevêm a exclusão da ilicitude do aborto em outras hipóteses, como em casos de anomalias). Sua posição parece ser, portanto, a de não aceitar que o Supremo decida sobre qualquer outra possibilidade de exclusão de ilicitude para o aborto.

II – se gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”.

¹²³ ADPF 54, p. 3 do voto de Ellen Gracie.

Quanto à ADPF, temos o seguinte: primeiro pode-se dizer que a ministra acaba fazendo o próprio julgamento acerca da constitucionalidade da ADPF.¹²⁴ Seu raciocínio é construído com a ajuda de doutrinadores¹²⁵ contrários a instituição de tal instituto por meio de lei ordinária, que consideram inconstitucional a Lei 9882/99 quando dispõe sobre ele. Trata-se de ampliação irregular das competências do STF, na medida em que abre a possibilidade do tribunal revisar lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal anteriores à CF/88. Uma ampliação de competência do tribunal só poderia ser feita através de emenda. Ela identifica assim, vício formal na criação da ADPF.

Segundo Ellen Gracie, nosso sistema de controle de constitucionalidade já extremamente complexo e completo, que não deixa de fora da revisão qualquer possibilidade de afronta aos dispositivos constitucionais, não pode se afastar de algumas balizas lógicas que se construíram ao longo de sua evolução. Com base nisso ela conclui que além do vício formal do instituto, a possibilidade de contraste entre norma pré-constitucional e a constituição vigente está na contramão da lógica do sistema de controle brasileiro.

Ela é incisiva e não deixa dúvida quanto ao seu posicionamento:

“Parece-me profundamente antidemocrático pretender obter, por essa via tão tortuosa da ADPF, manifestação a respeito de um tema que, por ser controverso na sociedade brasileira, ainda não logrou apreciação conclusiva do Congresso Nacional, ainda que registradas tantas iniciativas legislativas em ambas as Casas. Não há o Supremo Federal de servir como ‘atalho fácil’ para a obtenção de resultado – a legalização da prática do abortamento – que os representantes eleitos do povo brasileiro ainda não se dispuserem a enfrentar”.¹²⁶

¹²⁴ Há a ADIn^o2.231 contra a lei regulamentadora do instituto da ADPF (Lei 9882/99) que ainda não foi julgada.

¹²⁵ Alexandre de Moraes e Sérgio Resende de Barros.

¹²⁶ ADPF 54, p. 10 do voto de Ellen Gracie.

Demonstra também preocupação com o aborto em si nesse trecho, mas deixando claro que a escolha cabe ao legislador:

“Entendo, Senhor Presidente, que a sociedade brasileira precisa encarar com seriedade e consciência um problema de saúde pública que atinge principalmente as mulheres das classes mesmo favorecidas. E deve fazê-lo por meio de seus legítimos representantes perante o Congresso Nacional, não, ao contrário, por via oblíqua e em foro impróprio, mediante mecanismos artificiosos que (...) acarretaria uma ruptura de princípios basilares, como o da separação de poderes e a repartição estrita de poderes entre eles”.¹²⁷

Podemos dizer que seu voto é claro e sincero na medida em que não resta dúvida quanto ao seu posicionamento.

A crítica que se pode fazer, e aqui não só ao voto de Ellen Gracie, já que se trata de prática recorrente no STF, como se viu nos votos das outras decisões analisadas, é quanto à utilização de doutrina no lugar da construção de raciocínio do próprio ministro acerca de determinada questão, no caso, Ellen Gracie faz uso da doutrina de Alexandre de Moraes, Sérgio Rezende de Barros e de Joaquim J. Gomes Canotilho, para fundamentar seu voto. Ao que parece, o uso da doutrina é feito da seguinte maneira: porquê determinado, ou renomado autor se posiciona dessa ou daquela maneira, eu ministro, também me posiciono, de modo a ter muito peso essa posição, ou seja, utiliza-se da doutrina como argumento de autoridade, e é isso que se critica aqui. Na conclusão do trabalho voltaremos a esse assunto, que se refere a todas as decisões analisadas e não apenas a essa.

¹²⁷ ADPF 54, p. 10 do voto de Ellen Gracie.

