

3

Alternativas à jurisdição constitucional e a correção legislativa de decisão judicial

A escolha dos modelos analisados no capítulo segue a organização descritiva com a qual nos comprometemos na introdução desta pesquisa. Deste modo, o primeiro ordenamento a ser explorado, será o canadense, como alternativa de superar o sistema rígido de jurisdição constitucional através do diálogo institucional interpoderes.

Na sequência, os ordenamentos da Venezuela, Bolívia e Equador figuram como modelos que, embora preservem características de jurisdição constitucional rígida, a participação popular nas reformas constitucionais e na escolha dos juízes os coloca em posição *sui generis*.

Em seguida, a engenharia constitucional estadunidense é o terceiro modelo a ser pesquisado, através do qual se pretende demonstrar as diversas possibilidades de correção legislativa de decisão judicial. Por fim, a análise do modelo brasileiro de jurisdição constitucional e as aberturas mantidas pela Constituição de 1988 capazes de tornar possível a passagem de correções legislativas mesmo diante de “decisões judiciais irreversíveis.”

3.1

O modelo canadense de controle de constitucionalidade: a cláusula “notwithstanding” e a teoria do diálogo institucional

Seguindo a metodologia proposta em nosso trabalho, convém analisarmos as formas alternativas de jurisdição constitucional, tomando por base a classificação proposta pelo acadêmico norte-americano Mark Tushnet,¹ denominadas de forma forte (*strong form*) e forma branda (*weak form*). De acordo com este autor, a forma branda distingue-se da forte em face de duas características marcantes. No modelo brando, o legislativo pode repudiar a

¹ TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights. Judicial and Social Welfare Rights in Comparative Law*. Princeton: Princeton University Press, 2007.

interpretação das Cortes e o processo de revisão ocorrer em um período mais curto de tempo.

Diante desta primeira informação, já podemos perceber uma diferença sensível em relação aos outros modelos analisados no trabalho. Diferentemente da correção legislativa de decisão judicial, no modelo da Comunidade Britânica,² há expressa positivação de comando constitucional que retira das Cortes a prerrogativa de manifestar-se por “último” sobre alcance e interpretação das normas. Este é o traço principal que distingue o modelo brando e forte de controle de constitucionalidade.

Sem adiantar o item referente à possibilidade de correção legislativa de decisão judicial no sistema americano, e, sobretudo no Brasil, devemos ressaltar nossa discordância com o posicionamento do autor. A velocidade da correção legislativa, assim como a capacidade de convocar a participação de setores interessados em tal correção estão intimamente relacionados e não são elementos exclusivos dos modelos de engenharia constitucional branda, conforme tentaremos demonstrar nos itens seguintes.

Feita esta digressão, voltemos nossa atenção ao constitucionalismo da Comunidade Britânica e sua importância como modelo alternativo de relação interpoderes. Dentre alguns artigos³ que mais chamaram a atenção dos estudiosos fora do ambiente anglo-saxão, destaca-se “*The New Commonwealth Model of Constitutionalism*”,⁴ publicado em 2001, por Stephen Gardbaum, da

² Usaremos aleatoriamente a expressão “Comunidade Britânica” ou “Commonwealth” ao nos referirmos ao seletor rol de Estados que adotou o modelo brando de controle de constitucionalidade, quais sejam o Canadá, a Nova Zelândia e o próprio Reino Unido. Cabe salientar que no total são 54 países que compõem a Comunidade, conforme informação disponível em sítio oficial <http://www.thecommonwealth.org/>. Acesso em 12/04/2010.

³ A teoria dos diálogos institucionais vem sendo amplamente debatida por autores canadenses e americanos, com destaque para Kent Roach, Peter Hogg, Alison Bushell, Christine Bateup, Rosalind Dixon, além, é claro dos anteriormente mencionados Mark Tushnet e Stephen Gardbaum. No Brasil, o tema restringe-se ao universo acadêmico. As obras críticas ao monopólio da última palavra crescem na medida em que nossa Suprema Corte passa a exercer uma postura mais ativista, o que entendemos como um movimento natural em razão de diversos fatores apresentados no item 1.3.1. Dentre as principais obras nacionais que merecem destaque estão a trilogia organizada por Bigonha e Moreira, a qual traz uma série de artigos traduzidos para nosso idioma de autores do porte de Bruce Ackerman, Jeremy Waldron, Ingeborg Mauss, Stephen Griffin e a obra do professor José Ribas Vieira sobre diálogos institucionais e ativismo. Todas citadas nesta bibliografia.

⁴ O artigo de Stephen Gardbaum foi traduzido para o português sob o título “O novo modelo de constitucionalismo da Comunidade Britânica” e faz parte da obra de Bigonha, a qual reúne vários autores críticos ao modelo rígido de jurisdição constitucional. V. BIGONHA, Antonio Carlos Alpino. MOREIRA, Luiz (orgs). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. GARDBAUM, Stephen. “*The new commonwealth Model of*

Universidade da Califórnia. A metodologia comparatista empregada pelo professor faz uso da engenharia constitucional americana como referência para a formulação das inovações oferecidas por esses novos modelos.

A dicotomia entre supremacia judicial e supremacia parlamentar fica bastante evidente na sucinta explicação de Gardbaum. Aquela caracteriza-se pelo poder concedido aos tribunais de invalidar legislação que esteja em desacordo com direitos e garantias estabelecidos na Norma Fundamental. Esta entende que não há qualquer lei que não possa ser revogada por maioria simples, tampouco nenhuma instituição do Estado detém o poder de questionar a validade de quaisquer dos atos emanados pelo Poder Legislativo. Diante desse cenário dicotômico, os países em cotejo fizeram escolha por um terceiro modelo de constitucionalismo.⁵

Embora, este item da pesquisa diga respeito ao modelo dialógico canadense, justificado pela maior facilidade de acesso às suas informações e pelo destaque que tem recebido por parte da doutrina, ao final faremos breves menções aos ordenamentos da Nova Zelândia, Reino Unido e Israel.⁶

A mitigação da supremacia parlamentar para o denominado modelo dialógico⁷ ocorreu no interstício entre 1982 e 1998, quando os três países supramencionados incorporaram normas de direitos fundamentais a seus respectivos ordenamentos. O movimento teve origem semelhante, sobretudo em razão de compromissos dos Estados com tratados internacionais de direitos humanos ou a adesão a blocos regionais de direito comunitário. Segundo Gardbaum, tais Estados necessitavam incorporar declarações de direitos fundamentais, no entanto não pretendiam adotar o modelo norte-americano e seu sistema forte (*strong-form*) de controle de constitucionalidade.⁸

Constitutionalism.” Disponível em: <http://paper.ssrn.com/abstract=302401>. Acesso em 07/06/2009.

⁵ V. BIGONHA, Antonio Carlos Alpino. MOREIRA, Luiz (orgs). op. cit. p. 172 – 173.

⁶ Não custa reforçar que dos países citados, Israel é o único que não faz parte da *Commonwealth*.

⁷ O termo “diálogo” ficou consagrado pelos estudiosos que consideram que a cláusula não obstante “convida as cortes, legislatura e os grandes grupos sociais para um diálogo sobre o entendimento de direitos nas sociedades democráticas”. Esse é o entendimento recorrente entre os principais autores que analisam este novo modelo. Nesse sentido, ver o artigo do professor Roach da Universidade de Toronto. ROACH, Kent. *Dialogic judicial review and its critics*. Supreme Court Law Review, (2nd), Vol. 23, pp. 49-104, 2004. V. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1144790. Acesso em 18/11/2009.

⁸ V. BIGONHA, Antonio Carlos Alpino. MOREIRA, Luiz (orgs). op. cit. p. 161.

