



A DIALÉTICA DA DEMOCRACIA: ENTRE LEGISLADORES E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

THE DIALECTIC OF DEMOCRACY: BETWEEN LEGISLATORS AND JUDICIAL REVIEW

Walter Claudius Rothenburg¹

Resumo

O controle de constitucionalidade exercido por meio da jurisdição constitucional, especialmente por tribunais constitucionais, firma-se como uma reconfiguração da separação de Poderes. Este artigo aborda a tensão entre jurisdição constitucional e Poder Legislativo, na medida em que a atividade legislativa, fundada na representação popular, pode ser impugnada. Enfatiza-se a importância da jurisdição constitucional e o eventual embate com o Poder Legislativo no contexto da democracia contemporânea. A partir de revisão da bibliografia e análise pontual de decisões do Supremo Tribunal Federal, um enfoque dedutivo aponta que a jurisdição constitucional permite questionar a atividade legislativa e possibilita a instauração de um diálogo institucional construtivo.

Palavras-chave: controle de constitucionalidade; jurisdição constitucional; separação de Poderes.

Abstract

The judicial review exercised through constitutional jurisdiction, especially by constitutional courts, stands as a reconfiguration of the separation of Powers. This paper addresses the tension between judicial review and the Legislative Branch, since legislative activity, based on popular representation, can be challenged. The importance of judicial review and the eventual clash with the Legislative Power in the context of contemporary democracy are emphasized. A deductive approach, based on bibliographical research and specific analysis of decisions of the Brazilian Federal Supreme Court, points out that the judicial review allows questioning the legislative activity and enables the establishment of a constructive institutional dialogue.

Key words: judicial review; control of constitutionality; separation of Powers.

¹ Livre-docente em Direitos Humanos pela USP, Mestre e Doutor em Direito pela UFPR, pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade de Paris II, Professor do CEUB – Centro Universitário de Bauru, Procurador Regional da República.



1. INTRODUÇÃO

Quando se aborda a 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 opções questionáveis realizadas pelos legisladores.

O controle de constitucionalidade é um dos temas de maior destaque do Direito Constitucional contemporâneo (ROTHENBURG, 2020). Falar da jurisdição constitucional em relação à democracia passou a ser frequente. (MARINONI, 2021) É quase incontornável apresentar a jurisdição constitucional em confronto com a abalada primazia parlamentar. Pretende-se superar a percepção “tradicional” da separação de poderes numa perspectiva dialética: o respeito pela representação democrática do Poder Legislativo não pode ser abandonado (WALDRON, 2010), mas incorporado à perspectiva da jurisdição constitucional e funcionar como algo novo.

A democracia representativa, baseada na representação político-eleitoral conduzida por partidos políticos, apresenta sinais de desgaste e disfuncionalidade. Outras alternativas radicalmente democráticas, otimizadas pela tecnologia hoje disponível, apontam para uma participação mais democrática (com pessoas “comuns”, dos diversos segmentos da população, que não são políticos profissionais), mais direta (pessoas vindas de métodos comunitários de escolha, eventualmente até por sorteio, e que se manifestam em processos deliberativos simplificados) e talvez mais efetiva (decisões e revisões com probabilidade de serem implementadas), em complementação à representação político-eleitoral tradicional. (LANDEMORE, 2020; GARGARELLA, 2021) A jurisdição constitucional como crítica e capacidade de impugnação das opções do parlamento “tradicional” tende a ter sua legitimidade enfraquecida em face de opções realizadas por alternativas mais consistentes de participação democrática. (GODOY, 2017)

Voltando ao cenário ainda tradicional do controle de constitucionalidade tal como se firmou no século precedente, não se ignora que a jurisdição constitucional é um antídoto necessário não apenas em contraste com o Poder Legislativo, mas – e eventualmente sobretudo – em contraste com o Poder Executivo e sua estrutura de execução de políticas públicas, bem como em contraste com âmbitos da sociedade detentores de forte influência (econômica, religiosa, cultural...).



Esta reflexão, contudo, fazia um retrato mais simplista, há quase duas décadas, quando ainda se formava a questão a respeito da polêmica entre a jurisdição constitucional e os legisladores eleitos, sobre quem teria a última palavra (DIMOULIS; LUNARDI, 2019, p. 47-51; BRANDÃO, 2012; MENDES, 2011), sobre os impactos e consequências das decisões em controle de constitucionalidade (“backlash”) (PEGORARO, 2021). Mas capturava uma recorrência que não perde atualidade: a dialética da democracia.