Outra questão muito relevante surge desse voto. Percebemos na postura de Ellen Gracie a intenção de impor limites mais acentuados ao poder de controle constitucional por parte do Tribunal. Sua postura se afasta daquela da maior parte dos outros ministros, que tendem a encarar sua função como proteção de direitos dentro de um verdadeiro fórum do princípio.¹²⁸ Sua posição se aproxima daquela de encarar o tribunal como uma agência de revisão, ao menos nesse voto, concordando com o seguinte:

“Enquanto agência de revisão, e não fórum do princípio a extensão de seu poder tem limites mais acentuados. (...) A revisão judicial não é a instância de proteção de direitos. É, na rede de faculdades de estatuir e de vetar da qual se serve a separação de poderes, um veto qualificado pela linguagem os direitos. Ainda que qualificado, não se pode dizer que deva prevalecer sobre a vontade do legislador”.¹²⁹

5.2 Voto do Ministro Gilmar Mendes

Para tal ministro a ADPF veio completar o sistema de controle de constitucionalidade de perfil relativamente concentrado no STF, já que inclui questões até então não apreciadas no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade. Já de início, portanto, Gilmar Mendes aceita o instituto, e a partir daí passará a tratar dos preceitos fundamentais identificados como cláusulas pétreas, que ensejariam processo e o julgamento da arguição de descumprimento.

¹²⁸ Basta lembrar dos votos de Sydney Sanches, seguido pelos outros ministros quanto à emenda nº20 (ouve divergências apenas quanto à portaria 4883) e de Nelson Jobim na ADI da licença- maternidade, ou ainda nos votos da ADI do IPMF, em que os ministros defendem com grande veemência o direito do contribuinte à anterioridade tributária (mesmo que ela não se efetivasse na prática naquela época, como se viu). Para confirmar o que dizemos, veja o seguinte trecho do voto de Carlos Velloso: *“As reformas constitucionais precipitadas, ao sabor de conveniências políticas, não levam a nada, geram insegurança jurídica e a insegurança jurídica traz a infelicidade para o povo”*. (grifei) ADI 939-7, p.276.

¹²⁹ *Democracia e controle de constitucionalidade*, p.135.

A amplitude conferida às cláusulas pétreas conjuntamente com a idéia de unidade da Constituição acabariam por colocá-la em grande parte sob a proteção das garantias fundamentais, que para o ministro, expressamente seriam: os direitos e garantias individuais (art. 5º, dentre outros), os princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, §4º, havendo ainda os “princípios sensíveis”, cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos estados membros (art. 34, VII).

Essa tendência poderia levar a um engessamento da ordem constitucional, impossibilitando mudança de maior significado no texto constitucional,¹³⁰ o que levaria à necessidade de interpretar restritivamente as cláusulas pétreas. Esse é um posicionamento que o Gilmar Mendes pretende combater, já que ele identifica nessa tendência, uma atuação no sentido não de uma interpretação restritiva das cláusulas pétreas, mas dos próprios princípios por elas protegidos,¹³¹ enfraquecendo-os assim, o que não é possível. Diz que: “Assim, parece recomendável que eventual interpretação restritiva se refira à própria garantia de eternidade sem afetar os princípios por ela protegido”. Ressalta-se que essa explicação tem por fundamento textos do autor alemão Otto-Brun Bryde, citados no voto.¹³²

Aparentemente os enunciados que constituem os princípios protegidos pelas cláusulas pétreas são despidos de significado, e o ministro dá como exemplo “separação de poderes”, “forma federativa”, “Estado de Direito Democrático”, “proteção da dignidade humana”. Somente no contexto de

¹³⁰ Vemos que não é outro o posicionamento do constituinte derivado e do executivo como se constatou das análises das informações prestadas nas ADIs do IPMF e da licença-maternidade. Cf., tópicos 3.1 e 4.1 supra.

¹³¹ Tal raciocínio parece um tanto quanto tautológico: ao se interpretar restritivamente as cláusulas pétreas, obviamente se está interpretando restritivamente os princípios por ela abarcados, caso contrário, o que se está interpretando de forma restrita? Não encontramos resposta para tal pergunta; cláusulas pétreas são os princípios nela incluídos, ou se se quiser, a interpretação dos princípios que ela pretende proteger, que como o ministro reconhece, colocam parte significativa da CF sob eles (princípios passíveis de serem protegidos como garantia fundamental).

