

## INTRODUÇÃO

### Motivação

O tema que determina o título deste trabalho requer algumas observações preliminares, visto que não estamos nos referindo a um assunto amplamente conhecido e debatido pela doutrina ou pela própria jurisprudência. Muito pelo contrário. A ideia de correção legislativa de decisão judicial pode parecer óbvia para um intérprete apressado do termo ou, quiçá, suscitar alguma estranheza. Em sentido amplo, refere-se à possibilidade constitucionalmente atribuída ao Legislativo de, ao discordar de determinada interpretação judicial, corrigi-la através da publicação de norma diversa. O fenômeno tem passado despercebido pela doutrina pátria como atesta a escassez de publicações que versam sobre o tema.

De início, cabe-nos apresentar a origem da expressão “correção legislativa de decisão judicial” segundo o direito brasileiro. Ela foi utilizada pelo Ministro Gilmar Mendes, em sede do Recurso Extraordinário 573.675, no qual se discutia a eventual inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 39<sup>1</sup> que instituiu a contribuição para o custeio de iluminação pública. Em seu voto, o Ministro Gilmar, ao decidir pela constitucionalidade da supracitada emenda, esclarece que se trata “de um fenômeno que sói acontecer também no Direito americano, que é o fenômeno de um tipo de correção legislativa de uma decisão judicial por emenda constitucional.” E acrescenta, elucidando mais ainda a questão: “Salvo melhor juízo, aqui não há cláusula pétrea envolvida. Nós temos tido esse fenômeno, por exemplo, nos casos de lei ordinária e lei complementar.”<sup>2</sup>

Em relação à decisão, cabem mais duas informações adicionais. A primeira, no que tange ao desfecho do caso. Se ele fosse diverso, nossa tese já padeceria de “vício de forma” na própria origem. Portanto, conforta-nos revelar que o recurso foi julgado desprovido e a emenda, por maioria de votos, considerada constitucional conforme veremos mais detidamente em momento

---

<sup>1</sup> A Emenda Constituição nº 39 foi promulgada em 19 de dezembro de 2002. Seu inteiro teor será analisado no capítulo 3 deste trabalho.

<sup>2</sup> RE 573-675 SC. O trecho citado faz parte do voto do Ministro Gilmar Mendes, à página 1451.

apropriado. E a segunda observação refere-se à atualidade do tema, visto que a decisão foi proferida em março de 2009. Ela é, pois, bastante recente para romper os muros que ainda separam a prática judicial da academia, e para que seus ecos se façam repercutir em pesquisas acadêmicas.

Além dessa perspectiva jurisprudencial, o segundo ponto que nos estimula enfrentar o assunto é de natureza teórica. Ele emerge do contexto do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio, marcado por seu olhar crítico e interdisciplinar do fenômeno jurídico. Nesse ambiente reflexivo, surge nossa maior inquietude, como ponto de partida, assim como horizonte a nortear o caminho a ser trilhado por essa pesquisa. A jurisdição constitucional<sup>3</sup> carece de legitimidade democrática ou ela é parte importante dessa engrenagem capaz de dar sustentação à efetividade da Constituição?

O questionamento em torno da legitimidade da jurisdição constitucional, embora não seja uma questão nova, passa ao largo dos manuais de direito constitucional brasileiro. Tais obras reservam mais de uma centena de páginas para analisar o intrincado processo constitucional,<sup>4</sup> porém poucos debatem acerca do papel do Poder Judiciário como intérprete final da Constituição.

---

<sup>3</sup> De acordo com a lição de Luís Roberto Barroso em sua obra *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 01-03, o termo jurisdição constitucional é gênero, pois “designa a aplicação da Constituição por juízes e tribunais”, enquanto o controle de constitucionalidade é espécie, consistindo na verificação da compatibilidade da lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição”. Embora, concorde com o preciso esclarecimento do professor, não farei distinção nesse trabalho, onde utilizarei, alternadamente, as expressões “controle de constitucionalidade”, “jurisdição constitucional” ou “*judicial review*” como expressões sinônimas, quando me referir à competência concedida ao Judiciário para interpretar a constituição.

