

Dados bibliográficos: “A dialética da democracia: entre legisladores e jurisdição constitucional”, do livro “Direitos humanos e democracia”, coordenado por Clèmerson Merlin Clève, Ingo Wolfgang Sarlet e Alexandre Coutinho Pagliarini (Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 429-440 – ISBN 978-85-309-2488-1)

## **A DIALÉTICA DA DEMOCRACIA: ENTRE LEGISLADORES E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

WALTER CLAUDIUS ROTHENBURG  
Procurador Regional da República  
Mestre e Doutor em Direito pela UFPR  
Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade de Paris II  
Professor da Instituição Toledo de Ensino

*“o juiz [...] deve se esforçar por emitir julgamentos que sejam aceitos tanto pelos tribunais superiores, pela opinião esclarecida, quanto – quando se trata de decisões da Corte de Cassação – pelo legislador, que não deixará de reagir se as decisões da Corte Suprema lhe parecerem inaceitáveis”*  
(Chaïm Perelman, citado por Manuel ATIENZA, 2003 : 83)

LEGISLADORES NO PLURAL; A DESCONFORMAÇÃO DA LEI PELO TRIBUNAL DA CONSTITUCIONALIDADE; A RECONFORMAÇÃO DA LEI PELO LEGISLATIVO – DIALÉTICA
---

Este texto é dedicado a meu brilhante amigo e colega ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS, sumidade intelectual que não descarta do trabalho prático.

Num texto sobre democracia, soa tradicional tratar do Poder Legislativo como o espaço por excelência e o ator insuperável da representação popular. “Tradicional” também pode ser uma das designações do antigo; do que ainda está atado ao velho e resiste à inovação; daquilo que está, de certo modo, superado. Há uma forte tendência contemporânea a acentuar as virtudes democráticas do papel desempenhado por tribunais (e cortes) constitucionais, especialmente quando infirmam as opções realizadas pelos

legisladores. O controle de constitucionalidade é o tema de Direito Constitucional de maior destaque no último século, e suas qualidades têm sido justamente ressaltadas. Daí que falar da jurisdição constitucional num texto jurídico sobre a democracia passou a ser freqüente. Sem deixar de influenciar-me, obviamente, por esse tema da jurisdição constitucional em confronto com a abalada primazia parlamentar, não renunciarei ao tradicional, porém. “Tradicional”, então, como algo superado numa perspectiva dialética: que não se abandona, mas que se incorpora, e pode vir a funcionar como novo.

### **LEGISLADORES NO PLURAL**

A atividade legislativa, no mundo contemporâneo (e talvez desde sempre), é desempenhada por vários sujeitos constitucionalmente investidos (ou com delegação autorizada) do poder normativo primário.

Essa atividade deve estar predominantemente sob domínio do Poder Legislativo, que é um órgão colegiado por óbvias exigências democráticas. Daí preferirmos o uso do plural “legisladores”, ao invés da alusão reducionista à figura singular e mítica do “legislador”, tão usual na linguagem jurídica.

O advento do Estado social, mais ou menos intervencionista, ressalta, contudo, o papel normativo de outros sujeitos, marcadamente do Poder Executivo (Clèmerson Merlin CLÈVE, 1993 : 33-42). A freqüência e importância da atividade legislativa do Executivo estende-lhe as modernas exigências democráticas de influência recíproca entre órgãos da soberania (traduzida na edulcorada expressão “harmonia – paz e amor – entre os Poderes”), marcadamente no tocante ao controle de constitucionalidade (jurisdição constitucional) dessa atividade. Não é só o Poder Legislativo, portanto, que legisla; mais uma boa razão para a utilização da expressão “legisladores”, no plural.

O presente ensaio, ao tecer considerações a propósito das tensões e reações da atividade legislativa em face da jurisdição constitucional, tem em vista principalmente o Legislativo, como protagonista do poder normativo, mas não ignora a fortíssima influência do Poder Executivo e a presença de outros sujeitos constitucionalmente autorizados a exercer, democraticamente, essa poder. A utilização da expressão “legisladores”, no plural, oferece versatilidade para tais significados (intenções de linguagem).