¹³² Interessante destacar o seguinte trecho do referido autor citado no voto, se se tomar essa opinião como sendo a do próprio ministro: “E, fora do âmbito do direto eleitoral, dos direitos dos partidos políticos e dos chamados direitos fundamentais de índole política, *não há limite para a revisão constitucional do princípio da democracia*”, p.6 de seu voto.

determinado sistema constitucional é que se poderá dizer qual o significa e alcance de tais expressões.¹³³

Para Gilmar Mendes, portanto, somente através do estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência é possível identificar as disposições essenciais para a preservação dos princípios basilares dos preceitos fundamentais do sistema.¹³⁴

No caso em exame, o pedido funda-se naqueles princípios já descritos no resumo do caso, mas a existência ou não de violação desses preceitos só será objeto de apreciação quando do julgamento do mérito. Resta aguardar, portanto, a aplicação daquilo que o ministro expõe abstratamente nesse voto.

Quanto à possibilidade de controle concentrado do direito pré-constitucional, como permite a ADPF tal como previsto pela lei 9882/99, inciso I, §1º, Gilmar Mendes faz uma análise de como isso é possível na Cortes Constitucionais austríaca, alemã, portuguesa, espanhola para observar que com exceção da Corte Constitucional austríaca, todos os outros asseguram

¹³³ Citando Castro Nunes na Representação nº94/1947, Gilmar Mendes aprofunda-se naquilo que acredita que deva ser a interpretação de cláusulas pétreas: "a enumeração (das cláusulas pétreas) é taxativa, é limitativa, é restritiva, e não pode ser ampliada a outros casos pelo Supremo Tribunal. Mas cada um desses princípios é dado doutrinário que tem de ser examinado no seu conteúdo e delimitado na sua extensão. Daí decorre que a interpretação é restritiva apenas no sentido de limitada aos princípios enumerados; não o exame de cada um, que não está nem poderá estar limitado, comportando necessariamente a exploração do conteúdo e fixação das características pelas quais se defina cada qual deles, nisso consistindo a delimitação do que possa ser consentido ou proibido aos Estados". ADPF 54, questão de ordem, p. 8 do voto de Gilmar Mendes.

¹³⁴ Para o ministro é preciso ainda ter em vista as interconexões e interdependências dos princípios e das regras, de modo que talvez não seja recomendável proceder-se a uma distinção entre essas duas categorias, "fixando-se um conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional" idem, p.9. Não fica claro como a não distinção entre princípios e regras pode fixar um conceito extensivo de preceito fundamental, nem o que isso significa. Mas é de se estranhar que o ministro queira não distinguir princípios e regras, tendo em vista que se utiliza do princípio da proporcionalidade para resolver conflito entre princípios, utilizando-se de uma base teórica para fazer isso para a qual é imprescindível quando da aplicação de um enunciado normativo saber se é regra ou princípio. Para a aplicação mesma do princípio da proporcionalidade, tal como o ministro faz, não seria possível não distinguir regras e princípios. É exemplos de decisões nas quais Gilmar Mendes faz uso da proporcionalidade: HC 82.424 -2/RS (caso Ellwanger). Sobre a aplicação da proporcionalidade no STF cf., SILVA, Virgílio Afonso da. "O proporcional e o razoável". RT798/23-50. São Paulo, Ed. RT, 2002.

competência para aferir a constitucionalidade das leis pré-constitucionais em face da constituição vigente.

A CF/88 nada fala sobre o controle de leis pré-constitucionais, e a posição majoritária do STF era a de que conflito entre tais normas e a constituição deveriam ser resolvidas com base no postulado de que lei posterior derroga lei anterior (*lex posterior derogat priori*). Isso porque não faz sentido, segundo essa posição, que o legislador deva obediência a uma constituição que ainda não existe, de modo que só é possível fazer controle de constitucionalidade de atos normativos em relação à constituição sob a qual foram editados. Posição minoritária, lembrada por Gilmar Mendes, é a de Sepúlveda Pertence que enxerga o controle de constitucionalidade com algo atemporal e impessoal e que a inconstitucionalidade é o resultado de um juízo de incompatibilidade entre duas normas, sendo que não há qualquer idéia de culpabilidade ou responsabilidade do autor da norma questionada pela ilicitude constitucional. Assim, não faz sentido a idéia de não ser cabível o controle de leis anteriores à constituição vigente.

