

# O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL À LUZ DA FILOSOFIA POLÍTICA: UM DEBATE SOBRE O CONFLITO ENTRE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Marcelo Casseb Continentino\*

*SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Elementos para a construção de um “paradigma particularista”; 3. O Poder Judiciário como legislador positivo; 4. O Poder Judiciário como legislador negativo; 5. Qual o papel do Judiciário?; 6. Palavras finais; 7. Bibliografia.*

## 1. INTRODUÇÃO

A Filosofia Política e o Direito Constitucional têm relações estreitas. Se se fosse fazer uma reconstrução do pensamento filosófico ocidental, seria fácil perceber as formas pelas quais ele fundamentou e orientou o constitucionalismo e suas práticas.

De algum tempo, contudo, registra-se certo afastamento na relação entre o Direito Constitucional e a Filosofia Política, que, não obstante, aos poucos, parece estar sendo retomada, agora na contemporaneidade. O debate entre as concepções liberal, comunitária e deliberativa do Estado Democrático de Direito e a forma de compreensão da Constituição fornece um bom espectro de como a Filosofia Política interage com o Direito Constitucional e, por consequência, na forma de interpretação da Constituição (CITTADINO, 2000).

Ainda em desdobramento dessa abordagem, insere-se a instigante discussão sobre a legitimidade da jurisdição constitucional e o papel das Cortes

---

\* Mestrando em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Pesquisador do Grupo de Pesquisa “Sociedade, Tempo e Direito”. Advogado da União, com exercício no Gabinete do Advogado-Geral da União.

Constitucionais, no contexto do Estado Democrático de Direito. Só que esse enquadramento deve ser feito à luz de algumas demarcações teóricas, para facilitar o presente exame. Dessa forma, seguindo a sugestão do Professor MARCUS FARO DE CASTRO (2001), eleger-se-á o “*paradigma particularista*” do Estado Democrático de Direito.

A partir desse marco teórico, pretende-se, neste artigo, investigar alguns pontos, concernentes à Filosofia Política, que permeiam o conteúdo da decisão proferida no Mandado de Injunção n.º 107-3 QO/DF (MI 107), que causou – e ainda hoje causa – muita polêmica no Direito Constitucional brasileiro, de um lado. De outro, adentrando-se em ponto mais controverso, objetiva-se proceder à análise do papel do Tribunal Constitucional, na qualidade de um agente político, e sua atuação como “legislador positivo indireto” (isto é, examinar a retórica ou o mito do legislador negativo), a partir da análise das ADIs n.º 3.105 e 3.128 e, em especial, do voto do Min. JOAQUIM BARBOSA nelas prolatado, em que se discutiu a contribuição previdenciária dos inativos.

## 2. ELEMENTOS PARA A CONSTRUÇÃO DE UM “*PARADIGMA PARTICULARISTA*”

Neste tópico, intenciona-se sintetizar alguns aspectos das teorias de ARISTÓTELES (pluralidade), MONTESQUIEU (separação dos poderes), HABERMAS (democracia deliberativa) e MARK TUSHNET (controle judicial mitigado), para possibilitar a construção de um modelo de Estado de Direito que pode ser inserido dentro de um “*paradigma particularista*”.

Segundo MARCUS FARO DE CASTRO (2001, p. 266-267), o paradigma particularista se caracteriza como perspectiva teórica que “*toma como ponto de partida o particular, plural e contingente, e a partir daí procura assegurar a construção do bem geral*”<sup>1</sup>, porque, nele, pretende-se a “*construção institucional da participação política como requisito da ordem social justa*” (CASTRO, 2001, p. 266). E somente com a participação política dos indivíduos é que, efetivamente, pode-se falar em Estado Democrático de Direito, pois, como ensina ERNST WOLFGANG BÖCKENFÖRDE (2000, p. 47), ele só se caracteriza quando sua forma e sua organização sejam derivadas da vontade do povo.

<sup>1</sup> Opõe-se ao particularismo o “paradigma universalista”, caracterizado por Marcus Faro de Castro (2001, p. 266) como “a perspectiva teórica que toma a idéia de bem comum como fundamento abstrato absoluto, projetando esse fundamento na alma do governante (virtuoso) e, por seu intermédio, à ordem social ‘justa’.”.

## **2.1. PLURALIDADE EM ARISTÓTELES**

ARISTÓTELES, em sua concepção política, parte de uma constatação elementar: (a) a sociedade é pluralista e, como tal, (b) necessita de instituições e procedimentos idôneos a superar o pluralismo. Observa, nesse sentido, ARISTÓTELES (1977, p. 36, 1261b) que “*a cidade não é constituída somente de numerosos seres humanos, mas é também composta de seres humanos especificamente diferentes*”. Por isso, conclui que “*a cidade é por natureza uma pluralidade*”.

A cidade, segundo ARISTÓTELES (1977, p. 89-90, 1278b-1279a), organiza-se mediante uma Constituição, na qual se estabelecem todas as suas funções de governo, possibilitando-se a melhor forma de os cidadãos participarem da vida da comunidade política, com a finalidade de atingir o “*bem comum*”.