## **A DESCONFORMAÇÃO DA LEI PELO TRIBUNAL DA CONSTITUCIONALIDADE**

O arranjo atual dos “Poderes” na democracia de muitos países ocidentais vai além de uma simples tripartição. É bem verdade que esta é apresentada como sendo sobretudo uma divisão de *funções* (legislativa e fiscalizatória; de governo e administrativa; jurisdicional) e, nessa medida, dificilmente alguma outra atividade pública (de Estado) deixaria de estar compreendida em alguma dessas funções, amplamente consideradas. Mas a correspondência dessas funções a três grandes órgãos de soberania – a legislativa e fiscalizatória, ao Poder Legislativo ou Parlamento (Luiz Carlos dos Santos GONÇALVES, 2001 : 14-17; Paulo Ricardo SCHIER, 2005 : 17-36); a de governo e administrativa, ao Poder Executivo; a jurisdicional, ao Poder Judiciário – já não dá conta da complexidade, estrutural e funcional, das democracias contemporâneas.

Não se trata apenas de uma questão orgânica e, por isso, meramente numérica, segundo a qual haveria outros sujeitos, como conselhos setoriais e agências reguladoras, que também exerceriam atividade normativa em caráter primário. Veja-se, a propósito, a polêmica função normativa do recém-criado Conselho Nacional de Justiça (art.103-B da Constituição brasileira de 1.988), admitida pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade – Medida Cautelar 12/DF (relator Ministro Carlos Britto, julgamento em 16/02/2.006), relativa a uma resolução que veda o nepotismo.

Trata-se, principalmente, de uma questão funcional, que tem a ver com o relacionamento entre os diversos órgãos, a interferência e controle recíprocos. É como se a tradicional cláusula “poderes independentes e harmônicos” tivesse recebido uma primeira e ingênua leitura cujo acento residiria no adjetivo “independentes”, o que ressaltaria o sujeito (órgão, “Poder”), e, agora, uma segunda leitura acentuasse o adjetivo “harmônicos”, o que ressalta a função (atividade).

A rigor, ambos os aspectos conjugam-se. A um “*modelo guiado pela idéia de equilíbrio funcional (teleológico ou relacional)*”, em que “[a] distinção orgânica continua sendo importante, embora se flexibilize a atribuição das diferentes funções de governo”, e se fale “de ‘independência orgânica’ e ‘interdependência de funções’, com a atribuição precípua e não mais exclusiva de uma função a um órgão especializado”, segue-se – no

preciso e esclarecedor esquema de José Adércio Leite SAMPAIO (2002 : 430-431) – um “*modelo de ‘divisão de poderes’ (funcionalista, procedimentalista, garantista ou objetivista)*”, que “admite a concentração funcional, se houver procedimentos de controle que assegurem o exercício regular do poder, evitando a sua autoprogramação”, ou seja, preocupa-se “com a definição de procedimentos de controle que confirmem razoável segurança contra os excessos ou as ilegalidades sistêmicas”.

Nesse panorama misto, destaca-se um órgão de feição “judicialiforme” que, com base na Constituição, pode infirmar as opções de outros Poderes e órgãos da soberania popular. Essa alternativa talvez não seja logicamente necessária, como nota argutamente Dimitri DIMOULIS (2003 : 217): “A obrigatoriedade e a supremacia jurídica da Constituição não significa, automaticamente que os tribunais possam fixar seu sentido em última instância, invalidando os entendimentos contrários do legislador.”. Todavia, é alternativa que tem sido adotada em diversos países democráticos.

Trata-se dos tribunais (ou cortes) constitucionais, como é o caso do Supremo Tribunal Federal brasileiro. Sobre essa reconfiguração do princípio da separação de poderes, afirma com clareza André Ramos TAVARES (2006): “O STF joga um papel importante na vetusta e ultrapassada idéia da separação de poderes de Montesquieu. Se os Poderes, em algum momento das sociedades organizadas, já puderam ser identificados como sendo três, a configuração atual, inclusive no Brasil, é muito mais complexa do que essa histórica doutrina.”.

Tais tribunais (ou cortes) podem integrar o Poder Judiciário, quando assumem outras funções tipicamente judiciárias e também funcionam, em alguma medida, como instância revisora situada na cúpula da organização judiciária. Ou podem apresentar-se como órgãos mais ou menos à parte do Poder Judiciário, com função específica (não necessariamente exclusiva) de controle de constitucionalidade.