Gilmar Mendes diz que aplicar o princípio *lex posterior derogat priori* não é isenta de problema, já que tal postulado pressupõe idêntica densidade normativa, o que não ocorre na relação lei/constituição, e que, além disso, esse postulado está orientado para a substituição do direito antigo pelo direito novo, coisa a que a constituição não se destina.

Conclui o raciocínio dizendo que em caso de colisão de normas de diferente hierarquia, o postulado da *lex superior* afasta outras regras de colisão.¹³⁵Soma-se a esse argumento o de que para fins de controle de constitucionalidade incidental no âmbito do recurso extraordinário, com base no art. 102, II, "b" da CF, não há qualquer relevância o momento de edição da lei. Assim: "Diante de todos esses argumentos e considerando a razoabilidade

¹³⁵ Caso contrário, poder-se-ia, segundo ele, chegar ao absurdo de que a lei ordinária, enquanto lei especial ou *lex posterior*, pudesse afastar a norma constitucional enquanto *lex generalis* ou *lex prior*.

e o significado para a segurança jurídica da tese que recomenda a extensão do controle abstrato de normas também ao direito pré-constitucional, não se afiguraria despropositado cogitar da revisão da jurisprudência do STF sobre a matéria".¹³⁶

O ministro crê, assim, que a Lei 9882/99 veio possibilitar o exame de compatibilidade do direito pré-constitucional com norma da Constituição Federal apagando uma lacuna importante no sistema constitucional brasileiro. A ADPF é, portanto admissível quanto a levantar a necessidade de se fazer revisão constitucional de normas do Código Penal, de 1940.

Quanto à cláusula de subsidiariedade que a Lei 9882 prevê no §1º do art. 4º, Gilmar Mendes tem preocupação de que se faça uma leitura excessivamente literal, o que acabaria por retirar do instituto qualquer significado prático, já que de uma perspectiva estritamente subjetiva a ação somente poderia ser proposta se já se tivesse verificado a exaustão de todos os meios eficazes de afastar a lesão no âmbito judicial. Mas é preciso que se observe o caráter acentuadamente objetivo da arguição de descumprimento, de modo que o juízo de subsidiariedade tenha em vista especialmente os demais processos objetivos já consolidados nos sistema constitucional. Assim, cabível ADI não é admissível a ADPF. Isso leva a que este instituto sirva fundamentalmente para a revisão judicial de atos normativos anteriores à CF/88, já que em ADI não se questiona direito pré-constitucional, conforme entendimento do STF.

Gilmar Mendes ainda faz importantes considerações acerca do controle de constitucionalidade brasileiro de forma geral. Seu posicionamento é no sentido de que é inevitável *um reforço do sistema concentrado*¹³⁷, em

¹³⁶ ADPF 54, voto do Gilmar Mendes, p.25.

¹³⁷ Cita trecho de voto do Sepúlveda Pertence na ADC nº1: "a convivência entre o sistema difuso e o sistema concentrado não se faz sem uma permanente tensão dialética na qual, a meu ver, a experiência tem demonstrado que será inevitável o reforço do sistema concentrado, sobretudo nos processos de massa; na multiplicidade de processo a que inevitavelmente, a cada ano, na dinâmica da legislação, sobretudo da legislação tributária e matérias próximas, levará se não se

detrimento do difuso, tendo em vista, entre outras coisas, que a só possibilidade de incongruências decorrentes de pronunciamentos díspares de múltiplos órgãos judiciários pode configurar uma ameaça a preceito fundamental (ao menos a segurança jurídica). O Tribunal poderá, portanto, conhecer da arguição de descumprimento toda vez que a segurança jurídica estiver seriamente ameaçado, que é o caso da ADPF 54, segundo ele.