A solução encontrada como forma de equilibrar o controle judicial sobre as normas recém editadas com a histórica confiança nos parlamentos materializou-se através da responsabilidade conjunta entre tribunais e parlamentos quanto à proteção e aplicação dos direitos fundamentais. Segundo Tushnet, “os defensores desse novo modelo baseado na forma branda de jurisdição constitucional descrevem-no como um meio atraente de reconciliar auto-governo democrático com constitucionalismo”.⁹

O Canadá declarou, em 1960, o primeiro de uma série de experimentos normativos, cujo o intuito era positivar direitos e garantias fundamentais e ao mesmo tempo equilibrar vontade parlamentar com controle judicial. Nesse ano, portanto, foi promulgado pelo Parlamento, a denominada Declaração de Direitos e Garantias Canadense (*Canadian Bill of Rights*),¹⁰ através da qual buscou proteger em seu artigo primeiro um rol de direitos fundamentais, tais como a vida, a propriedade, o devido processo legal e várias garantias de liberdade (expressão, imprensa, religião etc). Embora, o próprio Gardbaum¹¹ mencione que a lei não obteve o êxito que se imaginava, não restam dúvidas de que a *Canadian Bill of Rights* foi a precursora da “cláusula não obstante”.

No tocante à crítica dirigida aos objetivos não alcançados, o motivo apontado diz respeito à interpretação literal extraída do artigo 1º¹² da supracitada norma pela totalidade dos juízes. Como a redação fazia menção aos direitos “que existiam e continuarão a existir” no Canadá, os magistrados entenderam que não havia violação, e, por conseguinte não necessitaria de controlar nenhum ato normativo anterior à edição dessa lei, afinal “todos os direitos estariam em conformidade” com a própria declaração. Tais efeitos ficaram conhecidos pela doutrina canadense como “teoria dos conceitos congelados” (*frozen concepts theory*) por não inovar na criação e interpretação de novos direitos.¹³

⁹ TUSHNET, Mark. op. cit. p. xi.

¹⁰ O texto completo da *Canadian Bill of Rights* de 1960 está disponível no seguinte sítio do Governo canadense: <http://laws.justice.gc.ca/en/C-12.3/FullText.html>. Acesso em 21/04/2010.

¹¹ V. BIGONHA, Antonio Carlos Alpino. MOREIRA, Luiz (orgs). op. cit. p. 173 - 175.

¹² 1. It is hereby recognized and declared that in Canada there **have existed and shall continue to exist** without discrimination by reason of race, national origin, colour, religion or sex, the following human rights and fundamental freedoms, namely, (...) (grifo nosso).

¹³ O termo, segundo Gardbaum foi criado por Tarnopolsky em “*The Historical and Constitutional Contexto f the porposed Canadian Charter of Rights and Freedoms*” apud. BIGONHA, Antonio Carlos Alpino. MOREIRA, Luiz (orgs). op. cit. p. 175.

Por outro lado, o seu reconhecimento deveu-se, conforme já adiantamos, em decorrência do ineditismo da inclusão de uma cláusula que possibilitaria ao parlamento editar lei *não obstante* a interpretação diversa realizada pelas Cortes. Esse é o entendimento do artigo segundo ¹⁴ da precursora Declaração de Direitos e Garantias Canadense, que inaugurou a denominada *notwithstanding clause* ou “modelo dialógico” de jurisdição constitucional.

Em 1982, o Canadá decidiu incorporar nova legislação de proteção aos direitos e garantias fundamentais, desta vez, denominada Carta Canadense dos Direitos e das Liberdades (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*). ¹⁵ Segundo esta legislação, novos direitos fundamentais - alguns deles de segunda geração -, passaram a fazer parte do ordenamento daquele país, tais como direitos de igualdade, de participação política e até a expressa previsão ¹⁶ de políticas de ação afirmativa. ¹⁷

Conforme esclarece Gardbaum, ¹⁸ a Carta teve uma conotação especial para os canadenses, pois consolidou a “repatriação” da Constituição do Canadá que finalmente desvinculou-se do Reino Unido. Tal negociação política contou com o protagonismo do Primeiro Ministro canadense à época, Pierre Trudeau, quem desejava atribuir status constitucional à Carta e tutelá-la nos moldes do rígido sistema de *judicial review* norte-americano. Sua iniciativa foi rechaçada por grande parte dos ministros das províncias, os quais não aceitavam a perda da soberania parlamentar, tampouco abrir mão de suas prerrogativas.

¹⁴ 2. Every law of Canada shall, unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate **notwithstanding** the Canadian Bill of Rights, be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe or to authorize the abrogation, abridgment or infringement of any of the rights or freedoms herein recognized and declared, and in particular, no law of Canada shall be construed or applied so as to (...) (grifo nosso).

¹⁵ A Carta Canadense pode ser conhecida na íntegra pelo sítio: <http://laws.justice.gc.ca/en/charter/1.html>. Acesso em 16/03/2010.

¹⁶ Affirmative action programs (4) Subsections (2) and (3) do not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration in a province of conditions of individuals in that province who are socially or economically disadvantaged if the rate of employment in that province is below the rate of employment in Canada.

¹⁷ Atualmente, o tema das cotas raciais em universidades brasileiras vem sendo debatido nas audiências públicas do Supremo Tribunal Federal que dentro dos próximos meses deverá se posicionar sobre o assunto. Para maiores esclarecimentos, inclusive quanto aos pressupostos e limites das ações afirmativas ver o artigo do professor Sarmiento intitulado “A igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação [de facto], teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa.” in: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais. Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

¹⁸ V. BIGONHA, Antonio Carlos Alpino. MOREIRA, Luiz (orgs). op. cit. p. 176.

A solução negociada “na última hora” foi a inclusão da “cláusula não obstante” na conhecida seção 33 da Carta Canadense de Direitos. Tal dispositivo¹⁹ declara que o Parlamento ou as legislaturas das províncias podem expressamente declarar que uma lei ou disposição deve vigorar, não obstante os direitos enumerados nos artigos 2 e 7 a 15. Uma leitura atenta da Carta demonstra que somente os direitos de liberdade de locomoção e de participação política ficaram protegidos da excepcionalidade da cláusula não obstante. Todas as outras garantias, inclusive aquelas referentes às liberdades de expressão, associação e religião, dispostas no artigo segundo estão passíveis de sofrer restrições em nome da supremacia parlamentar nacional ou provincial.

O uso da cláusula “não obstante” tem sido bastante restrito. O caso mais conhecido ocorreu na Província de Quebec, quando o parlamento local invocando a liberdade de expressão e a igualdade de direitos, restringiu outro idioma, senão o francês em propagandas publicitárias, embora a Constituição canadense defenda um sistema nacional bilíngue (francês e inglês).²⁰ Além de poucos casos protagonizados pela Província de Quebec, Saskatchewan foi outra província a invocar - uma única vez - a seção 33 para pôr termo a uma greve de servidores públicos.²¹ Posteriormente, tal lei trabalhista foi modificada pelo Parlamento provincial para adaptar-se aos preceitos inscritos na Carta Canadense.

Uma voz dissonante à euforia representada pelos novos horizontes proporcionados por este modelo parte de Jeremy Waldron.²² Apesar de considerar o Canadá um “modelo intermediário” e aceitar a prerrogativa da cláusula “não obstante” presente na Carta de Direitos Canadense, Waldron é enfático ao considerar o “arranjo canadense como uma forma forte de controle de constitucionalidade.” Segundo ele, a disponibilidade formal de anulação da

¹⁹ Section 33. (1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate **notwithstanding** a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter. (g.n.)

²⁰ A liberdade de expressão está elencada no artigo 2b e a igualdade de direitos no artigo 15 da Canadian Charter. O Parlamento da Província de Quebec decidiu invocar a cláusula *notwithstanding* em dezembro de 1989, porém em meio às duras críticas disparadas pelo Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, em 1993, o mesmo parlamento recuou e redigiu nova legislação adaptada à Carta Canadense. V. BIGONHA, Antonio Carlos Alpino. MOREIRA, Luiz (orgs). op. cit. p. 181 – 182.

²¹ *Saskatchewan v. Retail, Wholesale & Dept Store Union*, [1987] 1 S.C.R. 460 (Can).