Compete aos tribunais (ou cortes) constitucionais – e melhor teria sido designá-los “tribunais (ou cortes) da constitucionalidade”, pois constitucionais são todos os órgãos de soberania (portanto, também os demais “Poderes”) previstos ou fundados na Constituição – resolver as questões direta e tipicamente constitucionais, ou seja, fazer a aplicação (definitiva) da Constituição quando surjam problemas, especialmente problemas que envolvam os órgãos de soberania; isso envolve, mais ou menos diretamente, a garantia dos

direitos fundamentais. Tal função é justamente chamada de “jurisdição constitucional”. Note-se ser tamanho o prestígio da jurisdição constitucional, como garantia da supremacia da Constituição, que se cogita atualmente inclusive de um controle de constitucionalidade supranacional, cujo parâmetro estaria nas normas de Direito Internacional (Mauro CAPPELLETTI, 1992 : 13-15) ou de Direito Comunitário (Alexandre Coutinho PAGLIARINI, 2005 : 179-196).

Não se tem deixado de apontar o desconforto que provoca a atribuição de uma tal autoridade, que pode sobrepor-se e, assim, suscitar as clássicas objeções a propósito da legitimidade desse órgão precipualemente técnico e não-eleito, e de seus limites (quem fiscalizaria o fiscal). Todavia, a falta de um órgão em melhores condições – lembre-se da posição de Carl SCHMITT (1998) a favor da atribuição dessa magistratura ao Chefe de Estado na Alemanha à época da Constituição de Weimar – e o relativo sucesso da experiência com os tribunais (ou cortes) constitucionais – uma legitimidade “performática” ou de exercício e de êxito ou resultado (ROTHENBURG, 2005 : 151-174) – consagrou a jurisdição constitucional na atualidade. Revive-se a teoria dos poderes neutrais e do Poder Moderador, encarnado no tribunal constitucional (Alexandre Santos de ARAGÃO, 2001 : 24-30).

Certo parece ser que o tribunal constitucional tem, sim, excelentes condições para fazer uma interpretação quase sempre definitiva da Constituição e, a partir disso, garantir os direitos fundamentais, as regras do jogo democrático e a convivência entre os Poderes de Estado. “Mas não consigo imaginar – conclui Ronald DWORKIN (2000 : 26-27) – em que argumento se poderia pensar para demonstrar que decisões legislativas sobre direitos têm mais probabilidade de serem corretas que decisões judiciais. Obviamente, segundo qualquer teoria de direito, decisões sobre direitos são melhores se baseadas em mais informações que menos informações sobre uma variedade de fatos. Mas não conheço nenhuma razão pela qual seja mais provável um legislador ter opiniões mais precisas sobre o tipo de fatos que, sob qualquer concepção plausível de direitos, seriam relevantes para determinar o que são os direitos das pessoas.”. Arremata o jurista inglês: “os legisladores não estão, institucionalmente, em melhor posição que os juízes para decidir questões sobre direitos”.

A opinião de Dworkin precisa ser lida no contexto de seu pensamento, de fundo moralista, que distingue “questões de política” de “questões de princípio”, estas freqüentemente associadas aos direitos fundamentais. As “questões de princípio” – e não qualquer questão que envolva discricionariedade e avaliação política – é que saberiam ser resolvidas tão bem ou melhor por juízes.

O tribunal constitucional pode destruir (para utilizar uma linguagem de impacto) o produto dos legisladores. Como adverte Edouard LAMBERT (1921 : 229) em estudo clássico, “ao contato do controle de constitucionalidade, a interpretação judicial adquire uma tal liberdade de atuação, que comporta um verdadeiro poder de destruição e de reconstrução”. É o que ocorre, por exemplo, com a declaração de inconstitucionalidade (ou constitucionalidade), ou a restrição de atuação de uma comissão parlamentar de inquérito. A lei não é mais incontrastável: desaparece a “adoração quase religiosa da lei” (Álvaro Ricardo de Souza CRUZ, 2004 : 244).

Em recente e polêmica decisão, o Supremo Tribunal Federal entendeu, ao apreciar um caso concreto (em prestação jurisdicional específica de proteção a direito fundamental), que a Lei 8.072/1.990, que trata dos crimes hediondos, é inconstitucional à medida que impõe o regime fechado de cumprimento da pena, ou seja, exclui a possibilidade de progressão de regime e, assim, violaria o princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da Constituição). Trata-se do Habeas Corpus 82.959/SP (relator Ministro Marco Aurélio), julgado em 23/02/2.006.