<sup>4</sup> O processo constitucional a que fazemos alusão, diz respeito às normas esparsas que positivam a processualística do controle de constitucionalidade em nosso ordenamento jurídico. A discussão acerca da necessidade de codificação do direito processual constitucional começa a ganhar corpo no meio jurídico nacional. Em recente artigo intitulado: “O debate do Código de Processo Constitucional”, publicado no jornal *Folha de São Paulo* de 20 de fevereiro de 2010, os professores André Ramos Tavares e Domingo García Belaunde discorrem sobre o fenômeno, como uma “excelente oportunidade” de se pensar o sistema, ainda fragmentado, “como um todo capaz de contribuir para a defesa dos direitos humanos fundamentais”. Os autores acrescentam, por fim, que a matéria deve passar a figurar nos currículos universitários, “como disciplina própria”. No mesmo periódico, em artigo que data de 10 de janeiro de 2010, Paulo Bonavides e Paulo Lopo Saraiva, convergem em opinião semelhante. Segundo estes notórios constitucionalistas, a elaboração de um Código de Processo Constitucional “contribuirá para tornar a Constituição cada vez mais efetiva na confluência: norma, jurisdição e processo.” E concluem, que esse passo legislativo, “poderá vir a ser breve”, o que, em nossa opinião, constitui um novo e importante tema acadêmico em busca de um autor.

## Delimitação do tema e objetivos

A delimitação do objeto de estudo, própria da natureza dos trabalhos acadêmicos, requer um exame cuidadoso por parte de seus autores, a fim de que a fixação de metas precisas possa nortear as investigações. Em tema, como o que propomos de desenvolver, no qual há pouca bibliografia disponível, o esforço, sem dúvida, é redobrado. Portanto, cabe-nos fazer, nessa parte introdutória, algumas observações de cunho metodológico e conceitual.

Primeiramente, devemos destacar alguns assuntos, que embora gravitem em torno do tema central deste trabalho, não receberão uma análise aprofundada. Do contrário, estaríamos incorrendo em grave erro de ampliar de modo excessivo o quadro a ser examinado, através de digressões desnecessárias e até mesmo repetitivas para um trabalho acadêmico. Dentre tais temas, relacionados com a idéia de correção legislativa de decisão judicial, os quais não exigem um grau de aprofundamento excessivo, sob o risco de perda de rumo do trabalho, estão o princípio da separação de poderes, o poder constituinte e o próprio processo legislativo.

No que tange ao estudo do controle de constitucionalidade das leis, inúmeros estudos focalizam em detalhe os diferentes modelos, abstrato e concreto, ou conforme parte da doutrina prefere denominar, o modelo europeu-continental e o americano, sob uma perspectiva histórica. Desnecessário repisar que tais assuntos serão abordados indiretamente, até porque não há como dissertar sobre o fenômeno da correção legislativa de decisão judicial, entendida como a possibilidade concedida ao Legislador ordinário de reverter uma decisão judicial proferida pela instância constitucionalmente competente para dar a “palavra final,”<sup>5</sup> sem abordar as matérias supramencionadas. Sem desmerecer a relevância e a qualidade de tais trabalhos, deve-se salientar que nosso objetivo é diverso.

No presente estudo, a especificidade de nosso objeto circunscreve-se ao momento posterior àquele da proclamação de decisão judicial proferida por uma

---

<sup>5</sup> Sempre que utilizarmos a expressão “última palavra”, ao longo deste trabalho, ela virá entre parênteses, como forma de relativizar o seu significado e de externar nossas reservas quanto à sua imutabilidade.