Não existe, portanto, em ARISTÓTELES, uma unidade moral em torno da qual se reúnem todas as pessoas de uma cidade, como quer Platão, mas antes a tentativa de “*construção institucional da participação política como requisito da ordem social justa*” (CASTRO, 2001, p. 266).

## **2.2. MONTESQUIEU E SUA ADVERTÊNCIA QUANTO À DIVISÃO DOS PODERES**

Afirma NOBERTO BOBBIO (1997, p. 127) que “*O Espírito das Leis*”, de MONTESQUIEU, é uma obra complexa e dá margem a uma série de interpretações, motivo pelo qual o jurista italiano enfatiza aquela que a vê como uma “*teoria geral da sociedade*”. Compreende-se o porquê de ser uma teoria da sociedade, na medida em que MONTESQUIEU desenvolve sua teoria com base no estudo de várias outras civilizações, para só então formular seus argumentos.

Assim, MONTESQUIEU (1987, p. 163) afirma que “*é uma experiência eterna que todo homem que tem poder é levado a abusar dele*”. E esse é o fundamento basilar da teoria da Separação dos Poderes. Porque é preciso frear o próprio poder, para que dele não se abuse; para que no Estado seja assegurada a liberdade política<sup>2</sup>, é necessário haver um governo moderado, em que, na lição de MONTESQUIEU (1987, p. 135), devem-se “*combinar os poderes, temperá-los, fazê-los agir; dar a um poder um lastro, para pô-lo em condições de resistir a um outro*”.

---

<sup>2</sup> Segundo Montesquieu (1987, p. 163), liberdade “é o direito de fazer tudo o que as leis permitem”.

No desenvolvimento de sua teoria, MONTESQUIEU (1987, p. 178-179) entende que o contrabalanceamento entre os poderes fica adstrito ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo<sup>3</sup>, mediante a “*faculdade de estatuir*” e a “*faculdade de impedir*”. O Poder Judiciário, por sua vez, politicamente neutro, seria, de certa forma, “*nulo*”, sobrando apenas os outros dois poderes referidos.

Como se vê, a garantia da liberdade no Estado só existe quando, nele, os poderes são estruturados de forma a possibilitar que um resista ao outro e que exerça um controle sobre o outro. Destarte, evita-se o abuso do poder e o Estado atinge seu fim geral (automanutenção) e particular (liberdade política) (MONTESQUIEU, 1987, p. 163-164). Do contrário, isto é, havendo a concentração de poder, com a reunião do Poder Legislativo ao Poder Executivo, por exemplo, ou se o Poder Judiciário não estiver separado do Poder Executivo e Legislativo **não será possível garantir a liberdade política**. Tal qual retratado por MONTESQUIEU (1987, p. 165), nesse quadro, cada indivíduo perderia sua tranqüilidade de espírito, a confiança no outro, o que acarretaria uma sensação de temor em relação ao próximo.

### **2.3. DEMOCRACIA DELIBERATIVA DE JÜRGEN HABERMAS E O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Sem dúvida, o filósofo alemão HABERMAS é um dos pensadores mais estudados na atualidade. Formulador de uma robusta e complexa teoria, HABERMAS busca, a partir da teoria ética do discurso, institucionalizar seu modelo de Estado Democrático de Direito.

No rastro de ARISTÓTELES (item 2.1), parte HABERMAS da concepção de que a sociedade é pluralista. Contudo, discorda de ARISTÓTELES ao perceber que, numa sociedade pós-convencional, profundamente marcada pelo pluralismo social e cultural, não mais se pode aceitar um modelo de Estado fundado num pretenso “*consenso de valores*” ou na idéia aristotélica, ou até mesmo platônica, de “*bem comum*”.

As normas jurídicas não se justificam em face de sua concordância com uma determinada concepção objetiva de moral<sup>4</sup>, porque a sociedade moderna

<sup>3</sup> O temperamento realiza-se, também do ponto de vista interno, dentro do próprio Poder Legislativo, na medida em que ele seria composto pelas Câmaras Alta e Baixa, cabendo àquela, por sua natureza, o poder regulador (1987, p. 171 e 178)

<sup>4</sup> Por concepção objetiva de moral, quer-se referir a um conjunto de valores (ética concreta) compartilhado por uma determinada sociedade.

pós-convencional não possui uma identidade social ou cultural, de forma que somente as condições procedimentais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do Direito estabelecido (HABERMAS, 2001, p. 336)<sup>5</sup>.

Para criar as condições propícias à produção legítima do Direito, é necessária a existência, segundo entende HABERMAS (2001, p. 188-197), de algumas condições que resultam de direitos fundamentais (pressupostos de validade universal para que se institucionalize a prática do discurso e possibilite o processo legislativo democrático): (1) a iguais liberdades subjetivas de ação; (2) que conferem o “status” de membro da comunidade jurídica (direito à nacionalidade); (3) de ação, isto é, à tutela jurisdicional; (4) a participar em igualdade de oportunidades em processos de formação da opinião e da vontade comum, em que os cidadãos exerçam sua autonomia política (direitos de participação); (5) a se garantirem condições de vida social, técnica e ecologicamente asseguradas para desfrutar em iguais oportunidades dos direitos civis mencionados.