Não nos deteremos em interessantes aspectos da questão, nem insistiremos em nossa opinião no sentido de que a decisão foi equivocada. É certo que, quando a Constituição instituiu tal mandamento específico de criminalização (art. 5º, XLIII), deixou ao Legislativo (e nem poderia ser diferente) a definição dos “crimes hediondos”. Embora a própria Constituição tenha estabelecido um regime jurídico excepcionalmente grave para os “crimes hediondos” (“inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia”), ela deixou ao Legislativo a regulamentação da individualização da pena em geral (art. 5º, XLVI). Ou seja, o âmbito de conformação legislativa, constitucionalmente previsto, não é desprezível. A discussão recairia, então, na razoabilidade da atividade legislativa, balizada pelo princípio da individualização da pena. Ora, a possibilidade de concessão de livramento condicional, a partir de avaliações individuais, após cumpridos dois terços da prisão em

regime fechado (conforme previsto no art. 83 do Código Penal especificamente aos condenados por “crime hediondo”), revela que não há, necessariamente, cumprimento integral da pena em regime fechado, ou seja, atende-se ao princípio da individualização da pena.

O fato é que uma lei gerada em conformidade com a expectativa popular (clamor nem sempre suficiente como justificação, pois talvez conduzisse à ilegitimidade da vedação constitucional à pena de morte – art. 5º, XLVII, “a” –, proibição que consideramos uma conquista humanitária da civilização) foi infirmada, no caso concreto, pelo tribunal constitucional. Resta ao Legislativo ou conformar-se; ou inspirar-se nos argumentos utilizados para infirmar a constitucionalidade da lei e alterá-la, de modo que o Legislativo não se acomode aos estreitos limites da interpretação que o Supremo Tribunal Federal fez da lei à luz da Constituição e exerça, o Legislativo, sua função de conformação legislativa; ou – o que é pouco provável e indicado – insistir no modelo de regulação e fazer outra lei parecida, que correrá o sério risco de também ser declarada inconstitucional.

Não se perca de mirada, contudo, que a deslegitimação do Legislativo, operada pelo Supremo Tribunal Federal, deu-se segundo procedimento constitucionalmente previsto, sob fundamento constitucional e no intuito de promover direito fundamental. Longe se está de uma crise institucional patológica.

Vamos a outra decisão do Supremo Tribunal Federal que envolveu interpretação de uma norma constitucional que trata de direito fundamental. No Recurso Extraordinário 197.807/RS (relator Ministro Octavio Gallotti, julgamento em 30/05/2.000), chamado a dizer se uma mãe adotiva teria direito à “licença à gestante” (assim designada no art. 7º, XVIII, da Constituição), contra a oposição de seu empregador, o STF entendeu que, por não haver previsão legal, o direito não existia (princípio da legalidade).

Também não nos deteremos na crítica a essa infeliz decisão. O argumento com base no princípio da legalidade não ignora a existência de normas constitucionais suficientes para a solução da questão? Entre a análise da questão sob a perspectiva da adotante (com base no critério fisiológico, refletido na linguagem restritiva do texto constitucional: “licença à *gestante*”; ou com base no princípio da isonomia, acentuando a distinção entre a mãe adotiva e a mãe biológica) ou sob a perspectiva da criança (interesse do menor: art. 227 da Constituição; ou com base no princípio da isonomia, acentuando a equiparação

entre filhos naturais e adotivos: art. 227, § 6º), será que não se deve extrair da Constituição um claro pendor para os interesses do adotado?

Seja-nos perdoada a escolha de duas decisões – a nosso ver equivocadas – do Supremo Tribunal Federal, dentre tantas em que, acertadamente, fez valer a Constituição sobre investidas equivocadas e eventualmente maliciosas de outros Poderes e órgãos. Não há intenção expressa nem velada de menosprezar o papel daquele insubstituível guardião da constitucionalidade.

A suposta desautorização infligida pelo Supremo Tribunal Federal ao Legislativo, no caso da não-extensão da licença-maternidade (designação que nos parece mais adequada) à mãe adotiva, está na interpretação que o STF fez da ausência de lei específica (sob a incorreta suposição de que o quadro normativo não oferecia regulação para a situação, regulação essa que – a nosso ver, como dissemos – está clara e suficientemente oferecida pela própria Constituição). Era bastante provável, no entanto, que o Legislativo não pretendesse excluir a mãe adotiva do benefício da “licença à gestante” (licença-maternidade). Tanto é que, em situação muito parecida, de servidora pública, os legisladores previram expressamente a extensão (limitada a 90 dias), no art. 210 da Lei 8.112/1.990 (regime jurídico dos servidores públicos civis da União).