Ainda algumas considerações interessantes por parte do ministro e que reforçam sua posição de que o controle concentrado tem cada vez mais força: caso o tribunal se deparasse com uma HC¹³⁸ no caso de gestante solicitando antecipação do parto, ou aborto dependendo de como se entenda, haveria duas possibilidades. Se o Tribunal acolher o pedido, o estará fazendo com base em que norma? Certamente, estar-se-á reconhecendo em sede de HC ainda que não expressamente, mais uma causa excludente de ilicitude implícita ao art. 128, ou a inaplicabilidade do art. 124, ambos do Código Penal.

Se o Tribunal proibir a interrupção da gravidez, admite a constitucionalidade da fórmula legislativa pela não inclusão do aborto de feto anencéfalo. E essa decisão teria o efeito de generalização perante o Judiciário e eventualmente perante a Administração. É essa a conclusão a que chega o ministro, tendo em vista que o controle difuso que o STF faz tem uma tendência a ultrapassar os limites do caso concreto.

6. Considerações Finais

Da descrição feita dessas densas e longas decisões do STF, a que se propôs o trabalho a fazer, para demonstrar *como* o STF decidiu em alguns

criam mecanismos eficazes de decisão relativamente rápida e uniforme, ao estrangulamento da máquina judiciária, acima de qualquer possibilidade de sua ampliação e, progressivamente, ao maior descrédito da Justiça, pela sua total incapacidade de responder à demanda de centenas de milhares de processo a uma só questão de direito”, p.33 do voto do Gilmar Mendes.

¹³⁸ Isso já ocorreu, foi o caso do HC 84.025 em 2003 (relator Joaquim Barbosa). Tratou-se de HC que perdeu objeto pelo nascimento do bebê anencéfalo.

casos por detrás dos quais havia forte debate democrático, algumas considerações e reflexões relevantes podem ser feitas.

Da análise das ADIs contra emendas é interessante constatar, primeiramente, que o constituinte derivado também faz argumentação pública e racional. O legislador nas duas ADIs mostrou que, além de possuir representatividade democrática, também buscou aquela representatividade argumentativa. O que justifica uma cobrança muito grande por parte da fundamentação dos ministros: coerência, interpretação dos dispositivos constitucionais e não uma mera citação da doutrina, p.e., já que em termos de representatividade, a Corte só possui a argumentativa.

Aqui não podemos deixar de fazer mais um contraponto com a teoria. A justificação do controle de constitucionalidade de emendas constitucionais é feita por Oscar Vilhena, autor com o qual Conrado Hübner Mendes também dialoga em sua dissertação, da seguinte forma:

*“O ponto crucial de controle desta atividade argumentativo-decisória é a obrigação do magistrado de fundamentar e justificar as razões que o levaram a uma determinada decisão. É este imperativo, inexistente na esfera do legislativo, que faz do procedimento argumentativo-decisório, levado a cabo pelo judiciário, um instrumento mais propício para se decidir questões de princípios, uma vez que os motivos bem redigidos devem fazer-nos conhecer com fidelidade todas as operações da mente que conduziram o juiz ao dispositivo adotado por ele. Eles são a melhor e a maior garantia, uma vez que protegem o juiz tanto contra todo raciocínio que pudesse oferecer-se à sua mente, quanto contra toda pressão que quisesse agir sobre ele”.*¹³⁹(grifei)

¹³⁹ VIERA, Oscar Vilhena. “ A moralidade da constituição e os limites da interpretação”, in Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 253.

Mais do que um controle interno, no qual o juiz reflete sobre suas razões para decidir, a motivação permite a crítica pública dos fundamentos que levaram à decisão e a conseqüente possibilidade de reavaliação do decidido: “Detentor de um poder, num regime democrático, o juiz deve prestar contas do modo como o usa mediante motivação (...)”.¹⁴⁰ O que se constata, no entanto, com a análise empírica, é que, também o legislador constituinte derivado explicitou de forma pública e racional, mesmo que em sentido diferente e movido por razões diferentes que a do tribunal. Faz-se tal constatação para demonstrar quão grande é a responsabilidade do Supremo Tribunal Federal.

Esse não é um raciocínio que nos leva a dizer que o STF não pode revisar emendas constitucionais, o trabalho não pretende entrar nesse mérito. Mas se constatando que de fato tal revisão ocorre, expôs-se a idéia acima para se mostrar o porquê de se cobrar rigor do tribunal ao votar.