²² WALDRON, Jeremy. *A essência da oposição ao judicial review*. In. V. BIGONHA, Antonio Carlos Alpino. MOREIRA, Luiz (orgs). Op. cit. p. 102.

interpretação realizada pelo Poder Judiciário, não o imuniza de suas críticas. Para ele, na prática política, o Poder Legislativo estará sempre de certo modo “a mercê das declarações públicas dos tribunais sobre o significado” da Carta de Direitos diante da sociedade.

Na Nova Zelândia, a tarefa das Cortes é meramente interpretativa, devendo proceder à leitura das leis de acordo com o *New Zealand Bill of Rights* (NZBR)²³ editada em 1990, sem poder, contudo, negar validade às normas promulgadas que colidirem com tal declaração. A NZBR, assim como a Declaração de Direitos canadense de 1960 tem status de lei ordinária, podendo ser revogada ou emendada, portanto, como qualquer outra lei.²⁴ A seção 4²⁵ veda a qualquer tribunal a prerrogativa de invalidar dispositivo ou lei que venha a conflitar-se com os direitos elencadas na carta. O modelo neo-zelandês foi denominado de sistema interpretativo, uma vez que a Carta indica aos Poderes do Estado como os direitos devem ser interpretados e não uma forma de invalidá-los. De acordo com a seção 6²⁶, existe dever interpretativo em coadunar os futuros atos legislativos com a interpretação extraída da Carta.

Segundo Gardbaum, o modelo neo-zelandês temendo o fracasso da primeira Declaração de Direitos do Canadá, acabou gerando a participação intensa dos tribunais na defesa e promoção dos direitos, agindo sempre que possível através da busca pela interpretação mais liberal das leis “de modo congruente com a Declaração de Direitos”.²⁷ A seção 7²⁸ da mencionada lei traz importante previsão procedimental, ao exigir do Procurador Geral o dever de examinar as

²³ A íntegra da lei está disponível no seguinte endereço eletrônico: <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1990/0109/latest/DLM224792.html>. Acesso em 19/02/2010.

²⁴ V. BIGONHA, Antonio Carlos Alpino. MOREIRA, Luiz (orgs). op. cit. p. 183 – 188.

²⁵ Section 4. Other enactments not affected - No court shall, in relation to any enactment (whether passed or made before or after the commencement of this Bill of Rights), (a) Hold any provision of the enactment to be impliedly repealed or revoked, or to be in any way invalid or ineffective; or (b) Decline to apply any provision of the enactment by reason only that the provision is inconsistent with any provision of this Bill of Rights

²⁶ Section 6. Interpretation consistent with Bill of Rights to be preferred - Wherever an enactment can be given a meaning that is consistent with the rights and freedoms contained in this Bill of Rights, that meaning shall be preferred to any other meaning.

²⁷ V. BIGONHA, Antonio Carlos Alpino. MOREIRA, Luiz (orgs). op. cit. p. 187.

²⁸ Section 7. Attorney-General to report to Parliament where Bill appears to be inconsistent with Bill of Rights - Where any Bill is introduced into the House of Representatives, the Attorney-General shall,— (a) In the case of a Government Bill, on the introduction of that Bill; or (b) In any other case, as soon as practicable after the introduction of the Bill,— bring to the attention of the House of Representatives any provision in the Bill that appears to be inconsistent with any of the rights and freedoms contained in this Bill of Rights.

propostas legislativas, e em caso de flagrante incompatibilidade com a Declaração, a competência de chamar a atenção do Poder Legislativo.

No Reino Unido, em antítese ao *judicial review* americano, historicamente prevalece o modelo de supremacia parlamentar, denominado de “democracia de Westminster”.²⁹ No entanto, em decorrência de compromissos comunitários e da necessidade de superação da corrente dualista,³⁰ o direito britânico foi obrigado a enfrentar o desafio da incorporação de normas internacionais de Direitos Humanos, e, conseqüentemente flexibilizar a sua rígida engenharia institucional.

Inicialmente, em 1998 foi aprovado o *British Human Rights Act* (HRA),³¹ o qual acolheu os princípios fundamentais que a Convenção Européia já vinha preconizando. De acordo com seu preâmbulo, a missão do HRA foi transladar direitos comunitários para o âmbito do direito interno britânico. Por meio do artigo 4º,³² podemos inferir que mesmo que um tribunal superior entenda que determinada norma é incompatível com o referido Ato, ele deve emitir uma declaração formal de incompatibilidade. Não obstante tal entendimento, os tribunais não podem afastar a aplicação da lei, tampouco vincular o Parlamento a responder. Ocorre tão-somente uma “ordem de reparação” para que o ministro

²⁹ Sobre a Inglaterra, sua situação merece ressalvas. Embora historicamente associada aos ideais de supremacia parlamentar (*democracia de Westminster*), nos últimos anos em decorrência de transformações no próprio contexto geopolítico do continente europeu e do direito comunitário, aos poucos seu modelo vem sofrendo significativas mudanças. O *Human Rights Act* de 1998 e o *Constitutional Reform Act* em 2005 reorganizaram a estrutura do Poder Judicial naquele país, ao criar, inclusive, uma Corte Constitucional que passou a funcionar a partir de outubro de 2009. Embora, “ainda” sem legitimidade para considerar inválido um ato do Parlamento, o modelo inglês passa a merecer um olhar mais atento, bem como a devida cautela por parte dos constitucionalistas em relação aos rumos que sua forma institucional tomará. V. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 10 - 15. BOGDANOR, Vernon. *The conflict between Government and the Judges*. Oxford: The Foundation for law, justice and Society. Disponível em: www.fljs.com. Acessado em 15/03/2010.

³⁰ Ao contrário dos monistas que sustentam que os planos internos e externos são interdependentes, os partidários da corrente dualista entendem que não podem existir conflitos entre normas internas e internacionais, pois cada uma opera em planos distintos e não regulam as mesmas relações sociais. Embora em tese, os dualistas advoguem pela total independência dentre ambas as esferas dos direitos (interna e internacional), na prática o alcance da controvérsia é limitado. De acordo com Nguyen Quoc Dinh, “mesmo em países dualistas o direito internacional é considerado *part of the law of the land*”. DINH, Nguyen Quoc. *Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 97.

³¹ O HRA entrou em vigor somente em 2 de outubro do ano 2000, conforme dispõe a lei na íntegra: http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1998/ukpga_19980042_en_1. Acesso em 22/04/2010.

³² 4. Declaration of incompatibility (1) Subsection (2) applies in any proceedings in which a court determines whether a provision of primary legislation is compatible with a Convention right. (2) If the court is satisfied that the provision is incompatible with a Convention right, it may make a declaration of that incompatibility. (...)

competente pelo ato promova uma emenda afim de que a legislação em questão se torne compatível com o HRA.

Nas palavras de Gardbaum, “não há dúvidas de que, no contexto legal e constitucional britânico, a mera existência de um conjunto de direitos codificados constitui uma mudança radical na cultura jurídica e política.”³³ Após essa significativa modificação na estrutura política, no ano de 2005, o Reino Unido aprovou o *Constitution Reform Act*, o qual previu a criação de uma Suprema Corte dissociada do Comitê de Apelação da Câmara dos Lordes, no intuito de atender aos mandamentos do direito comunitário europeu. A Suprema Corte do Reino Unido passou a funcionar desde outubro de 2009 e está em período da transição, inclusive, quanto à nomeação dos magistrados, que permanecem os membros do órgão anterior.³⁴ Desnecessário reforçar, que mesmo com a reformulação na estrutura dos Poderes, a Suprema Corte britânica permanecerá incompetente para invalidar leis criadas pelo Parlamento. Segundo Ribas Vieira conclui sobre o modelo britânico, no tocante “às cláusula específicas de jurisdição constitucional, o HRA adota o *mandato interpretativo*, já experimentado na Nova Zelândia, “associado a outro instrumento: a declaração de incompatibilidade”.³⁵

Por fim, cabe ressaltar, que existem experiências de modelos dialógicos sendo testadas em outros ordenamentos jurídicos. Israel, por exemplo, embora não faça parte dos Estados da Comunidade Britânica, vem recebendo olhar atento dos comparatistas em razão das recentes alterações em seu modelo de engenharia constitucional.³⁶ Apesar de não possuir uma Constituição escrita, algumas leis ordinárias (*basic law*) elaboradas pelo principal órgão do parlamento (*Knesset*)³⁷ por estabelecer normas de organização dos Poderes, são consideradas normas com status constitucional.