A decisão do Supremo Tribunal Federal estimulou o Legislativo a exercer seu papel de conformação legislativa em sentido inverso ao da interpretação judicial. Uma má decisão, em sede de jurisdição constitucional, precisou ser superada pelo Legislativo. Isso se deu com a edição da Lei 10.421, de 15/04/2.002, que alterou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), para estender “à mãe adotiva o direito à licença-maternidade” (perceba-se, pela utilização desta expressão mais abrangente, a superação dos limites textuais da expressão constitucional “licença à gestante”).

A possibilidade democrática de infirmar a decisão judicial, ainda quando tomada em sede de jurisdição constitucional, deve ser considerada como contraponto – excepcional, é certo, ou pelo menos não freqüente – à autoridade (não incontestável, pois) do tribunal constitucional. Essa decisão judicial é muito forte, e, “diferentemente dos outros órgãos constitucionais, os próprios erros [do tribunal constitucional] acabam sendo mais difíceis de corrigir” (Helmut SIMON, 1996 : 856-857); mas não é insuperável. Disso trata o tópico seguinte, sobre a reconformação pelo Legislativo.

O tribunal constitucional, ainda que do alto de sua autoridade, não está desconectado. Tem (deveria ter e tem de ter) preocupação com o que pensam de seu exercício as demais autoridades e a sociedade. E pode, eventualmente, sofrer desautorização. Interessa-nos o delicado embate entre o tribunal constitucional e o Poder Legislativo, se este, inconformado com alguma decisão daquele, resolver revertê-la ou superá-la.

Ilustremos essa preocupação que tem o juiz (personificando aqui a autoridade da jurisdição constitucional) com a repercussão de sua decisão, inclusive em relação ao Poder Legislativo, por meio deste pensamento de Chaïm Perelman, citado por Manuel ATIENZA (2003 : 83): “o juiz [...] deve se esforçar por emitir julgamentos que sejam aceitos tanto pelos tribunais superiores, pela opinião esclarecida, quanto – quando se trata de decisões da Corte de Cassação – pelo legislador, que não deixará de reagir se as decisões da Corte Suprema lhe parecerem inaceitáveis”.

### **A RECONFORMAÇÃO DA LEI PELO LEGISLATIVO – DIALÉTICA**

Não deve causar estranheza nem decepção esse vai-e-vém entre órgãos da soberania numa democracia, em que uns desautorizam outros. Democracia envolve pluralismo, com visões diferentes de mundo e interesses conflitantes. Como afirma Chaïm Perelman (citado e comentado por Manuel ATIENZA, 2003 : 82-83), o pluralismo “renuncia a uma ordem perfeita, elaborada em função de um único critério, pois admite a existência de um pluralismo de valores incompatíveis. Daí a necessidade de compromissos razoáveis, resultantes de um diálogo permanente, de um confronto de pontos de vista opostos”.

Perelman atribui aos operadores do Direito a função – tendencialmente conservadora – de equilibrar os distintos interesses e visões de mundo, por meio de acordos consensuais e relativamente instáveis: “Os legisladores, os tribunais e a jurisprudência de um Estado pluralista (a forma de Estado que Perelman considera justificada) são instituições encarregadas de estabelecer e manter um equilíbrio entre pretensões contrapostas, porém legítimas. Isso significa que serão necessárias tomadas de decisões razoáveis; não soluções perfeitas, únicas e definitivas, mas soluções aceitáveis, modificáveis e aperfeiçoáveis” (op. e loc. cit.).