De acordo com MARCELO CATTONI (2002, p. 154), são os direitos fundamentais – que exprimem as condições procedimentais das formas comunicativas, viabilizando o exercício discursivo da autonomia pública – que possibilitam um consenso racional ou um processo equânime de negociação, acerca da institucionalização das normas do agir.

HABERMAS (2001, p. 348) vai defender que o Tribunal Constitucional atue de forma tal a assegurar que o processo de produção normativa se efetue em condições de uma “*política deliberativa*”, para que tais normas se revistam de legitimidade. A política deliberativa, por sua vez, está ligada aos pressupostos de comunicação que caracterizam os espaços de discussão política, institucionalizados nos órgãos parlamentares e na opinião pública em geral.

Do contrário, não haveria como se legitimar o próprio Direito, pois, como visto, a razão comunicativa, orientada para o entendimento, é que confere, com base no melhor argumento, a legalidade de certas pretensões de validade e, por consequência, a própria legitimidade. Por isso, afirma HABERMAS (2001, p. 349) que:

“Uma prática da autodeterminação de corte deliberativo somente pode desenvolver-se num jogo de interações entre a formação da vontade nos

---

<sup>5</sup> Marcelo Cattoni (2002, p. 137) resume as estruturas fundantes do Estado Democrático de Direito, em Habermas, da seguinte forma: “os direitos fundamentais são garantias de institucionalização de um processo legislativo democrático, fundado na autonomia jurídica, pública e privada, e realizador da pretensão jurídico-moderna segundo a qual os destinatários da norma são seus próprios autores”.

órgãos parlamentares, programada para a tomada de decisões e institucionalizada em termos do Direito procedimental, por um lado, e a formação política da opinião em circuitos informais de comunicação política, por outro.”

Assim, conclui HABERMAS (2001, p. 338) que o controle abstrato de normas deve referir-se, sobretudo, às condições da gênese democrática das leis, abrangendo todas as estruturas da comunicação que se dão no espaço da opinião pública, envolvendo constelações de interesses, orientações valorativas e representação equilibrada dos grupos participantes. Caso contrário, ao invés de assegurar a racionalidade e legitimidade do processo legislativo, o Tribunal Constitucional terminará por eliminá-los definitivamente, comprometendo-se a natureza democrática do Estado de Direito.

#### **2.4. MARK TUSHNET E A “WEAK-FORM OF JUDICIAL REVIEW”**

A importância de MARK TUSHNET no paradigma particularista está em que, consoante afirma FRANK MICHELMAN (2000, p. 462), ele parte de uma premissa: a preferência pela Democracia. Com base nela é que desenvolverão algumas teorias sobre o controle judicial da constitucionalidade.

Do ponto de vista da teoria de TUSHNET, no que importa ao presente trabalho, considerar-se-á a teoria da “*weak-form systems of judicial review*” e da “*strong-form systems of judicial review*”<sup>6</sup>.

Contrapõe-se à noção de “*weak-form systems of judicial review*” o conceito de “*strong-form systems of judicial review*”, no qual o Tribunal Constitucional tem (a) a autoridade geral para determinar o que a Constituição significa, e (b) a interpretação constitucional, pelo Tribunal Constitucional, é vinculante e obrigatória (“*authoritative and binding*”) para os outros poderes, ao menos a médio prazo (TUSHNET, 2003, p. 2784).

Diferentemente da “*self-restraint*” ou da “*political questions*”, na doutrina do controle judicial mitigado, segundo TUSHNET (2003, p. 2786), em que não se defende uma restrição no âmbito de incidência do controle, as Cortes têm o poder de avaliar, sem exceção, a totalidade da legislação para determinar

<sup>6</sup> Traduzir-se-á “*weak-form systems of judicial review*” pela expressão “forma mitigada de sistemas de controle judicial” ou “controle judicial mitigado” e “*strong-form systems of judicial review*”, por “forma forte de sistemas de controle judicial” ou “controle judicial intenso”.

se ela é consistente com as disposições constitucionais. Sua característica fundamental seria a faculdade de as majorias legislativas modificarem as interpretações judiciais da Constituição, num espaço de tempo relativamente curto.

TUSHNET (2003, p. 2784-2785) mostra que a institucionalização do controle judicial mitigado pode ser verificada na Carta de Direitos do Canadá (“*Canadian Charter of Rights*”), de 1981, a qual, na Seção 33, permite ao Legislador determinar que uma norma – apesar de possivelmente encontrar-se em conflito com a Constituição – venha a produzir efeitos (“*notwithstanding clause*”).

Um ponto importante a ser destacado na “*notwithstanding clause*”, para TUSHNET (2003, p. 2785), é a regra segundo a qual a interpretação constitucional, realizada pela Suprema Corte do Canadá, não é completamente vinculante a curto prazo, na medida em que, em discordando da interpretação judicial, o Poder Legislativo poderá reeditar o ato normativo anteriormente considerado inválido<sup>7</sup>.