³³ V. BIGONHA, Antonio Carlos Alpino. MOREIRA, Luiz (orgs). op. cit. p. 189.

³⁴ Para informações mais específicas acessar:<http://www.supremecourt.gov.uk/index.html>

³⁵ VIEIRA, José Ribas (org). *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Editora Juruá, 2010. p. 61.

³⁶ Ver interessante artigo de direito constitucional comparado intitulado “Constitutional dialogues in action: canadian and israeli experience in comparative perspective”, no qual Gal Dor aborda o tema ressaltando as peculiaridades de Israel. V. DOR, Gal. Constitutional dialogues in action: canadian and israeli experience in comparative perspective. *Indiana International and Comparative Law Review*, v. 11, 2000, p.1 – 36.

³⁷ Ver sítio do Parlamento de Israel: http://www.knesset.gov.il/description/eng/eng_mimshal_yesod.htm

Diante desse cenário, com a edição de novas leis sobre direitos fundamentais,³⁸ a Suprema Corte israelense (*High Court of Justice*) passou a ser instada a decidir sobre a compatibilização das mesmas com outras normas em vigor. Esta prerrogativa acabou despertando a insatisfação do *Knesset* que em 1994 inseriu em uma das próprias *basic laws* que tratam de direitos fundamentais, uma cláusula não obstante.³⁹ Em suma, como reação a determinadas decisões da Suprema Corte, o Parlamento reforçou seu papel soberano, ao aprovar cláusula semelhante à utilizada no modelo canadense.

Essa sucinta descrição de alguns modelos alternativos de “jurisdição constitucional branda” sob a perspectiva de Tushnet ou “dialógica” sob a ótica de Gardbaum e Roach serviu-nos para demonstrar na prática, engrenagens distintas da jurisdição constitucional forte. Outra consideração que merece ser ressaltada diz respeito à tradição parlamentar de cada um desses países. Ou seja, eles não estão caminhando no sentido de flexibilizar seus modelos de controle de constitucionalidade em detrimento do Legislativo, pelo contrário, estão atravessando processos de incorporação e positivação de normas de direitos fundamentais. Para tanto, vêm-se obrigados a promover mudanças significativas em suas engenharias constitucionais no intuito de coadunar documentos escritos - e sua conseqüente proteção e efetivação - com suas tradições de deferência aos parlamentos.

Em recente artigo,⁴⁰ escrito no início de 2010, o professor Gardbaum⁴¹ faz uma retrospectiva do período ao revisitar os respectivos modelos para verificar as conquistas obtidas em cada um deles. Segundo as palavras utilizadas pelo

³⁸ Alguns exemplos de *basic laws* sobre direitos fundamentais: *Human Dignity and Liberty* de 1992 e *Freedom of Occupation* de 1994. V. http://www.knesset.gov.il/description/eng/eng_mimshal_yesod1.htm. Acesso em 16/04/2010.

³⁹ *Freedom of Occupation*. Article 8. A provision of a law that violates freedom of occupation shall be of effect, even though not in accordance with section 4, if it has been included in a law passed by a majority of the members of the Knesset, which expressly states that it shall be of effect, notwithstanding the provisions of this Basic Law; such law shall expire four years from its commencement unless a shorter duration has been stated therein. O inteiro teor desta lei está disponível em: http://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/basic4_eng.htm. Acesso em 17/04/2010.

⁴⁰ GARDBAUM, Stephen. *Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism*. *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 8, No. 2, 2010. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1580169>. Acesso em 18/04/2010.

⁴¹ De acordo com o professor Gardbaum, ele relatou durante esse período para publicar este novo artigo, porém com os nove anos da aprovação do *British Human Rights Act*, além das duas décadas, aproximadamente, da ratificação das legislações canadense e neo-zelandesa, o autor resolveu assumir o desafio de fazer uma análise das conquistas obtidas pelo modelo ao longo do período.

professor, o modelo pode ser considerado “moderadamente bem sucedido” na maior parte dos ordenamentos analisados. Apesar disso e de exigir “pequenos ajustes para que possa funcionar melhor no futuro”, Gardbaum mantém a convicção no modelo brando de controle como forma de equilibrar constitucionalismo com valores democráticos modernos. No tocante ao Canadá, o modelo sofre de uma letargia da cláusula não obstante em decorrência de “sérios problemas práticos”. Já no Reino Unido e na Nova Zelândia, a análise de Gardbaum é mais otimista no tocante à proteção dos direitos sob a harmonia dialógica entre Poder Judicial e Legislativo.⁴²

No intuito de provocar futuros questionamentos, auxilia-nos as considerações teóricas formuladas pelos estudiosos do modelo do *Commonwealth*, Hogg e Bushell, Stephanopoulos e Dor. A seguir, faremos breves transcrições de conclusões defendidas pelos principais estudiosos do tema, com o objetivo de salientar as semelhanças argumentativas entre o denominado modelo dialógico e o sistema de jurisdição constitucional no Brasil, uma vez aceita a tese da correção legislativa de decisão judicial.

Segundo Peter Hogg e Alisson Bushell,

De fato, a Suprema Corte do Canadá é um órgão não-eleito, composto, inexplicavelmente de senhores advogados. Seguramente, o que ela faz é de vez em quando invalidar normas emanadas dos órgãos eleitos, o Poder Legislativo. **Mas, as decisões das Cortes, quase sempre deixam espaço para uma resposta legislativa e, geralmente, essa resposta é obtida.** Por fim, se existir vontade democrática, o objetivo legislativo ainda será capaz de ser realizado, embora com algumas novas salvaguardas de proteção dos direitos e garantias individuais. **Judicial review não é um direito de veto sobre a política da nação, mas sim o início de um diálogo sobre a melhor forma de conciliar os valores individualistas da Carta com a realização de políticas sociais e econômicas em benefício da comunidade como um todo.**⁴³ (g.n.)

⁴² Gardbaum traça uma análise de cada um dos três modelos cotejados no artigo anterior separadamente. Para um estudo mais aprofundado dos resultados obtidos por cada um dos ordenamentos identificados com o Modelo da *Commonwealth*, ver artigo supracitado.

⁴³ To be sure, the Supreme Court of Canada is a non-elected, unaccountable body of middle-aged lawyers. To be sure, it does from time to time strike down statutes enacted by the elected, accountable, representative legislative bodies. But, the decisions of the Court almost always leave room for a legislative response, and they usually get a legislative response. In the end, if the democratic will is there, the legislative objective will still be able to be accomplished, albeit with some new safeguards to protect individual rights and liberty. Judicial review is not a veto over the politics of the nation, but rather the beginning of a dialogue as to how best to reconcile the individualistic values of the *Charter* with the accomplishment of social and economic policies for the benefit of the community as a whole. (tradução aproximada) HOGG, Peter. BUSHELL, Alisson A. *The charter dialogue between courts and legislatures (Or Perhaps The Charter Of Rights Isn't Such A Bad Thing After All)*. Osgoode Hall Law Journal, v. 35, n. 1, 1997.