Corte Suprema.<sup>6</sup> A correção legislativa de decisão judicial poderia ser considerada matéria restrita ao campo da Política e, portanto, fora do alcance do Direito, ao tempo em que a “vontade de Constituição”<sup>7</sup> ainda não prevalecia sobre o ordenamento jurídico-político.

Hodiernamente, tal matéria constitui objeto do Direito, apesar da pouca atenção que lhe tem sido dada pela doutrina no Brasil. Conforme sentença o cientista político Jeb Barnes, em sua tese doutoral sobre a relação entre Cortes e Congresso no sistema americano: “o fundamental, a doutrina omite, é saber se a passagem de correção legislativa serve aos importantes valores democráticos, como a ampla participação e objetivos políticos, como o fortalecimento da segurança jurídica.”<sup>8</sup>

Ressalte-se, ainda, que embora decisões sejam proferidas, rotineiramente, pelas mais diversas instâncias do Poder Judiciário,<sup>9</sup> interessa-nos o que Canotilho define como “monopólio da última palavra,”<sup>10</sup> porquanto constitui matéria firmada sobre determinado litígio constitucional.

O principal objetivo deste trabalho é demonstrar que cabe ao Legislativo, quando a este lhe convém - apesar da pretensa rigidez imposta pelo Poder Constituinte originário ao poder de reforma – “corrigir” uma decisão com a qual

---

<sup>6</sup> A expressão “Corte Suprema” empregada ao longo do trabalho deve ser compreendida em seu sentido amplo, como gênero. Quando nos referirmos ao Supremo Tribunal Federal do Brasil, usaremos o termo “Supremo Tribunal”, ou como é conhecido na prática constitucional, simplesmente “STF”. Em relação à *United States Supreme Court*, denominaremos tão-somente, “Suprema Corte”. Enquanto, “Corte Constitucional”, designa o modelo adotado pela jurisdição constitucional de grande parte dos países europeus. Para um maior aprofundamento, ver: FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy Editora, 2004.

<sup>7</sup> Nesse sentido, para o autor alemão, a Constituição não pode representar somente a “vontade de poder”, e sim, deve converter-se em força ativa capaz de se fazer presente na “consciência geral”, e, sobretudo, “na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional”. Tal “vontade” requer três pressupostos: compreensão da necessidade de uma “ordem normativa inquebrantável”, que essa ordem “é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos”, e, finalmente, que para “ser eficaz requer a vontade humana” HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*, tradução Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991, p. 19 - 21.

<sup>8</sup> Most important, the literature neglects the fundamental question of whether the passage of overrides serves important democratic values, such as promoting broad political participation, and policy goals, such as enhancing legal certainty. (tradução aproximada) BARNES, Jeb. *Overruled? Legislative overrides, pluralism and contemporary Court-Congress relations*. Stanford: Stanford University Press, 2004, p. 31.

<sup>9</sup> A Constituição da República, ao adotar o sistema misto de controle de constitucionalidade, autoriza qualquer juiz a declarar no caso concreto a inconstitucionalidade de uma norma.

<sup>10</sup> CANOTILHO, J.J. *Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Ed. Almedina, 1999. 3ª Ed, p. 622. Ao dissertar sobre o princípio da reserva de jurisdição, o ilustre constitucionalista português, esclarece que tal princípio também pode conter duas espécies: “o monopólio da primeira palavra” (do juiz) ou “monopólio da última palavra” (dos tribunais).

aquele não concorde. Assim, ficaria reconstituído o ordenamento democrático, sem prejuízo do respeito aos direitos fundamentais,<sup>11</sup> afastando-se, assim, as inúmeras advertências de um segmento de constitucionalistas temerosos com o alargamento do poder das Cortes materializado através do modelo rígido de controle de constitucionalidade.