2. LEGISLADORES NO PLURAL

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

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 (CLÈVE, 1993, p. 33-42). A frequência e importância da atividade legislativa do Executivo estende-lhe as modernas exigências democráticas de contenção recíproca entre órgãos da soberania – traduzida na edulcorada expressão “harmonia (paz e amor) entre os Poderes” –, marcadamente no tocante ao controle de constitucionalidade dessa atividade por meio da jurisdição constitucional. Não é só o Poder Legislativo, portanto, que legisla, e eis aí 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, esse poder. A utilização da expressão “legisladores”, no plural, oferece tal versatilidade.

2.1 A impugnação 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 essa separação é apresentada como sendo sobretudo uma divisão



de *funções* (legislativa e fiscalizatória; de governo e administrativa; jurisdicional) e, nessa medida, dificilmente qualquer outra atividade pública (de Estado) deixaria de estar compreendida em alguma dessas funções. Mas a correspondência dessas funções a três grandes órgãos de soberania – a legislativa e fiscalizatória, ao Poder Legislativo ou Parlamento (GONÇALVES, 2001, p. 14-17; SCHIER, 2005, p. 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. (ACKERMAN, 2009)

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 Conselho Nacional de Justiça (art.103-B da Constituição brasileira de 1988), admitida pelo Supremo Tribunal Federal, relativa a uma resolução que veda o nepotismo (BRASIL, 2006a).

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 resalta 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 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” (SAMPAIO, 2002, p. 430-431).

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. Ainda que tal alternativa talvez não seja logicamente necessária, pois “[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” (DIMOULIS, 2003, p. 217), é ela a 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. O cenário contemporâneo implica essa reconfiguração institucional, em que do princípio da separação de poderes, em que “[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.” (TAVARES, 2006)

Tais tribunais (ou cortes) podem integrar o Poder Judiciário, quando assumem outras funções tipicamente judiciais e 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 diretas e tipicamente constitucionais, ou seja, fazer a aplicação (definitiva) da Constituição quando surjam problemas, especialmente problemas que envolvam os demais 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 há equivalentes em âmbito supranacional, cujo parâmetro estaria nas normas de Direito Internacional (CAPPELLETTI, 1992, p. 13-15) ou de Direito Comunitário (PAGLIARINI, 2005, p. 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 precipuamente 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, bem como de êxito ou resultado (ROTHENBURG, 2005, p. 151-174; BARROSO, 2017) – consagrou a jurisdição constitucional na atualidade. Chega a ser evocada a teoria dos poderes neutrais e do Poder Moderador, encarnado no tribunal constitucional (ARAGÃO, 2001, p. 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 DWORKIN (2000, p. 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, baseado numa moral pública, que distingue “questões de política” de “questões de princípio”, estas frequentemente associadas aos direitos fundamentais. As “questões de princípio” – e não qualquer questão que envolva discricionariedade e avaliação política – é que saberiam ser tão bem ou melhor resolvidas por juízes.

O tribunal constitucional pode destruir o produto dos legisladores. Como adverte LAMBERT (1921, p. 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 pronúncia de nulidade decorrente da declaração de inconstitucionalidade ou, quanto à atividade fiscalizatória, com a restrição de atuação de uma comissão parlamentar de inquérito. A lei não é mais incontestável: desaparece a “adoração quase religiosa da lei” (CRUZ, 2004, p. 244).

Uma ilustração no campo penal é dada pelo Supremo Tribunal Federal ao apreciar um caso concreto (em prestação jurisdicional específica de proteção a direito fundamental) e, incidentalmente decidir que a lei de crimes hediondos (Lei 8.072/1.990) era inconstitucional na medida em que impunha o regime fechado de cumprimento da pena, ou seja, excluía a possibilidade de progressão de regime e, assim, violava o princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da Constituição). (BRASIL, 2006b)

A Constituição brasileira instituiu um mandamento específico de criminalização (art. 5º, XLIII) e deixou ao Legislativo (nem poderia ser diferente) a definição dos “crimes hediondos”. Embora a própria Constituição tenha definido 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). Nunca deve ser desprezado o âmbito de conformação legislativa constitucionalmente estabelecido. Ademais, a possibilidade de concessão de livramento condicional, a partir de avaliações individuais, após cumpridos dois terços da



prisão (conforme previsto no art. 83, V, do Código Penal especificamente aos condenados por “crime hediondo”), revela abrandamentos ao cumprimento integral da pena em regime fechado. Mas o Supremo Tribunal Federal entendeu que o princípio constitucional da individualização da pena não havia sido suficientemente assegurado.