Para Nicholas Stephanopoulos,

Há uma tendência nos Estados Unidos (e em outros países entrenchados na supremacia judicial) para ignorar o que Stephen Gardbaum chamou de "*New Commonwealth Model of Constitutionalism*." Porque os sistemas de *judicial review* canadense, britânico e neo-zelandês evoluíram em países tradicionalmente parlamentares, acadêmicos norte-americanos têm sido lentos em reconhecer que tais sistemas atestam que **existe um continuum entre ascendência judicial e legislativa**, ao invés de dois pólos opostos. Na análise comparada do *judicial review* como em muitas outras coisas, existe uma "terceira via" que promete capturar muitos dos benefícios de ambos os pólos, evitando muitos dos seus custos. Quanto mais atenção que este caminho do meio receber, melhor. (g. n.)⁴⁴

Por fim, o comparatista Gal Dor, em conclusão precisa sobre a teoria dialógica ou sobre a nossa concepção de correção legislativa de decisão judicial, afirma:

Em minha opinião, o grande valor do *judicial review* e do diálogo interpoderes é que cada um deles é de alguma forma construído diante do outro. As Cortes revisam o trabalho do legislador e o trabalho das Cortes, através de suas decisões, pode ser corrigido pelo legislador na aprovação de nova legislação. Esse diálogo, responsável, entre os Poderes tem o efeito de reforçar o processo democrático, não em negá-lo. Cada Poder desempenha um papel crucial, e cada um deve esforçar-se para trabalhar em harmonia com os outros, a fim de promover as necessidades da sociedade.⁴⁵

⁴⁴ There is a tendency in the United States (and other countries with entrenched judicial supremacy) to overlook what Stephen Gardbaum has termed the "New Commonwealth model of constitutionalism". Because the Canadian, modern British, and New Zealand judicial review systems all evolved in traditionally parliamentary countries, American scholars have been slow to recognize that those systems prove that there is a continuum between judicial and legislative ascendancy rather than two opposite poles. In comparative judicial review, as in much else, there exists a "third way" that promises to capture many of both poles benefits while avoiding many of their costs. The more attention that this middle road receives, the better. (tradução aproximada) STEPHANOPOULOS, Nicholas. *The Case for the Legislative Override*. UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs, Vol. 10, 2005. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/student_papers/4. Acesso em 22/02/2010

⁴⁵ To my mind, a great value of judicial review and this dialogue among the branches is that each of the branches is made somewhat accountable to the other. The courts review the work of the legislature and the work of the courts in its decisions can be reacted to by the legislature in the passing of new legislation. This dialogue between and accountability of each of the branches have the effect of enhancing the democratic process, not denying it. Each branch of government plays a crucial role, and each should strive to work in harmony with the other branches in order to promote the needs of society. (tradução aproximada) DOR, Gal. *Constitutional dialogues in action: canadian and israeli experience in comparative perspective*. Indiana International and Comparative Law Review, v. 11, 2000.

3.2

A proposta apresentada pelo denominado “Novo Constitucionalismo Latino-Americano”: a desconfiança em relação ao constituinte derivado e todo poder ao povo

Um processo iniciado na Venezuela em 1999, e, mais recentemente na Bolívia em 2007 e Equador ao final de 2008, já vem permitindo aos pesquisadores do tema cunhar a expressão “Novo Constitucionalismo Latino-Americano” (NCL).⁴⁶ Dentre suas principais características podemos elencar o amplo rol de direitos fundamentais, com vistas a promover a inclusão das minorias historicamente marginalizadas, e, principalmente, a inserção de diversos instrumentos de democracia participativa ao longo do extenso texto constitucional.⁴⁷

A opção pela análise dos três modelos de engenharia constitucional supramencionados justifica-se, sobretudo, pela inclusão da consulta popular como condição para aprovação de eventuais modificações em seus textos. Portanto, cabe salientar que não se trata de um quarto modelo, no sentido de haver superado em definitivo o intenso debate em torno da opção dicotômica entre supremacia parlamentar ou judicial. Muito pelo contrário, os modelos em cotejo conservam similitudes com a Constituição espanhola⁴⁸ no que tange à rigidez constitucional⁴⁹ e ao controle abstrato de constitucionalidade⁵⁰, justificadas não apenas pela relação

⁴⁶ Os responsáveis por cunharem a expressão são professores espanhóis, fundadores da *Fundación Centro de Estudios Políticos y Sociales* (CEPS), e assessores dos processos constituintes das Constituições examinadas nesse trabalho. Ver artigo: DALMAU, Rubén Martínez. *Asambleas constituyentes y nuevo constitucionalismo en América Latina* em <http://sites.google.com/site/martinezdalmau/>. Acesso em 15/06/2009.

⁴⁷ A Constituição da Venezuela contém 350 artigos, a da Bolívia 411 e a do Equador 444, sem mencionar as disposições transitórias.

⁴⁸ A Constituição espanhola foi promulgada no ano de 1978, conta com 169 artigos e pode ser classificada, segundo parâmetros doutrinários, como escrita, dogmática e rígida.

⁴⁹ A Constituição da Espanha prevê um rígido procedimento de reforma, disposto em título apartado nos artigos 166 a 169. Segundo dispõem tais artigos, exige-se a aprovação por maioria de 3/5 de cada uma das casas legislativas em um só turno (art. 167, I). Em caso de não obtenção do acordo, será criada uma Comissão composta por deputados e senadores que apresentarão novo texto a ser votado pelo Congresso e Senado. Se o acordo não houver sido possível, mas o projeto tenha conseguido maioria no Senado, pode o Congresso por maioria de dois terços aprovar a reforma (art. 167, II).

⁵⁰ Embora sob influência das formulações de Kelsen, assim como em grande parte dos Estados europeus continentais, o controle de constitucionalidade das leis no ordenamento espanhol constitui-se, predominantemente, através de um modelo concentrado e concreto. Há um Tribunal Constitucional composto por doze magistrados nomeados pelo Rei com mandato fixo de nove anos (art. 159). O Tribunal é competente para julgar os recursos de inconstitucionalidade e os

histórica entre aqueles países, bem como pela influência dos constitucionalistas⁵¹ convidados a assessorar cada processo constituinte em questão.

Segundo um de seus principais idealizadores, o professor espanhol Rubén Martínez Dalmau, tais constituições, se por um lado absorveram parte do modelo em vigor desde 1978 na Espanha, por outro buscaram avançar naquilo que o constitucionalismo europeu ficou paralisado:

As três Constituições formam parte de uma corrente conhecida como o "novo constitucionalismo latino-americano". Trata-se, recolhendo a **evolução do constitucionalismo** desde a sua aparição, no século 18, e em particular os avanços no constitucionalismo europeu depois da Segunda Guerra Mundial, de avançar em âmbitos nos quais o constitucionalismo europeu ficou paralisado: **a democracia participativa**, a vigência dos direitos sociais e dos demais direitos, a busca de um novo papel da sociedade no Estado e a integração das minorias até agora marginalizadas. Estamos diante de Constituições que, por um lado, são originais e próprias de cada país, na medida em que tentam solucionar os problemas de cada uma das sociedades onde serão implantadas. Mas, por outro lado, estamos diante de denominadores comuns óbvios, principalmente no campo da participação, da economia e de uma vigência efetiva dos direitos para todos.⁵² (G.N.)

Através de uma interpretação sistemática dos respectivos textos, pretende-se dar relevo a três traços que, conjugados, refletem o espírito constitucional em comum a cada uma delas e que nos interessa nesta análise: a separação de poderes, a participação popular na reforma constitucional e o papel da Corte Constitucional no processo decisório. Nesse contexto, a tentativa de revisar os mecanismos tradicionais de democracia representativa assim como superar a clássica tripartição de poderes, fica evidente ao longo da leitura de cada uma das Constituições analisadas. As nuances, no entanto, ficam a cargo dos instrumentos de democracia direta e a confiança neles depositado pelo Poder constituinte originário, a ponto de atenuar, ao menos ideologicamente, o tão presumido déficit democrático das decisões judiciais proferidas pela mais alta Corte nestes países.

recursos de amparo que violem direitos ou garantias constitucionalmente previstas no artigo 53, além de conflitos de competência entre o Estado e as Comunidades Autônomas (ou entre elas) e demais matérias de sua atribuição (art. 161).

⁵¹ Para compreender a formação intelectual e ideológica dos mesmos, acessar o sítio da *Fundación Centro de Estudios Políticos y Sociales*, vinculado à diversas instituições acadêmicas espanholas. V. <http://www.ceps.es>

⁵² Entrevista concedida à Folha de São Paulo no dia 1º de março de 2009.