Embora, em princípio, a discussão em torno da adoção de um controle judicial mitigado ou intenso numa dada Constituição esteja no âmbito da constituinte (TUSHNET, 2003, p. 2786), a cultura jurídica de um País pode, gradualmente, aceitar um ou outro sistema.

Nesse sentido, é interessante anotar a discussão em torno da “delegação pelo Tribunal” (“*Allocation by the Courts*”), que, segundo TUSHNET (2003, p. 2792), ocorre quando o Tribunal Constitucional, no controle judicial intenso, declina do exercício do poder que ele tem, isto é, deixa de apreciar a questão da constitucionalidade da lei, não pela discricionariedade no seu exercício de poder ou pela invocação das doutrinas de justiciabilidade (“*justiciability doctrines*”) por ele próprio construídas, e sim mediante duas formas: (1) proferindo decisões em termos expressamente provisórios (controle provisório, “*provisional review*”) ou (2) mantendo a validade das leis após aplicação de um padrão generoso de revisão delas (controle tutelar, “*thayerian or tutelary review*”). Essas são duas tentativas de imprimir uma forma mitigada de controle judicial.

Aceita-se, pois, o controle judicial mitigado como forma alternativa de jurisdição constitucional, cujo objetivo é compatibilizá-lo com o Estado Demo-

---

<sup>7</sup> Ressalte-se que mecanismo similar já foi adotado no Brasil. Com a Constituição Federal de 1937, foi atribuída ao Congresso Nacional, mediante dois terços dos votos em cada uma das Câmaras e provocação do Presidente da República, a competência para invalidar a interpretação do Supremo Tribunal Federal, revalidando o ato normativo declarado nulo, em caso necessário ao bem-estar do povo, à promoção ou à defesa de interesse nacional de alta monta (art. 96, parágrafo único). Não se deve, de logo, desacreditar desse mecanismo, que está em estrita ligação com o Princípio da Democracia, se bem que, em função da ditadura do Estado Novo, ele haja sido desvirtuado pelo Poder Executivo.

crático de Direito, bem como sanar o déficit de legitimação democrática dos Tribunais Constitucionais.

### **3. O PODER JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR POSITIVO**

A função do Poder Judiciário como legislador positivo, de certa forma, não traz maiores questionamentos acerca de seu papel no arranjo institucional do Estado Democrático de Direito. À luz das clássicas lições de MONTESQUIEU, encontra-se um apoio teórico no qual se prega a contenção judicial.

Um bom exemplo desse entendimento está estampado na Súmula n.º 339 do Supremo Tribunal Federal (“*Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos, sob fundamento de isonomia*”). Todavia, a questão voltou a ser profundamente debatida por ocasião do MI 107.

#### **3.1. APRESENTAÇÃO DO CASO: MI 107**

O MI 107 versava sobre a possibilidade de um oficial do Exército suspender o processo de licenciamento do serviço ativo do Exército, que se processava em seu desfavor, sob a alegação de que ainda não existia a lei exigida pelo art. 42, § 9.º, da Constituição Federal (“*A lei disporá sobre os limites e outras disposições de transferência do servidor militar para a inatividade*”).

No presente caso, o STF não editou a norma regulamentadora pretendida, limitando-se a declarar a inconstitucionalidade da omissão, com a finalidade de cientificar o órgão (Poder, autoridade ou entidade) competente, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

#### **3.2. O VOTO DO MIN. MOREIRA ALVES**

Em seu voto, o Min. MOREIRA ALVES destacou que:

“Essa solução, acolhida pela Constituição atual, é, sem dúvida, alguma, a que se compatibiliza com o sistema constitucional vigente que deu particular relevo à separação de Poderes (art. 2.º e 60, § 4.º, III), que continuou a inserir entre os direitos fundamentais o de que ninguém é obrigado

a fazer ou deixar de fazer alguma coisa se não em virtude de lei (art. 5.º, III), e que, também, atento ao **princípio democrático**, estabeleceu um processo legislativo em que o Poder Judiciário só tem iniciativa legislativa nos casos expressos na própria Constituição e com relação a matérias a ele estritamente vinculadas, sendo que as decisões políticas de que afinal resultam os textos legais se subordinam a um sistema de freios e contra-freios de que participam exclusivamente os Poderes Legislativo e Executivo, efeitos diretamente pelo povo.” (grifou-se.)

Constata-se, nele, que o Poder Judiciário, em atenção ao Princípio da Democracia e ao Princípio da Separação dos Poderes, à exceção dos casos excepcionalmente previstos na própria Constituição Federal, não tem competência para desempenhar uma atividade substitutiva do legislador, editando regras jurídicas autônomas.

Em geral, grandes constitucionalistas criticam essa postura (dita passiva) do Supremo Tribunal Federal, quanto ao caráter da inefetividade conferido ao mandado de injunção.

No entanto, as críticas oferecidas, sob o enfoque da Filosofia Política e principalmente do Princípio da Democracia, não são, de todo, adequadas. Com efeito, à vista de tal princípio e na esteira de HABERMAS (item 2.3.), o fazer a norma requer a instauração de um procedimento legislativo democrático, extraído de estruturas comunicativas, onde se processa o agir comunicativo para criação das normas jurídicas, o que não ocorreria caso a norma jurídica fosse editada no seio do Poder Judiciário.