Apesar da permanente renovação dos questionamentos teóricos, duas questões, formuladas pelo professor Gilmar Mendes em sua obra “Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade” permanecem como as mais emblemáticas. Segundo ele, desde a instituição da Suprema Corte pelo direito americano “os Estados que optaram por consagrar democracia constitucional com jurisdição constitucional”, se vêem obrigados a responder as seguintes questões:<sup>12</sup>

- a) “Qual o direito que assegura ao Tribunal Constitucional a possibilidade de impor seu entendimento ao legislador democraticamente eleito?”
- b) “Estaria o legislador submetido, de forma definitiva, às decisões da Corte Constitucional?”

Ambas as indagações delimitarão nosso campo de pesquisa, bem como guiarão o rumo ao objetivo pretendido.

### **Metodologia utilizada**

No tocante à metodologia empregada, devemos ressaltar o caráter descritivo da pesquisa. O que significa afirmar que não ostentamos a pretensão de propor modelos ideais de relacionamento entre os Poderes, tampouco prescrever formas alternativas de interpretação constitucional. Através de uma análise meramente descritiva da engenharia constitucional brasileira e estrangeira, almejamos apresentar a relação entre Cortes e Congresso sob a perspectiva da correção legislativa de decisão judicial.

---

<sup>11</sup> Os direitos fundamentais, conforme analisaremos ao longo do trabalho estão, ao menos em tese, protegidos pelas cláusulas superconstitucionais.

<sup>12</sup> Na passagem original, parcialmente supratranscrita, o professor Gilmar Mendes, elenca ainda uma terceira indagação que persegue os estudos de direito constitucional contemporâneo. “Não estaria o legislador, igualmente, legitimado a adotar, em determinados casos, uma interpretação autêntica da Constituição?” Para responder a essa pergunta, no entanto, caberia pesquisa diversa sobre a vinculação do legislador aos mandamentos constitucionais de legislar. Em nosso entendimento, tema delicado, porém oportuno diante do panorama atual brasileiro. MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. Estudos de direito constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 462.

As consultas à bibliografia no campo doutrinário somada à pesquisa jurisprudencial, facilitada pelas modernas ferramentas de busca disponíveis na internet, tornaram possível a realização do presente estudo. Nesse sentido, a metodologia empregada para a análise de casos no Brasil foi o ágil sistema de buscas do Supremo Tribunal Federal, <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>, bem como para legislação atualizada e projetos legislativos referentes à correção judicial, respectivamente, <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>, <[www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)> e <[www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br)>.

Dentre os principais sítios consultados para compor a parte relativa ao Direito norte-americano, no que tange ao estudo normativo e de precedentes judiciais, tivemos acesso ao <[www.findlaw.com/casecode/constitution](http://www.findlaw.com/casecode/constitution)>, <[www.fjc.gov](http://www.fjc.gov)> e ao <<http://supreme.justia.com/index.html>>. No tocante ao processo legislativo, o respectivo sítio do Congresso, <[www.rules.house.gov](http://www.rules.house.gov)> e para o estudo específico do sistema Constitucional do Estado da Califórnia, procuramos acessar <[www.leginfo.ca.gov](http://www.leginfo.ca.gov)>.

## Estrutura do trabalho

A presente dissertação está organizada em **cinco capítulos**. Além da parte introdutória e da parte conclusiva, nos outros três discorreremos sobre as premissas teóricas que alicerçam o tema, uma análise dos ordenamentos estrangeiros e do modelo adotado pela Constituição de 1988 e, por fim, a pesquisa de alguns exemplos de correção legislativa de decisão judicial, por meio do estudo de casos.