A concepção de constitucionalismo liberal clássico,⁵³ baseada no instituto da representação, assim como na idéia de separação de poderes originalmente proposta por John Locke⁵⁴ e consagrada por Montesquieu,⁵⁵ restou flagrantemente superada pelo Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Nesta mesma linha de pensamento crítico, pondera Victor Nunes Leal,

“A teoria da divisão dos poderes está, pois, condenada no mundo contemporâneo. Mas ela nasceu para atender a um reclamo profundo da consciência humana, que é a proteção das liberdades do homem e do cidadão. O problema, pois, que se arma nos dias de hoje é o de se descobrir uma nova técnica de proteção das liberdades humanas. Técnica que não se conhece e que, portanto, não está sendo posta em prática nos países onde o poder tem tido necessidade de se afirmar com vigor.”⁵⁶

As três Constituições analisadas inauguram, portanto, uma estrutura de cinco poderes ou funções, como alguns textos preferem denominar. Além dos Poderes (“Función”) Executivo, Legislativo e Judiciário, foram incluídas, portanto, a Função Eleitoral (com status de um quarto “poder”) e a “Função Popular” (como quinto), as quais recebem distintas denominações em cada uma das Constituições pesquisadas.⁵⁷

⁵³ O professor Rubén Dalmau, da Universidade de Valência, em artigo que deu origem a essas pesquisas (*Asambleas constituyentes y nuevo constitucionalismo en América Latina*), chega a denominar o processo de constitucionalismo “sin padres”, fazendo referência direta ao constitucionalismo norte-americano. Para ele, o modelo republicano inaugurado pelos “*founding fathers*”, não encontra paralelo nesse Novo Constitucionalismo Latino-Americano onde não há protagonistas, exceto o povo.

V. <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=72367>. Acesso em 22/06/2009.

⁵⁴ O constitucionalismo de matriz liberal, baseado na separação de poderes, no qual “os governantes são limitados pela lei” e busca-se a “não divergência entre os poderes”, embora consagrado pelo pensador francês, teve origem em John Locke. V. LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 103 – 109.

⁵⁵ Nas palavras de Montesquieu, segundo as quais “le pouvoir arrête le pouvoir”, o autor sugere que um poder limitaria o outro, levando, assim a um sistema de equilíbrios. Nessa conjuntura criou-se uma estrutura conservadora dos direitos existentes, que resistia à reformas que pudessem colocar em risco o sistema de igualdade liberal burguesa. Esta liberdade era por natureza uma igualdade formal. MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2007.

⁵⁶ LEAL, Victor Nunes. *A divisão de poderes no quadro político da burguesia*. In: Cinco Estudos. Rio de Janeiro: FGV, 1955.

⁵⁷ De acordo com Noguera Fernández, o NCL promove uma ruptura com o modelo tradicional do Estado Liberal baseado na tripartição de poderes ao criar uma estrutura de cinco poderes. A Função Eleitoral almeja garantir o funcionamento dos mecanismos de participação democrática do povo, independente dos partidos políticos e de outras funções do Estado. No tocante à Função Popular, seu objetivo é constituir uma função independente e autônoma em nível funcional, administrativo e financeiro em relação aos outros poderes do Estado, que seja capaz de desenvolver sua atividade com base no controle do povo sobre a atividade dos órgãos estatais, dos cargos públicos e dos próprios servidores. V. FERNÁNDEZ, Albert Noguera. *Participación, Función Electoral y Función de Control y Transparencia Social*. in DALMAU, Rubén Martínez. *Desafíos Constitucionales*. Quito: V&M, 2008. p. 133 – 158.

Na Constituição venezuelana, convencionou-se denominar de *Función Ciudadana*, na boliviana, *Función de Participación y Control Social* e na equatoriana, *Función de Transparencia y Control Social*. Importante ressaltar, contudo, a fundamentação utilizada pelos idealizadores dos projetos constituintes. Para estes, o modelo proposto por Montesquieu não faz sentido nos dias atuais, ao manter o povo alijado dos processos decisórios.⁵⁸ O constitucionalista espanhol menciona⁵⁹ o projeto de Constituição da Bolívia de 1826, inspirado nos ideais do líder revolucionário Simón Bolívar, como precursora de uma separação em quatro poderes (*secciones*). Não é preciso uma leitura mais atenta para desvelar como cerne dessas estruturas constitucionais, do denominado “Novo Constitucionalismo Latino-Americano”, uma desconfiança⁶⁰ permanente com relação aos poderes constituídos. Desse aspecto histórico-cultural ressaí a divisão de poder entre cinco funções e a inclusão do povo como importante força fiscalizadora.

Com o objetivo de aproximar o povo das decisões tomadas por seus representantes, tais Constituições incorporaram uma série de mecanismos de democracia participativa ao longo de seus textos. A participação popular encontra-se prevista nos mais variados dispositivos constitucionais dos ordenamentos venezuelano, boliviano e equatoriano. Dos cinco mecanismos⁶¹ de democracia

⁵⁸ DALMAU, Rubén Martínez. op. cit., p 151 – 154.

⁵⁹ DALMAU, Rubén Martínez. *Asambleas constituyentes y nuevo constitucionalismo en América Latina* em <http://sites.google.com/site/martinezdalmau/>. Acesso em 15/06/2009.

⁶⁰ O motivo de tal desconfiança, conforme o artigo nos revela, faz referência às décadas de exploração das elites dominantes comprometidas tão-somente com seus interesses privados. V. *Asambleas constituyentes y nuevo constitucionalismo en América Latina* em <http://sites.google.com/site/martinezdalmau/>. Acesso em 15/06/2009.

⁶¹ Paulo Bonavides classifica em cinco os instrumentos de democracia direta, quais sejam: o *referendum*, o plebiscito, a iniciativa, a revogação e o veto. Segundo o autor, *referendum* é o poder do povo de sancionar as leis. Pode ser de natureza obrigatória ou facultativa. A matéria a ser referendada pelo povo pode ser constitucional ou meramente legal. E por fim, quanto ao momento (tempo) da convocação do *referendum*, este pode se dar anteriormente à edição da norma ou posteriormente (*ante legem* ou *post legem*). Já o **plebiscito** é ato excepcional de consulta popular relativa à estrutura do Estado ou do Governo. Alguns doutrinadores entendem que o plebiscito seria um “pronunciamento válido por si mesmo”, pois independe da interferência de qualquer outro órgão do Estado, uma vez tomada a decisão pelo povo. A **iniciativa** caracteriza-se pelo “instituto que mais atende às exigências populares”, pois torna o povo o seu verdadeiro e legítimo legislador. Nesse caso, não restam alternativas aos órgãos do poder acatar tal processo legislativo por se tratar de “verdadeira orientação governamental”. O direito de **revogação** permite pôr termo ao mandato do representante eleito antes de seu término legal. Como exemplos, amplamente citados pela doutrina, há o denominado *recall* em alguns estados americanos, onde até magistrados estaduais (quando eleitos) podem ter seus mandatos revogados e o *abberufungsrecht* nos cantões suíços (revogação coletiva de toda uma assembléia). Por fim, o **veto** concede ao povo o poder de vetar lei já elaborada pelos órgãos competentes. “É processo de intervenção muito mais enérgico que o referendum” (Burdeau). BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 281 – 294.

direta reconhecidos pela doutrina, quais sejam, o referendo, o plebiscito, a iniciativa de lei e a revogação de mandato, o único que não encontra respaldo nas Constituições examinadas é o veto. As consequências dessa nova separação de poderes, bem como da inserção dos mecanismos de democracia direta, não são meramente formais. Ambos repercutem, também, em outros campos, como o processo decisório constitucional, o qual passa a exigir a anuência do povo para que ele venha a ser reconhecido como legítimo, por meio de referendo popular.⁶²