À vista de tais evidências, GILMAR FERREIRA MENDES (2004, p. 356), nas hipóteses de omissão inconstitucional, defenderá que “*independentemente do processo em que for verificada, a falha deve ser superada mediante ação do órgão legiferante*”, estabelecendo-se, assim, os pressupostos para o desenvolvimento da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, no Direito brasileiro.

#### **4. O PODER JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR NEGATIVO**

Neste momento, muda-se um pouco a perspectiva de abordagem. Mantém-se, ainda, o centro das atenções no Princípio da Democracia, só que se encaminha para uma linha de argumentação mais difícil, porque questionadora de alguns postulados pouco tematizados na estrutura do Estado Democrático

de Direito, em especial o da legitimidade da jurisdição constitucional, em países como o Brasil.

No Brasil, a *judicial review* pode ser encarada como uma instituição profundamente enraizada em nossa tradição constitucional, o que se, por um lado, é um dado positivo, por outro, é negativo, já que evidencia uma “petrificação” do desenvolvimento das teorias constitucionais, no pensamento jurídico brasileiro.

Não se discutem no Brasil, por exemplo, as dificuldades de se justificar o controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal<sup>8</sup>. Ao contrário, ele é aceito pacífica e inquestionavelmente, como única forma de garantir o Estado de Direito e sua respectiva Constituição, considerando-se inerte ao próprio conceito de Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, a atividade do Poder Judiciário que desconstitui um ato emanado pelo Poder Legislativo, órgão legitimado democraticamente, a rigor, não viola o Princípio da Separação dos Poderes e/ou o Princípio da Democracia, pois o Poder Judiciário atua como “legislador negativo”.

Contudo, como tem defendido o Professor GILMAR FERREIRA MENDES<sup>9</sup>, a fórmula do “legislador negativo” é retórica. Suponha-se que, ao normatizar algum fato da vida, o legislador possua três alternativas (“a”, “b” e “c”). Só que a primeira é financeiramente impossível; a alternativa “b” não obtém a adesão da maioria necessária; a alternativa “c”, por fim, é a única politicamente viável. Contudo, o Tribunal, ao apreciar a lei “c”, considera-a inconstitucional. Logo, sua atuação é, inegavelmente, positiva, pois (a) reconheceu a inconstitucionalidade de uma (única) alternativa política, não raro, oriunda de diversas alianças políticas, e (b) determina, ainda, quando é o caso, a aplicação da legislação anterior.

#### **4.1. APRESENTAÇÃO DO CASO: ADIs N.ºs 3.105 E 3.128 (CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DOS INATIVOS E PENSIONISTAS)**

A pretexto do julgamento da contribuição previdenciária dos inativos e pensionistas (ADIs n.ºs 3.105 e 3.128), discutir-se-á o tema do Princípio da Democracia em contraste com o mito do “legislador negativo”.

<sup>8</sup> Roberto Gargarella (1997) expõe, em visão panorâmica, algumas delas, contestando: o grau de legitimidade da própria Constituição e o porquê de seu caráter de norma superior; a precisão e o grau de abstração das normas constitucionais; a forma de interpretação dessas normas; o argumento da proteção das minorias; a composição dos Tribunais Constitucionais; o princípio democrático; o conflito intergeracional.

<sup>9</sup> Notas das aulas proferidas no Curso do Mestrado da Universidade de Brasília, no 1.º semestre de 2004.

Rememore-se, na oportunidade, que o tema da taxaço dos servidores inativos e pensionistas não é inaudito. Com efeito, na ADI n.º 2.010, o STF declarou a inconstitucionalidade da contribuio previdenciária instituída pela Lei n.º 9.783/99, dentre outros argumentos, por entender que inexistia “*matriz constitucional*”. Em atendimento à sinalizao do Supremo Tribunal Federal, instituiu-se essa exaço, através da Emenda Constitucional n.º 41, de 19 de dezembro de 2003<sup>10</sup>.

Existem, não obstante, quatro aspectos particularmente decisivos para a questão. O primeiro se resume à circunstância de que a tributao atinge uma pequena parte da populao brasileira: servidores públicos inativos e pensionistas de servidores públicos. O segundo cinge-se à constatao de que, conforme divulgado pelos institutos de pesquisa, a maioria da populao era favorável à tributao. O terceiro, exaustivamente noticiado pela mídia, refere-se aos calorosos debates ocorridos por ocasião da aprovao da EC n.º 41/03, alcanando uma amplitude como poucas matérias obtiveram. O quarto e último consiste em que a viabilizao da EC n.º 41/03 adveio do consenso firmado entre os representantes dos Estados (governadores, secretários e deputados), da Unio Federal (Presidente, ministros, deputados e senadores), dos Municípios, bem assim dos Poderes de Estado (Judiciário, Legislativo e Executivo).

Acredita-se, com base nesses fatores, poder afirmar que a EC n.º 41/03 resultou, sim, de um procedimento legislativo democrático.