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 representa uma conquista humanitária e segue uma tendência internacional) foi infirmada pelo tribunal constitucional (RAMOS, 2022, p. 713-716). Resta ao Legislativo ou conformar-se ou inspirar-se nos argumentos utilizados pelo tribunal e alterar a lei, de modo que o Legislativo não se acomode aos 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 um procedimento constitucionalmente previsto, sob fundamento constitucional devidamente justificado e no intuito de promover direito fundamental. Não há razão para alguma crise institucional.

Outra decisão do Supremo Tribunal Federal que envolveu interpretação de norma constitucional relativa a direito fundamental deu-se na questão a respeito de uma mãe adotiva que reivindicava o direito à “licença à gestante” (assim designada no art. 7º, XVIII, da Constituição), com a oposição de seu empregador. O STF entendeu então que, por não haver previsão legal, esse direito não existia (princípio da legalidade). (BRASIL, 2000)

A decisão infeliz parece ignorar 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 (com base no princípio da isonomia, porém acentuando a equiparação entre filhos naturais e adotivos – art. 227, § 6º, da Constituição – e ressaltando o interesse do menor), será que não se deve extrair da Constituição um claro pendor para os interesses do adotado?

Seja-nos perdoada a escolha de uma decisão a nosso ver equivocada do Supremo Tribunal Federal, dentre tantas em que, acertadamente, faz valer a Constituição sobre investidas de outros Poderes e órgãos. Afinal, o STF desempenha o insubstituível papel de guardião da constitucionalidade.



Ao apontar a ausência de lei específica que autorizasse a licença-maternidade (esta é a designação mais adequada) à mãe adotiva, o Supremo Tribunal Federal não deixou de revelar uma crítica à omissão do Legislativo. É provável que o Legislativo não pretendesse excluir a mãe adotiva do benefício, tanto é que, na situação análoga da servidora pública, os legisladores previram expressamente a aplicação da licença (limitada a 90 dias) no art. 210 da Lei 8.112/1.990 (regime jurídico dos servidores públicos civis da União).

Talvez a decisão do Supremo Tribunal Federal tenha estimulado 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 por uma nova (e boa) legislação. Isso se deu com a edição da Lei 10.421, de 15/04/2002, que alterou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), para estender “à mãe adotiva o direito à licença-maternidade” (perceba-se, pela utilização dessa 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 – à autoridade (não incontestável, pois) do tribunal constitucional. A decisão judicial é muito forte, e, “diferentemente dos outros órgãos constitucionais, os próprios erros [do tribunal constitucional] acabam sendo mais difíceis de corrigir” (SIMON, 1996, p. 856-857); mas a decisão judicial não é insuperável.

O tribunal constitucional, ainda que do alto de sua autoridade, não está desconectado. Deve estar preocupado com o que pensam de seu exercício as demais autoridades e a sociedade. E pode, eventualmente, sofrer desautorização. Haverá então um delicado embate entre o tribunal constitucional e o Poder Legislativo, se este, inconformado com alguma decisão daquele, resolver revertê-la ou superá-la.

A preocupação do juiz (personificando aqui a autoridade da jurisdição constitucional) com a repercussão de suas decisões é verbalizada por Chaïm Perelman (citado por ATIENZA, 2003, p. 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”.

3. A RECONFIGURAÇÃO DA LEI PELO LEGISLATIVO – DIALÉTICA

Não deve causar estranheza nem decepção a interação entre órgãos da soberania numa
Revista Juridicidade Constitucional e Democracia. Vol.1 No. 1.
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte: Mossoró, jan./maio 2023.
Campus Universitário Central – Rua Professor Antônio Campos



democracia, em que uns desautorizam outros. Democracia envolve pluralismo, com visões diferentes de mundo e interesses conflitantes. Como afirma Perelman (citado e comentado por ATIENZA, 2003, p. 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” (ATIENZA, 2003, p. 82-83).

A influência da decisão judicial, especialmente 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: “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)” (CRUZ, 2004, p. 126). Pode-se dizer, com inspiração em Habermas, 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 judiciais, modifique/aperfeiçoe seu discurso de fundamentação” (CRUZ, 2004, p. 247).