A influência da decisão judicial, especialmente a decisão em jurisdição constitucional, sobre a atividade legislativa e sobre as demais atividades de poder público, não deve ser enfocada apenas quando houver confronto. A “resposta” judicial é um importante fator de repercussão e retroalimentação para o Legislativo, que pode levar em consideração essa “resposta” na formulação das leis. Álvaro Ricardo de Souza CRUZ (2004 : 126) aponta que “os fundamentos jurídicos lançados pela Corte Constitucional certamente se tornarão indicativos para a regulamentação jurídica, seja pelo Parlamento na edição de uma nova lei, seja pelo Judiciário (administração na solução de casos concretos que envolvam relações sociais, até então regradas pela lei declarada inconstitucional)”. Inspirado em Habermas, acrescenta CRUZ (2004 : 247) que o discurso de justificação da atividade jurisdicional “impõe debates argumentativos impossíveis ao discurso de fundamentação” (próprio da atividade legislativa), e que “essa argumentação pode influenciar o legislador político, de modo que ele, por meio não apenas de um autocontrole, mas também por influência reflexiva das decisões judiciárias, modifique/aperfeiçoe seu discurso de fundamentação”.

Técnicas de decisão em sede de jurisdição constitucional demonstram o respeito do tribunal constitucional (e de outros órgãos do Poder Judiciário que decidam questões constitucionais em concreto) para com o Legislativo. São convites ao diálogo interinstitucional. É assim com a interpretação conforme à Constituição, em que o Judiciário, diante de diversas leituras da norma, umas compatíveis com a Constituição e outras não, mas todas tiradas dos sentidos possíveis, objetivos e razoavelmente atribuíveis à intenção legislativa, adota uma daquelas e, conformando a interpretação da norma à Constituição, rejeita a alegação de inconstitucionalidade, deixa de invalidar a norma, preservando-a. É assim também com o “apelo ao legislador”, numa situação quase-limite em que a norma tende para a inconstitucionalidade, mas esse trânsito ainda não se verificou, sendo possível sustentar a constitucionalidade da norma (com o que o tribunal constitucional rejeita a alegação de inconstitucionalidade), ou seja, aceitar (por enquanto) a opção legislativa, ao mesmo tempo em que, mais ou menos expressamente, o tribunal constitucional endereça ao Legislativo uma sugestão – fortemente sugestiva (seja-nos perdoada a redundância hiperbólica) – de reformulação (ou revogação) da norma (Gilmar Ferreira MENDES, 2000 : 59-70).

Mas é em situação de confronto que se revela com mais intensidade e drama a dialética democrática entre instituições encarregadas de aplicar a Constituição e, sob essa inspiração, participar da aventura legislativa: o Legislativo, como formulador primário da norma em sua generalidade e abstração; o tribunal constitucional, como intérprete reformulador dessa norma.

Tendo o Judiciário, especialmente o tribunal constitucional, infirmado uma opção legislativa, pode-se devolver ao Legislativo a oportunidade de conformação legislativa. Vimos as alternativas que tem o Legislativo, inclusive a insistência em fazer novas leis de sentido semelhante ou idêntico ao daquelas que foram declaradas inconstitucionais, ou de sentido contrário ao daquelas declaradas constitucionais. Essa atitude pode não revelar apenas um episódio de teimosia, mas uma reapreciação ponderada da situação, com a consideração dos argumentos tecidos em sede de jurisdição constitucional. Se, após o *momento 1*, em que o Legislativo editara a norma com a qual expressara sua interpretação da Constituição (no espaço de conformação legislativa dado por esta), o Judiciário, no *momento 2*, declarara a inconstitucionalidade dessa norma, fazendo a sua interpretação da Constituição, o *momento 3* pode aparecer como a síntese de um processo democrático de instrução e reflexão, de avaliação das expectativas da sociedade, em que o Legislativo conclui pelo acerto de sua opção original (momento 1), produz outra norma semelhante ou idêntica àquela, e essa opção é enfim aceita pelo Judiciário.

Pode ocorrer, todavia, de o tribunal constitucional (ou outro órgão do Poder Judiciário) voltar a infirmar a opção reiterada do Legislador. Existe a hipótese de neutralizar-se essa possibilidade por meio de emenda à Constituição, no caso de o tema não ferir os limites materiais da reforma constitucional (“cláusulas pétreas”): o Legislativo – que, normalmente, detém a competência para emendar a Constituição – aprova uma reforma que consagra, no texto constitucional, como norma da própria Constituição, aquela opção legislativa que havia sido infirmada pelo tribunal constitucional.