## **4.2. O VOTO DO MIN. JOAQUIM BARBOSA**

Em seu voto<sup>11</sup>, em que reconheceu a constitucionalidade da aludida contribuio, o Min. JOAQUIM BARBOSA<sup>12</sup> sustentou:

<sup>10</sup> Pode-se identificar que, aqui, houve uma delegao pelo Tribunal, nos termos propostos por Tushnet (2003, p. 2794), pois o STF disse ao legislador que ele pode fazer o que pretende (contribuio previdenciária), desde que da forma correta (mediante a instituio da matriz constitucional) (“you can do what you seem to want to do, but you haven’t gone about it in the right way. If you really care about this, go back and try again”).

<sup>11</sup> Ressalve-se que, para os fins deste estudo, é irrelevante a considerao de que a EC n.º 41/03 fere ou não o direito adquirido. A discussao insere-se, primordialmente, no âmbito da Filosofia Política, e não do Direito Constitucional Tributário positivado. Também não importa, de forma direta, específica e imediata, a temática da relativizao das cláusulas pétreas.

<sup>12</sup> Disponível em: <http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/1er.asp?CODIGO=92764&tip=UN>. Acesso em: 27/05/2004.

*“vejo a teoria das cláusulas pétreas como uma construção intelectual, conservadora, **antidemocrática**, irrazoável, com a pretensão oportunista e utilitarista, a fazer a abstração de vários outros valores igualmente protegidos pelo nosso sistema constitucional.” (grifou-se.)*

O elemento a ser extraído reside na fundamentação do voto no Princípio da Democracia. Precisamente porque, como visto (item 4.1), a instituição da contribuição previdenciária decorreu de emenda constitucional, o que requer *quorum* qualificado de 3/5 dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, além da aprovação em dois turnos em cada uma delas. É difícil, outrossim, afirmar-se, tendo em vista a proporção tomada nas discussões acerca da taxa-ção dos inativos e pensionistas, que a vontade majoritária da população brasileira não se tenha manifestado através do Poder Legislativo.

Acresça-se o fato de que, durante a sessão do julgamento, o Min. JOAQUIM BARBOSA afirmara que até então só tinha presenciado votos favoráveis à proteção de interesses corporativistas. Ao que foi, de imediato, retrucado pelo Min. MARCO AURÉLIO, que lhe indagou se defender um interesse de toda a sociedade seria corporativismo. Não houve resposta. Entretanto, o interesse, seja dito, não diz respeito a toda sociedade brasileira, mas apenas a uma determinada categoria da sociedade brasileira.

### **4.3. CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS: JURISDIÇÃO X DEMOCRACIA**

Preparada a situação fática para a crítica, necessário adicionar um elemento hipotético: suponha-se que os pedidos, objetos das ADIs n.ºs 3.105 e 3.128, sejam procedentes, isto é, seja declarada a inconstitucionalidade do art. 4.º da EC n.º 41/03 e, em consequência, da contribuição previdenciária incidente sobre servidores inativos e pensionistas. É dizer: o Supremo Tribunal Federal, órgão destituído de legitimação democrática, declara inconstitucional uma emenda à Constituição, ato normativo dotado da maior legitimidade democrática no sistema brasileiro, que, inegavelmente, expressa a vontade do povo brasileiro.

É inevitável reconhecer a natureza eminentemente política da função jurisdicional, em situações de tal jaez. Mais que isso, percebe-se a fragilidade do mito do Poder Judiciário que atua como “legislador negativo”, porque prevalece o entendimento da existência de uma norma jurídica (imunizante) que proíbe a tributação, à revelia da discussão política que, necessariamente, deveria ter havido acerca da norma da imunidade tributária.

Rememore-se: a inconstitucionalidade da norma instituidora da contribuição previdenciária não é claramente perceptível, tanto que nas ADIs interpostas o argumento basilar, sustentado pela Procuradoria-Geral da República (pare-

cer) e pelas Associações Nacionais do Ministério Público e dos Procuradores da República (requerentes), foi o da violação ao direito adquirido. Ele, entretanto, foi rejeitado pela Relatora, Min. ELLEN GRACIE<sup>13</sup>. Além do mais, renomados juristas brasileiros se dividem em duas correntes: uma entendendo ser constitucional a cobrança (LUIS ROBERTO BARROSO<sup>14</sup>, TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR<sup>15</sup>), outra considerando-a inconstitucional (JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>16</sup>, HUGO DE BRITO MACHADO<sup>17</sup>). Com isso, não é difícil concluir que a discussão extrapola o âmbito jurídico e insere-se no político.