Técnicas de decisão em sede de jurisdição constitucional que preservam, em alguma medida, o ato questionado e seus efeitos 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 a 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 delas e, conformando a interpretação da norma questionada à Constituição, rejeita a alegação de



inconstitucionalidade e deixa de invalidar a norma, preservando-a. É assim também com o “apelo ao legislador” e com o trânsito para a inconstitucionalidade (inconstitucionalidade progressiva), numa situação quase limite em que a norma tende para a incompatibilidade à Constituição, mas esse processo ainda não se consumou, sendo possível sustentar a constitucionalidade da norma (o tribunal constitucional rejeita a alegação de inconstitucionalidade), ou seja, aceitar a opção legislativa (por enquanto), ao mesmo tempo em que, mais ou menos expressamente, o tribunal constitucional endereça ao Legislativo uma sugestão – fortemente sugestiva (seja perdoada a redundância hiperbólica) – de reformulação (ou revogação) da norma (MENDES, 2000, p. 59-70).

Mas é em situações 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 e eventual reformulador dessa norma.

Tendo o Judiciário, especialmente o tribunal constitucional, infirmado uma opção legislativa, devolve-se ao Legislativo a oportunidade de conformação legislativa. Vimos as alternativas que tem o Legislativo, inclusive a possibilidade de insistir 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 não significa necessariamente um episódio de teimosia, podendo revelar 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 reflexão e 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 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 20/1998. (BRASIL, 1999) Foi então modificada a Constituição, por meio da Emenda Constitucional 41/2003, cuja constitucionalidade foi questionada no Supremo Tribunal Federal, que agora rejeitou a incompatibilidade. (BRASIL, 2004) 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 da reforma, 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 (LIMA, 2018). 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 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.

4. CONCLUSÕES

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 realização dos 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.

5. REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação de poderes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

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.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV, 2017, p. 25-77.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar 2.010/DF**. Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 29/09/1999. 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 197.807/RS**. Relator Ministro Octavio Gallotti, julgamento em 30/05/2000. 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3.105/DF e 3.128/DF**. Relator para o acórdão Ministro Cezar Peluso, julgamento em 18/08/2004. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade – Medida Cautelar 12/DF**. Relator Ministro Carlos Britto, julgamento em 16/02/2006. 2006a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.959/SP**. Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 23/02/2006. 2006b.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

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.



A DIALÉTICA DA DEMOCRACIA: ENTRE LEGISLADORES E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

THE DIALECTIC OF DEMOCRACY: BETWEEN LEGISLATORS AND JUDICIAL REVIEW

CLÈVE, Clèmerson Merlin; SCHIER, Paulo Ricardo; LORENZETTO, Bruno Menezes (coord.). **Jurisdição constitucional em perspectiva: estudos em comemoração aos 20 anos da Lei 9.868/1999.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

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.

GARGARELLA, Roberto. **El derecho como una conversación entre iguales: Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran – por fin – al diálogo ciudadano.** Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2021.

GODOY, Miguel Gualano. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais.** Belo Horizonte: Fórum, 2017.

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.

LANDEMORE, Hélène. **Open democracy: reinventing popular rule for the twenty-first century.** Princeton: Princeton University Press, 2020.

LIMA, Jairo. **Emendas constitucionais inconstitucionais: democracia e supermaioria.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MARINONI, L. G. **Processo constitucional e democracia.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** São Paulo: Saraiva, 2011.

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.

PEGORARO, Luiz Nunes. **O backlash diante do ativismo judicial.** Bauru: Spessotto, 2021.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos.** 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.



A DIALÉTICA DA DEMOCRACIA: ENTRE LEGISLADORES E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

THE DIALECTIC OF DEMOCRACY: BETWEEN LEGISLATORS AND JUDICIAL REVIEW

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.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Ações diretas de controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/1999: caráter concreto, critério de relevância, omissão inconstitucional e ativismo. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SCHIER, Paulo Ricardo; LORENZETTO, Bruno Menezes. **Jurisdição constitucional em perspectiva**: estudos em comemoração aos 20 anos da Lei 9.868/1999. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 317-335 – ISBN 978-65-5614-139-8.

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.

WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao *judicial review*. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris / ANPR, 2010, p. 93-157.

Recebido em: 20/03/2023.

Aceito em: 27/04/2023.