Aconteceu algo semelhante com a possibilidade de cobrança de contribuição previdenciária dos servidores públicos civis aposentados e pensionistas, que era prevista em diversas legislações estaduais. O Supremo Tribunal Federal declarou-as inconstitucionais, por contrariarem a Emenda Constitucional 20/1.998 (por exemplo: Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar 2.010/DF, relator Ministro Celso de Mello,

juízo em 29/09/1.999). Foi então modificada a Constituição, por meio da Emenda Constitucional 41/2.003, cuja constitucionalidade foi questionada no Supremo Tribunal Federal (Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3.105/DF e 3.128/DF, relator para o acórdão Ministro Cezar Peluso, julgamento em 18/08/2.004), que agora rejeitou a incompatibilidade. É verdade que a alteração ocorreu no próprio paradigma constitucional, com a sucessão de emendas à Constituição; todavia, a interpretação que o STF emprestou à primeira emenda talvez não correspondesse ao objetivo dos legisladores-reformadores, que tiveram de ser mais explícitos quando da segunda emenda constitucional, de modo a superar o entendimento pretoriano e fazer prevalecer a opção legislativo-constitucional.

Se, no entanto, a legislação ferir os limites materiais da reforma constitucional, se assim o entender o tribunal constitucional, este poderá declarar a inconstitucionalidade da emenda à Constituição, e ter-lhe-á cabido a última palavra. Restam ao Legislativo alternativas radicais, dentro do quadro constitucional, de alteração do próprio tribunal constitucional ou do procedimento jurisdicional de fiscalização de constitucionalidade, após o que poderiam os legisladores insistir na opção legislativa que havia sido infirmada em sede de jurisdição constitucional. Verificar-se-ia então uma grave crise institucional, que poderia ser enfrentada pelo próprio tribunal constitucional, haja vista que ele poderia considerar tais emendas de alteração contrárias ao programa constitucional e às suas cláusulas pétreas (no caso da Constituição brasileira, expressamente, “a separação dos Poderes”: art. 60, § 4º, III) e, assim, ter ele, tribunal constitucional, a palavra final. Estaríamos então, talvez e perigosamente, próximos de um rompimento constitucional.

Voltando a uma perspectiva menos radical, o conflito que se instaura entre a opção legislativa e a declaração de inconstitucionalidade, entre o Poder Legislativo e o tribunal constitucional, e que se resolveu primeiro pela “desconformação” da lei – com a prevalência da decisão judicial –, resolve-se agora pela “reconformação” legislativa – com a prevalência da opção dos legisladores. Esta, por sua vez, pode abrir a oportunidade de um novo embate, com nova declaração de inconstitucionalidade...

Esta a dialética que constitui a democracia atual, sob a marcante influência da jurisdição constitucional, mas sem desconsiderar a legitimidade dos espaços de conformação legislativa. O discurso de ênfase nas virtudes do controle jurisdicional de constitucionalidade e na relevância do papel do tribunal constitucional não deve ofuscar a

importância do Poder Legislativo nas democracias constitucionais contemporâneas. A afirmação dos direitos fundamentais não se consegue apenas com a jurisdicionalização das reivindicações. A jurisdição não deve pretender monopolizar a concretização desses direitos, tarefa complexa que não prescinde da – nem se encerra na – configuração legislativa. O controle jurisdicional pode apresentar-se, não como instância definitiva, mas como instância reflexiva, em reforço à melhor concretização possível dos direitos constitucionais.

#### Referências bibliográficas

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal à luz da teoria dos poderes neutrais. In: SARMENTO, Daniel. (Org.) *O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, pp. 21-37.

ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito. Teorias da argumentação jurídica*. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIMOULIS, Dimitri. A introdução do controle de constitucionalidade difuso na Grécia. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 1, p. 213-223, jan/jun. 2003.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Comissões parlamentares de inquérito. Poderes de investigação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

LAMBERT, Edouard. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*. Paris: Marcel Giard & Cie., 1921.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Celso Bastos/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *A Constituição europeia como signo: da superação dos dogmas do Estado nacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito. A perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Comissões parlamentares de inquérito e o conceito de fato determinado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SCHMITT, Carl. *La defensa de la constitución*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

SIMON, Helmut. La jurisdicción constitucional. In: BENDA, E. et al. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996, pp. 823-860.

TAVARES, André Ramos. O STF e sua composição. *Boletim Informativo IBEC*, São Paulo, n. 1, jan.-mar. 2006. Disponível em: <http://www.ibec.inf.br/article/articleview/37/1/21/>> Acesso em: 13/03/2006.