No tocante à reforma constitucional, apesar dos traços específicos de cada um dos modelos, permanece como denominador comum a consulta popular para referendar decisões tomadas, inclusive pelo Poder Legislativo. De acordo com a Constituição da Venezuela, em seus artigos 341 a 344, a iniciativa da reforma deve partir da Assembléia Nacional (mediante voto da maioria),⁶³ do presidente “aconselhado pelos ministros” ou por iniciativa de ao menos quinze por cento dos eleitores regularmente inscritos. No entanto, uma vez aprovada, o poder público possui sessenta dias para submeter a matéria revisada à referendo popular.⁶⁴

A Constituição da Bolívia, além de impor limites materiais à reforma que venha a modificar direitos e garantias individuais ou matérias que desfigurem seu eixo central (nesse caso, será necessária a convocação de uma nova Assembléia Constituinte pelo povo), exige, ainda, referendo para qualquer mudança parcial em seu texto.⁶⁵ Quanto à possibilidade de iniciativa popular para propor emenda

⁶² Cabe ressaltar que não são todos os temas passíveis de reforma que exigem consulta popular. Nesse sentido, somente um estudo minucioso em cada Constituição analisada é capaz de definir quais matérias são pétreas, quais exigem *referendum* para a reforma e quais (e sob que condições) tal *referendum* pode ser dispensado. Para o propósito descritivo deste trabalho essa análise mostra-se desnecessária.

⁶³ Art. 342- La iniciativa de la reforma de esta Constitución podrán tomarla la Asamblea Nacional mediante acuerdo aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes; el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; o un número no menor del quince por ciento de los electores inscritos y electoras inscritas en el Registro Civil y Electoral que lo soliciten.

⁶⁴ Art. 344. El proyecto de reforma constitucional aprobado por la Asamblea Nacional se someterá a referendo dentro de los treinta días siguientes a su sanción.

⁶⁵ Art. 411. La reforma total de la Constitución, o aquella que afecte a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución, tendrá lugar a través de una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria, activada por voluntad popular mediante referendo. La convocatoria del referendo se realizará por iniciativa popular, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; por mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional; o por la Presidenta o el Presidente del Estado. La Asamblea Constituyente se autorregulará a todos los efectos. La vigencia de la reforma necesitará referendo constitucional aprobatorio.

II. La reforma parcial de la Constitución podrá iniciarse por iniciativa popular, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; o por la Asamblea Legislativa Plurinacional, mediante ley de reforma constitucional aprobada por mayoría absoluta. Cualquier reforma parcial necesitará referendo constitucional aprobatorio.

constitucional, segundo o mesmo artigo, solicita-se a propositura através de um *quorum* de pelo menos vinte por cento do eleitorado.

No Equador, qualquer projeto de reforma para ser aprovado exige a convocação de referendo em até quarenta e cinco dias seguintes ao feito. Para tal aprovação se requer, ainda, mais da metade dos votos válidos, conforme dispõe o artigo 442.⁶⁶ No tocante à possibilidade de iniciativa para propor emenda, cabe ao presidente ou à *Función Ciudadana*, quando esta totalizar ao menos um por cento dos eleitores inscritos no registro eleitoral competente.

Em relação à irrestrita confiança depositada pelos ideais do NCL nos instrumentos de democracia direta, a experiência americana pode trazer um gosto amargo, caso a inclusão de tais mecanismos vise à proteção de direitos fundamentais. Embora o direito federal dos Estados Unidos não preveja, alguns estados possuem inscritos em suas respectivas Constituições, legítimos instrumentos de democracia direta, a exemplo dos modelos em vigor no NCL. O Estado da Califórnia, apesar de internacionalmente reconhecido como exemplo de estado liberal tanto no âmbito político quanto em assuntos de ordem moral, tem produzido decisões populares estarrecedoras.

Em junho de 1963, o legislativo da Califórnia aprovou a Lei de Rumford,⁶⁷ um projeto de habitação, por meio do qual era vedado qualquer tipo de discriminação racial nas operações de venda, arrendamento, empréstimos hipotecários ou em quaisquer práticas relativas ao direito de moradia.⁶⁸ Em abril de 1964, portanto, em menos de um ano após a edição da lei, a Associação Imobiliária da Califórnia patrocinou um projeto de iniciativa popular com o intuito de corrigir os efeitos da lei ao emendar a constituição daquele estado. A iniciativa, denominada Proposição 14,⁶⁹ foi posta em votação, com o propósito de

⁶⁶ Art. 442. El proyecto de reforma se aprobará por la Asamblea Nacional. Una vez aprobado el proyecto de reforma constitucional se convocará a referendium dentro de los cuarenta y cinco días siguientes. Para la aprobación en referéndum se requerirá al menos la mitad más uno de los votos válidos emitidos. Una vez aprobada la reforma en referéndum, y dentro de los siete días siguientes, el Consejo Nacional Electoral dispondrá su publicación.

⁶⁷ *Rumford Fair Housing Action* foi uma lei que buscou estancar a prática de discriminação racial, comum à época, baseada na escolha pelos proprietários ou locatários dos respectivos compradores ou locadores de seus imóveis. V. <http://content.cdlib.org/xtf/view?docId=hb8n39p2g3&query=&brand=calisphere>. Acesso em 03/04/2010.

⁶⁸ <http://supreme.justia.com/us/387/369/case.html>. Acesso em 07/04/2010.

⁶⁹ Proposition 14: Neither the State nor any subdivision or agency thereof shall deny, limit or abridge, directly or indirectly, the right of any person, who is willing or desires to sell, lease or rent

adicionar uma emenda à Constituição da Califórnia através da qual a liberdade dos proprietários deveria ser protegida, inclusive, contra investidas legislativas de proteção aos direitos de igualdade.

Tal iniciativa foi aprovada por ampla maioria dos eleitores naquele ano, até que a Suprema Corte da Califórnia decidiu que a proposição era inconstitucional, porque violava a proteção da igualdade, bem como as provisões do devido processo legal da Constituição da Califórnia. Em oportunidade subsequente, a Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Reitman v. Mulkey*⁷⁰ confirmou a decisão, e declarou que a proposição violou a 14ª Emenda⁷¹ da Constituição dos Estados Unidos. De fato, a Suprema Corte estabeleceu importante entendimento, ao observar que quando o povo torna-se o legislador, como no caso narrado acima, devem ser observadas as mesmas normas procedimentais exigidas para o Poder Legislativo.

Recentemente, o povo da Califórnia protagonizou através do instrumento de iniciativa popular mais um caso de discriminação, dessa vez baseada em questões de gênero. O caso, ainda sem desfecho, concerne à propositura de nova emenda constitucional que proíbe casamentos entre pessoas do mesmo sexo. Após o sucesso da iniciativa, foi incluído o inciso 7.5⁷² ao artigo primeiro da Constituição da Califórnia, através da Proposição 8,⁷³ bastante questionada por grupos de defesa da igualdade de gêneros, o que ensejou recurso ao *United States District Court for the Northern District of California*.⁷⁴ O julgamento marcado

any part or all of his real property, to decline to sell, lease or rent such property to such person or persons as he, in his absolute discretion, chooses. Ver sítio www.leginfo.ca.gov. Acesso em 04/04/2010.

⁷⁰ *Reitman v. Mulkey*, 387 U.S. 369 (1967) 537. Segundo Chemerinsky, a iniciativa foi considerada inconstitucional porque criou obstáculos à minorias raciais de participação em processos políticos. CHEMRINSKY, Erwin. op. cit. p. 537.

⁷¹ 1. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas a sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do estado onde tiver residência. Nenhum estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis. (Tradução aproximada no inciso primeiro da 14ª Emenda)

⁷² Article 1 Declaration of Rights SEC. 7.5. Only marriage between a man and a woman is valid or recognized in California.

⁷³ V. <http://www.courtinfo.ca.gov/courts/supreme/highprofile/prop8.htm>. Acesso em 18/04/2010.