Verifica-se, nesse quadro, que a Constituição Federal admite duas interpretações divergentes e bastante razoáveis quanto à constitucionalidade ou não da contribuição. Assim – dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito (paradigma particularista) e tendo em vista que a inexistência de responsabilidade democrática do juiz constitucional deve ser compensada por sua estrita vinculação à lei, consoante ensina BÖCKENFÖRDE (2000, p. 63) – em caso de a lei apresentar, por imprecisão ou vaguidade, ampla margem de discussão, a definição de seu conteúdo deve ficar por conta do Poder Legislativo, órgão legitimado democraticamente para tanto<sup>18</sup>. Não por outro motivo, VÍCTOR FERRERES COMELLA (1997, p. 44) observa, com muita propriedade, que: “*Cuanto más controvertida es la cuestión constitucional a resolver, más problemático es entregar al juez constitucional el poder de controlar la validez de la*

<sup>13</sup> Disponível em: <http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=92764&tip=UN>. Acesso em: 27/05/2004. Com efeito, a Min. Relatora rechaçou a tese da ofensa ao direito adquirido, entendendo que, no presente caso, o impedimento à tributação limitava-se à inexistência da “causa suficiente” para o tributo.

<sup>14</sup> Parecer nos autos das ADIs n.º 3.105 e n.º 3.128.

<sup>15</sup> FERRAZ JR, Tercio Sampaio. A cobrança dos inativos é inconstitucional? In: Folha de São Paulo, São Paulo, n.27046, Seção Tendências/Debates, 21/04/ 2003, p.A3.

<sup>16</sup> Parecer nos autos das ADIs n.º 3.105 e n.º 3.128.

<sup>17</sup> MACHADO, Hugo de Brito. Aposentadoria e direito adquirido. Disponível em: <http://www.hugomachado.adv.br/hmadmin/artigos.asp>. Acesso em: 27/05/2004.

<sup>18</sup> Seria de cogitar-se, embora o próprio Tushnet (2003, p. 2797-2801) enumere alguns fatores negativos, a adoção da teoria desenvolvida por James Bradley Thayer (“tutelary review”), segundo a qual a Suprema Corte só poderia invalidar uma lei quando ela fosse manifestamente inconstitucional. Com ela, ter-se-ia a seguinte situação retratada por Tushnet (2003, p. 2801): “judges exercising Thayerian tutelary review will confront a legislature whose members can reasonably say to themselves, ‘we understand that the court’s interpretation of the constitution is reasonable, and different from ours, but we also understand that our interpretation is a reasonable one too. Given the choice between two reasonable interpretations, we will adhere to our initial judgment.’”. Constituiria essa técnica um modelo bem interessante para mitigar os efeitos vinculantes e obrigatórios das decisões do Tribunal Constitucional, que não se reveste de legitimidade democrática, preservando-se, por consequência, o Princípio da Democracia.

*ley. Cuanto menos controvertida sea la cuestión, en cambio, menos problemática es la institución del control judicial”.*

Evita-se, dessa forma, conferir uma má impressão à atividade judicial porque, segundo observa MARK TUSHNET (1999, p. 21), ela fica condicionada a um certo tipo de “*contagem de votos (ou de cabeças)*” (“*head-counting*”), no sentido de que a composição de um Tribunal Constitucional afeta o significado das normas constitucionais, descaracterizando-se, assim, a existência de um “*governo de leis*” e, ao contrário, marcando-se um “*governo de homens e mulheres*”, dos homens e mulheres que integram o Tribunal.

## 5. QUAL O PAPEL DO JUDICIÁRIO?

Toda a discussão até então levada a cabo remete a uma questão central, nos moldes propostos por KARL DOEHRING (1995, p. 211), em que “*a recomendação ou não da instalação de um judiciário constitucional depende do fato de se temer mais o mal uso do poder parlamentar do que o poder judiciário*”. O problema é que essa formulação parte do pressuposto da corrupção ou desvirtuamento do Legislativo. E, a respeito disso, MONTESQUIEU (1987, p. 182) já advertia: “*Ele (o Estado) perecerá quando o Poder Legislativo estiver mais corrompido que o Executivo*”, uma vez que a corrupção do Legislativo prenuncia, em grande parte, a própria deterioração da sociedade.

Então, deve-se concordar com HABERMAS (2001, p. 354) ao se insurgir contra um eventual papel de “protetor” a ser exercido pelo Tribunal Constitucional:

“tenemos que liberar el concepto de política deliberativa de connotaciones que exijan demasiado de él o le impongan excesiva carga, pues tales connotaciones someterían al Tribunal Constitucional a la coerción de estar permanentemente definiendo y decidiendo. El Tribunal Constitucional no puede adoptar el papel de un regente que ocupa el lugar del sucesor en el trono ante la minoría de edad de éste.(...)”

La idealización que de este papel algunos constitucionalistas efectúan un tanto apresuradamente, parece deberse a la necesidad de buscar y encontrar un fiduciario para un proceso político excesivamente peraltado en términos idealistas.”

Não se pode, pois, de acordo com INGEBORG MAUS (2000, p. 128), erigir o Poder Judiciário ao *status* de protetor da sociedade ou “superego da socie-

dade”, porque, no fundo, “*a eliminação das discussões e procedimentos no processo de construção política do consenso, no qual podem ser encontrados normas e concepções de valores sociais, é alcançada através da centralização da consciência social na justiça*”.