Não se entende como argumentação rigorosa aquela que ao invés de interpretar os dispositivos constitucionais em questão, faz uso quase que unicamente de doutrina. Critica-se sua utilização como argumento de autoridade, que pretende induzir o destinatário do discurso a não contestar o que foi dito. É a opinião do Supremo Tribunal Federal que se quer ouvir acerca dos temas em debate, pois ele é o órgão ao qual se atribuiu essa função devendo construir argumentativamente seus raciocínios e posicionamentos.

Também não é rigoroso por parte do Tribunal ignorar a argumentação do constituinte derivado, como fez em boa medida nas duas ADIs, apenas transcrevendo toda sua longa argumentação se com ela enfrentar-se e cada ponto.

¹⁴⁰ Idem.

Substancialmente, podemos dizer que houve uma tendência nas ADIs analisadas do Tribunal de se posicionar como um fórum de princípio, mesmo na ADI 939-7, na qual isso não aparece tão claramente quanto na ADI da maternidade. Naquela ADI os ministros (Ilmar Galvão, Carlos Velloso, Celso de Mello, Paulo Brossard, Néri da Silveira – que juntamente com o relator formam a maioria dos votos no caso) defendem com grande veemência a anterioridade como garantia individual, cláusula pétrea insuscetível de modificação. Néri da Silveira, também concorda com o que esses ministros falam quanto à anterioridade, e faz discurso (mesmo que através de uso de doutrina) acalorado em defesa do federalismo. Da leitura que aqui se fez, entende-se que os ministros quiseram se posicionar como defensores últimos dos direitos dos cidadãos, como sendo os únicos que poderiam os proteger dos abusos que o legislativo e o executivo estavam cometendo.

Mesmo que, como se viu, a anterioridade, p.e., naquele momento ainda não fosse uma verdadeira garantia do contribuinte, como lembraram apenas Sepúlveda Pertence e Francisco Rezek. Os ministros, no entanto, prendem-se à defesa desse princípio para montar uma retórica de defesa do contribuinte, do cidadão, defendendo-o ferozmente daqueles legislativo e executivo desrespeitadores de direitos.

Ainda de acordo com as decisões analisadas parece que realmente há uma tendência, tal como observada pelo ministro Gilmar Mendes na ADPF 54, de concentração do controle de constitucionalidade, com um decorrente aumento de poder do tribunal. Ou seja, o modo como o tribunal decidiu nesses casos foi no sentido de aumentar sua própria competência. O simples fato de na primeira ADI contra uma emenda constitucional não haver discussão sobre a competência do tribunal para julgá-la ou não, revela um tribunal se enxergando como indiscutivelmente último órgão no arranjo institucional democrático a decidir sobre um direito.

Se o controle de constitucionalidade ainda não tem suas bases claras no Tribunal (caso essa base existisse talvez não tivéssemos divergências tão grandes tão como a que se observou na ADPF), há uma tendência quase que inegável de sua concentração. O que traz em contrapartida um aumento de responsabilidade, com a necessidade que esse processo de concentração se dê de forma transparente e debatida. Tanto pelos ministros do STF quanto pela sociedade.

Se ao Supremo Tribunal cada vez mais caberá a decisão de questões de profundo desacordo moral e político, como lemos no voto de Gilmar Mendes na ADPF 54, discutidas na sociedade por filósofos, juristas, pessoas comuns, anos a fio sem que haja uma perspectiva de consenso, como o caso do aborto, e se é a sua interpretação da constituição que prevalecerá,¹⁴¹ cabe no mínimo uma comunidade disposta a sempre analisar e discutir publicamente as decisões tomadas, para concordar ou discordar dos métodos utilizados e resultados atingidos pela corte.

A dúvida acerca de quem tem uma tendência a errar menos, se legislador, se tribunal constitucional, talvez não possa ser resolvida. Mesmo dentro do arranjo institucional estabelecido é grande a dificuldades de se dizer até onde exatamente vai a competência de um ou de outro órgão.

Do estudo feito aqui, algo se pode concluir da argumentação do legislador e do tribunal sem que se pretenda dizer qual posição é a mais correta.