O **capítulo 2** subdivide-se em três partes. Na primeira, o caso hipotético elaborado por Lon Fuller, “O caso dos exploradores de caverna”<sup>13</sup> recebe uma releitura, diferente daquela usualmente aplicada nos cursos de direito penal e de argumentação jurídica. O recurso ao discurso narrativo,<sup>14</sup> presente na interseção

---

<sup>13</sup> FULLER, Lon. *O caso dos exploradores de caverna*, tradução de Plauto Faraco de Azevedo, Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1976. O caso foi publicado pela primeira vez no ano de 1949 na conhecida Revista de Direito da *Harvard Law Review* nº 62, e, desde então, não perdeu a sua contemporaneidade. A obra mantém reedições contínuas e costuma ser utilizada nos cursos de direito penal, argumentação jurídica e nas discussões filosóficas a respeito da prevalência entre o direito natural e positivo.

<sup>14</sup> No direito estrangeiro, além do próprio Lon Fuller, o norte-americano Ronald Dworkin em seu clássico *Império do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 275-286, também se qualifica

entre Direito e Literatura, justifica-se pelos interessantes contornos que a disciplina é capaz de proporcionar ao debate. Questionamentos metafóricos, tais como a hesitação em decidir, a reverência ao modelo parlamentar e o indisfarçável desejo de que outro poder corrija a decisão final dos próprios magistrados, reafirmam a sua inclusão. Na segunda parte, a discussão será de natureza teórica e buscaremos apresentar algumas concepções acerca do sistema de jurisdição constitucional. No tocante ao aspecto prático, tentaremos compreender a jurisdição constitucional no Brasil, levando em conta os motivos de sua expansão, bem como sua adequação à realidade jurídica e política.

Seguindo essa linha de pesquisa, o **capítulo 3** examina quatro modelos distintos, no tocante ao Poder competente para realizar a interpretação constitucional. As escolhas não foram aleatórias, elas representam modelos nos quais a palavra final em matéria constitucional é atribuída a diferentes Poderes, o que enriquece o debate e demonstra as alternativas possíveis para a complexa relação entre Cortes e Congresso. Pesquisaremos as estruturas nas quais há diálogo entre as instâncias decisórias; onde há absoluta negação a ambas, delegando ao povo a decisão sobre reformas constitucionais através do recurso frequente aos mecanismos de democracia direta, e, por fim, onde há prevalência do Poder Judiciário como instância decisória. Portanto, Canadá, determinados países latino-americanos, Estados Unidos e Brasil serão estudados, respectivamente.

O primeiro modelo selecionado, em vigor no Canadá, costuma ser denominado de modelo dialógico. A cláusula “não obstante” (*notwithstanding clause*) positivada através da *Canadian Charter of Rights and Freedom*, promulgada em 1982, passou a ser o fetiche de muitos constitucionalistas contemporâneos, como uma terceira via capaz de equilibrar a binária escolha entre

---

como um dos estudiosos da relação Direito e Literatura. Na obra supramencionada, o constitucionalista norte-americano tece um interessante comentário: “Os juízes, porém, são igualmente autores e críticos. (...) podemos encontrar uma comparação ainda mais fértil entre literatura e direito ao criarmos um gênero literário artificial que podemos chamar de [romance em cadeia]”. Ou seja, para Dworkin, a interpretação criativa como uma trama capaz de manter determinada continuidade, pode ser comparada a um “romance em cadeia”.

No direito brasileiro, o professor Luis Alberto Warat, detentor da Cátedra “Arte e Direito” na UNB, é um dos expoentes dessa interseção, cuja obra “A ciência jurídica e seus dois maridos” publicada pela Editora Edunisc, pode ser considerada um exemplo dessa bem sucedida interdisciplinabilidade. Para ele “as ciências sociais são discursos poéticos, que têm de ser trabalhadas hermeneuticamente” de onde “a realidade será sempre inacessível, podemos nos aproximar dela, mas nunca capturá-la”.

supremacia parlamentar e judicial. Segundo o artigo 33 da mencionada Carta, o Parlamento ou as Legislaturas das províncias estão autorizados a editar leis contrárias a determinados direitos constitucionalmente protegidos.