Dessa perspectiva, é inadmissível um modelo de Estado Democrático de Direito, a exemplo do Brasil, no qual as decisões fundamentais fiquem ao encargo do Tribunal Constitucional, ou STF, por se ter, nessa hipótese, a própria desnaturaçã do Estado Democrático: o povo não estaria, ele próprio, no comando do Estado, à proporçã em que não estaria estabelecendo suas próprias normas.

Entã, fica claro que o papel do Judiciário, definitivamente, não deve ser o de instituir novas leis (caso do mandado de injunçã), em face de não deter “*legitimidade material*”<sup>19</sup> para tanto. Ademais, caso se admita a possibilidade de o STF editar normas jurídicas autonomamente, abrir-se-ã as portas para que ele venha a legislar de forma abstrata e genérica, com efeitos *erga omnes*, editando verdadeiros atos normativos com eficácia de lei, na medida em que (a) existirã milhões de casos similares e, principalmente, (b) a diferençã entre o controle abstrato e incidental, como defende o próprio KELSEN (1999, p. 16), a rigor, é apenas quantitativa, e não qualitativa.

Com isso, tira-se o poder do próprio povo de se autogovernar e, invariavelmente, inverte-se a própria lógica do Estado Democrático de Direito. Retira-se a possibilidade de o povo ingressar no espaçã aberto das discussões políticas, no qual pode defender suas pretensões de validade, a fim de que elas venham a ser institucionalizadas na forma de normas jurídicas. Aniquila-se, por conseguinte, o pressuposto legitimador do próprio Direito.

Essa mesma preocupaçã também recai sobre o mito do legislador negativo. O problema consiste em que tais desvios democráticos se dão de forma muito mais sutil e, por isso mesmo, é tão mais tormentoso teorizar e questionar as “verdades” as quais dão embasamento teórico ao controle de constitucionalidade, que sã erigidas à categoria de verdadeiros “dogmas”.

## **6. PALAVRAS FINAIS**

Daí, a necessidade de refletir não sobre a eliminaçã das formas de controle, mas a sua compatibilizaçã com o Princípio da Democracia, dentro de um

---

<sup>19</sup> Segundo Böckenförde (2000, p. 62), legitimidade material (ou de conteúdo) tem por objetivo assegurar que o exercíco do poder do Estado derive do povo ou se concilie com a sua vontade, garantindo-se, assim, o exercíco do poder do Estado pelo povo.

paradigma particularista. Novas formas de controle? Poder-se-ia responder, com maior precisão, novos mecanismos.

A EC n.º 41/03 comprova que, nos dias de hoje, o STF, mesmo atuando como legislador negativo, tem assumido um papel extremamente interventor e diretor na política brasileira, extrapolando, inequivocamente, seu papel constitucional. Ocorreria, no dizer de TUSHNET (1999, p. 57-65), uma espécie de inclinação do (pró) Judiciário (“*judicial overhang*”).

Logo, urge discutir-se um modelo de controle judicial mitigado, com a introdução de novos mecanismos, a fim de compatibilizar a jurisdição constitucional com o Estado Democrático de Direito, instituição na qual se assegura a liberdade de o cidadão participar da vida política do Estado.

O presente trabalho, longe de pretender fixar quais seriam as soluções conciliatórias, apenas intenciona abrir o espaço de debate, trazendo à tona algumas sugestões discutidas noutros países.

## **7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ARISTÓTELES. *Política*. Trad. Mário da Gama Kury. 3. ed. Brasília: UnB, 1997.

BOBBIO, Norberto. *Teoria das formas de governo*. Trad. Sergio Bath. 9. ed. Brasília: Unb, 1997.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*. Trad. Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000.

CASTRO, Marcus Faro de. *Universalismo e particularismo como paradigmas da política*. In: *A Contemporaneidade Brasileira: Dilemas e Desafios para a Imaginação Sociológica*. ed. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2001, p. 259-278.

CATTONI, Marcelo. *Direito constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva (elementos da filosofia constitucional contemporânea)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

COMELLA, Víctor Ferreres. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

- DOEHRING, Karl. *A função do tribunal federal constitucional alemão na qualidade de principal guardião da constituição, dos termos da lei e da democracia*. in: O Federalismo na Alemanha. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, Centro de Estudos, 1995, p. 205-211.
- GARGARELLA, Roberto. *La dificultad de defender el control judicial de las leyes*. Isonomía: n. 6, abril, 1997, p. 55-70.
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez (sobre el derecho y el estado democrático derecho en términos de teoría del discurso)*. Trad. Manuel Jimenez Redondo. 3. ed. Madrid: Trotta, 2001.
- KELSEN, Hans. *Quien debe ser el defensor de la constitución?* Trad. Roberto J. Brie. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: controle de normas no Brasil e na Alemanha*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito. Recife: n. 11, a. 2000, p. 125-156.
- MICHELMAN, Frank I. *Populist natural law (reflections on Tushnet’s “thin constitution”)*. University of Richmond Law Review. Richmond: v. 34, n. 2, 2000, pp. 461-487.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Trad. Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1987.
- TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts*. New Jersey: Princeton University, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Alternative forms of judicial review*. Michigan Law Review: Aug 2003, vol. 101, Is. 8, p. 2781-2802.