Vemos que na defesa feita das emendas pelo legislativo e pelo executivo (ambas opiniões consideradas como sendo a do constituinte derivado) o argumento econômico surge muito mais freqüentemente. Mas nem sempre

¹⁴¹ E aqui concordamos em boa medida com Jeremy Waldron, que diz não haver uma supremacia da constituição, mas sim da interpretação que o tribunal dá a ela em caso de controvérsias.

bem fundamentado¹⁴², como observado quando da análise da ADI da licença-maternidade. Nenhum dos argumentos econômicos levantados pelo constituinte derivado foram retomados pelos ministros. Aliás, há pouco diálogo com seus argumentos e suas razões.

O que observamos é que a maior parte dos ministros coloca-se na posição de defesa de direitos, seja para defender a gestante no caso da ADI 1.946-5, seja fazendo um discurso inflamado na defesa do direito do contribuinte à anterioridade tributária. Em alguns momentos, o tribunal lembra aquele fórum do princípio sobre o qual fala Dworkin, especialmente nos momentos em que os ministros fundamentam suas decisões com base em decisões da Suprema Corte norte-americana, quando ela mesma foi considerada um fórum do princípio por esse autor.¹⁴³ Talvez, sabendo das implicações que uma possível comparação do STF com a Suprema Corte possa ter, os ministros poderiam ser mais cuidadosos ao fundamentar sua decisão dizendo ter por base o que já foi decidido nela.

A análise da ADPF 54 vem para corroborar a idéia de que o controle de constitucionalidade tende a se concentrar, apesar de não ser unanimidade entre os ministros. Diz-se isso não apenas com base no que expôs Gilmar Mendes, mas pela constatação de que ao final de todos os vai-e-vem processuais, a liminar foi concedida, ou seja, é possível agora a realização de abortamentos de fetos anencefálicos legalmente. Importante, seria que todos os ministros na questão de ordem tivessem feito a discussão que Ellen Gracie e Gilmar Mendes fizeram.

Em poucos momentos foi observada uma preocupação por parte dos ministros em limitar sua própria competência no âmbito do controle de constitucionalidade. Aliás, talvez apenas no voto de Ellen Gracie na ADPF 54 pode-se dizer que houve essa preocupação de sua parte.

¹⁴² Cf. tópico 4.1 supra.

¹⁴³ Cf., DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida*, aborto, eutanásia e liberdades individuais. Especialmente, pp. 165 e ss.

Claro que não basta cobrar rigor dos ministros, talvez estejamos diante de um problema institucional. Sabemos do número¹⁴⁴ elevadíssimo de processos que o STF tem para julgar todos os anos, o que cremos, dificulta em boa medida sua dedicação a causas complexas, de grande desacordo na sociedade que chegam até ele.

Bibliografia citada

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Renovar: Rio de Janeiro, 2005.

DWORKIN, Ronald. *O domínio da vida: aborto eutanásia e liberdades individuais*. Martins Fontes: São Paulo, 2003.

_____. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

EDITORIAL, *Análise Justiça*. Ed. 02, São Paulo, 2006.

HOFT, Pedro Frederico. "Anencefalia e interrupción del embarazo: uma visão integradora a la luz de la bioética y los derechos humanos", In: Victor Bazán (org), *Defensa de la Constitución, garantismo y controles*. Editorial Ediar: Buenos Aires, 315-343, 2003.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. "O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Lei n. 9.968/99 e Lei n. 9882/99)". *RDA 220*, Rio de Janeiro, abr/jun, 2000.

¹⁴⁴ Segundo a revista *Análise Justiça* Ed. 02, 2006, 174.000 é o número de processos que estavam em tramitação no STF no início de 2006.

MENDES, Conrado Hübner. *Democracia e controle de constitucionalidade*. 2005. Dissertação (mestrado em Ciência Política). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. "La interpretación conforme a la constitución: entre la trivialidade y la centralización judicial". *Cuestiones Constitucionales* 12/3-23, 2002.

_____. "O proporcional e o razoável". *RT*798/23-50. São Paulo, Ed. RT, 2002.

VIERA, Oscar Vilhena. "A moralidade da constituição e os limites da interpretação", in Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Martins Fontes: São Paulo, 2003.

_____. WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford University Press, 2001.