A segunda estrutura constitucional é representada pelos ordenamentos de determinados países latino-americanos, tais como Venezuela, Bolívia e Equador, que ilustra o modelo o qual se convencionou denominar de “Novo Constitucionalismo Latino-Americano.”<sup>15</sup> Ao procedermos a uma análise normativa<sup>16</sup> das recentes Constituições promulgadas por esses Estados, embora os mesmos tenham mantido a via de interpretação judicial de suas respectivas normas fundamentais, desvela-se uma explícita desconfiança em relação aos Poderes constituídos. Dentre os traços marcantes desse movimento estão a positivação de uma ampla relação de direitos fundamentais, a inclusão de minorias historicamente marginalizadas e, sobretudo, o recurso à participação direta do povo por meio de instrumentos de democracia participativa, inclusive nas decisões finais em matéria de reforma constitucional. Esse último ponto, evidentemente, é o que nos interessa e justifica sua inclusão no trabalho.

O terceiro ordenamento cotejado é o sistema americano de controle forte<sup>17</sup> de constitucionalidade. Seu papel é extremamente relevante no cenário internacional como o grande promotor da concepção de *judicial review* para o mundo, assim como para o estudo desse trabalho. Cabe-nos reiterar a observação feita pelo Ministro Gilmar Mendes ao proferir seu voto no recurso extraordinário, de que o fenômeno que dá título à nossa dissertação costuma ocorrer no Direito americano. Daí se extrai a relevância que atribuímos a esse capítulo, em razão não

---

<sup>15</sup> DALMAU, Rubén Martínez. *Asembleas Constituintes y el novo constitucionalismo en América Latina*. Galícia: Revista Tempo Exterior, nº 17, julho-dezembro/ 2008. Segundo o professor e ex-assessor constituinte do processo de formação das Constituições da Venezuela, Bolívia e Equador, já se pode falar de “um novo constitucionalismo latino-americano”, movimento recheado de traços particulares que o diferencia de um “velho constitucionalismo”.

<sup>16</sup> Antes de prosseguirmos, convém alertar o leitor que nossa análise restringir-se-á ao âmbito normativo dessas Constituições. Qualquer manifestação de cunho político ou pessoal poria em risco o caráter científico do trabalho, bem como consistiria mera opinião irrelevante para nosso intento, qual seja, apresentar descritivamente modelos normativos de interpretação previstos constitucionalmente. A captura do Direito - aqui entendido como um contrato pré-estabelecido e respeitado por todos - pela Política será sempre uma ameaça às instituições.

<sup>17</sup> A classificação elaborada pelo constitucionalista Mark Tushnet será trazida a baila no capítulo em questão. Vale salientar, entretanto, que para o autor norte-americano coexistem dois modelos de controle de constitucionalidade, quais sejam, o *strong form* e o *weak form*, que optamos por traduzir, respectivamente, como forma forte e forma branda. V. TUSHNET, Mark. *Weak Courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

somente da complexidade de detalhes, característica da família do *common law*, bem como a menção feita na jurisprudência pesquisada, ao papel da Suprema Corte americana para o constitucionalismo contemporâneo.

Por fim, faremos uma análise da correção legislativa de decisão judicial no direito brasileiro sob o aspecto teórico e prático, na qual pretendemos propor uma nova perspectiva sobre a jurisdição constitucional capaz de indicar as nuances do conceito de “última palavra”.

No **capítulo 4** serão investigados alguns casos de correção legislativa de decisão judicial, nos quais o intérprete último da Constituição, após proferir sua palavra final, provocou a reação por parte do Poder Legislativo. Os casos concentram-se em algumas emendas constitucionais oriundas de correção de julgados do Supremo Tribunal Federal, não coincidentes com a vontade do legislador ordinário, bem como em proposta de emenda sobre a exigência de diploma de jornalismo para o exercício da profissão. A apresentação dos casos respeitará a seguinte organização metodológica: referência da decisão judicial corrigida, síntese dos fatos envolvidos e norma utilizada como correção legislativa.