⁷⁴ A *United States District Court for the Northern District of California* equivale de uma certa forma aos nossos Tribunais Regionais Federais. O caso *Perry et al v. Schwarzenegger et al* será julgado em junho e segundo o entendimento de especialistas, deve “subir” para análise pela Suprema Corte dos Estados Unidos por ofensa aos direitos de igualdade e devido processo legal previstos na Constituição americana. V: <https://ecf.cand.uscourts.gov/cand/09cv2292/> (Acesso em 18/04/2010)

para junho deste ano, provavelmente, dará ensejo à significativa batalha na Suprema Corte dos Estados Unidos onde temas como igualdade, devido processo legal e até limites da autonomia dos estados versus o princípio do federalismo serão levados àquela Corte.⁷⁵

Feita esta importante digressão, retornemos a um dos temas mais inovadores do NCL, no que tange ao ingresso, escolha e permanência dos magistrados na Suprema Corte. Segundo a Constituição da Venezuela,⁷⁶ fica assegurada a participação dos cidadãos na escolha dos magistrados da Suprema Corte, os quais permanecem no cargo por um mandato fixo de doze anos. Nesse caso a eficácia é restringida pela exigência de regulamentação do supracitado artigo. Na Venezuela, também restou à decisão popular (*Poder Ciudadano*), a possibilidade de revogação dos cargos dos magistrados, em caso de “faltas graves qualificadas” nos termos da lei.

No Equador, os membros são selecionados por concurso público,⁷⁷ cabendo, inclusive, a possibilidade de impugnação por parte dos cidadãos das respectivas indicações. Outro elemento interessante que representa uma busca incessante pela igualdade de gêneros está configurado na exigência de paridade entre homens e mulheres na composição da Corte, de acordo com os ditames constitucionais da norma equatoriana.

Uma das maiores inovações em matéria constitucional, no entanto, ocorre na Constituição da Bolívia, a qual dispõe que os magistrados do *Tribunal*

⁷⁵ O caso do endurecimento de leis de imigração será outro ponto polêmico que tangencia a autonomia dos estados frente ao direito federal norte-americano. O recente caso da tentativa de edição de severa lei de imigração pelo Estado do Arizona deverá provocar interessante disputa jurídica e política a movimentar o intrincado processo constitucional nos Estados Unidos. V. http://www.economist.com/world/united-states/displaystory.cfm?story_id=15954262. Acesso em 30/04/2010.

⁷⁶ Art. 264. Los magistrados o magistradas del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidos o elegidas por un único período de doce años. La ley determinará el procedimiento de elección. En todo caso, podrán postularse candidatos o candidatas ante el Comité de Postulaciones Judiciales, por iniciativa propia o por organizaciones vinculadas con la actividad jurídica. El Comité, oída la opinión de la comunidad, efectuará una preselección para su presentación al Poder Ciudadano, el cual efectuará una segunda preselección que será presentada a la Asamblea Nacional, la cual hará la selección definitiva. Los ciudadanos y ciudadanas podrán ejercer fundadamente objeciones a cualquiera de los postulados o postuladas ante el Comité de Postulaciones Judiciales o ante la Asamblea Nacional.

⁷⁷ Art. 434. Los miembros de la Corte Constitucional se designarán por una comisión calificadora que estará integrada por dos personas nombradas por cada una de las funciones, Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social. La selección de los miembros se realizará de entre las candidaturas presentadas por las funciones anteriores, a través de un proceso de concurso público, con veeduría y posibilidad de impugnación ciudadana. En la integración de la Corte se procurará la paridad entre hombres y mujeres.

Constitucional Plurinacional serão eleitos por sufrágio universal. A transição da composição da antiga Corte para este Tribunal ainda aguarda cumprimento em razão do período de adaptação previsto nas normas constitucionais transitórias.⁷⁸

A pretensa falta de legitimidade das Cortes Supremas não poderia deixar de representar um entrave aos modelos descritos neste item. O problema foi enfrentado por dois artigos específicos que examinam o papel da Corte Constitucional no NCL em publicação sobre a Constituição do Equador. Vale destacar que, embora a análise diga respeito a este país, a teoria referente ao papel exercido pelo Poder Judiciário, e mais especificamente pela Corte Constitucional, segue a mesma ideologia para os demais países que compõe o movimento.

O primeiro escrito pelo professor Agustín Jiménez e o segundo pelo próprio Rubén Dalmau, nome que vem sendo mencionado ao longo deste item. No tocante àquele autor, docente na Universidade Andina Simon Bolívar, no Equador, prevalece a noção de que embora o Judiciário tenha a prerrogativa de decidir conflitos decisórios interpoderes, exige-se da Corte Constitucional, como de qualquer outro órgão, limites ao exercício de suas competências.⁷⁹ Tais limites jurídicos e políticos estão inscritos na própria Constituição, e, em caso de interpretações em dissonância com a vontade do Poder Legislativo, cabe a este último reformar a Constituição em acordo com a consulta popular. Sem mencionar “la posibilidad que sentencias arbitrarias sean revisadas por cortes internacionales de derechos humanos”.⁸⁰ Em suas considerações, portanto, evidencia-se expressa possibilidade de correção legislativa de decisão judicial por parte do Poder Legislativo com o respaldo popular, traço marcante desse modelo de engenharia constitucional.

Há, contudo, uma espécie de resignação nas considerações do autor, evidenciada em sua preocupação de que não caberia ao mesmo órgão, o Legislativo, o papel de criar leis, interpretá-las, tampouco aplicá-las. Portanto, a distinção entre Congresso e função jurisdicional é condição *sine qua non* para a manutenção do modelo democrático pretendido pelo NCL, segundo o professor

⁷⁸ Art. 199. Las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional se elegirán mediante sufragio universal, según el procedimiento, mecanismo y formalidades de los miembros del Tribunal Supremo de Justicia.

⁷⁹ JIMÉNEZ, Agustín Grijalva. *Perspectivas y desafíos de La Corte Constitucional*. In DALMAU, Rubén Martínez. op. cit., p 260.

⁸⁰ JIMÉNEZ, Agustín Grijalva. *Perspectivas y desafíos de La Corte Constitucional*. In DALMAU, Rubén Martínez. op. cit., p 261.

Jiménez. No entanto, o círculo se encerra novamente em torno do debate acerca do papel do Judiciário, dividido entre o risco de fomentar uma “aristocracia judicial” ou sua capacidade de “operar como um contrapeso legítimo al poder Ejecutivo y de la Asamblea Nacional”.⁸¹

Sem aperceber-se da possibilidade de correção legislativa de decisão judicial, o autor equatoriano enfatiza a importância do processo de nomeação dos magistrados da Corte Constitucional como trincheira para a manutenção da legitimidade da jurisdição constitucional. Segundo suas palavras, a indicação deve pautar-se por “procedimientos de designación meritocrática, justo y transparente, de acuerdo com rigurosos criterios de selección”, realizados por autoridades “popularmente electas”.⁸²

Como contraponto, Dalmau defende que a legitimidade da Corte não advém somente do modo de designação de seus membros, mas sim, “debe extenderse a su actuación, puesto que el control democrático forma parte intrínseca del concepto de soberanía del pueblo y, por lo tanto, de constitución.”⁸³ O autor espanhol chama atenção para dois instrumentos interessantes e estranhos ao nosso constitucionalismo pátrio, capazes de manter a atividade da Corte Suprema dentro de limites constitucionalmente pré-estabelecidos.

Primeiramente, a fixação de parâmetros interpretativos expressos em dispositivo constitucional como solução para o infundável debate⁸⁴ sobre quais princípios devem pautar o trabalho hermenêutico da Corte.⁸⁵ De acordo com o autor, a inserção de vetores interpretativos em cláusula constitucional tem o condão de guiar o papel da Corte e evitar, assim, uma supremacia judicial. Nesse ponto, devemos salientar nossa discordância quanto à efetividade de tais vetores

⁸¹ Op. cit. 278.

⁸² Op. cit. 277.

⁸³ Destarte, Dalmau aproveita para reverenciar a experiência boliviana, na qual os juízes da Corte Constitucional serão eleitos diretamente pelo povo, conforme analisamos ao longo deste item. DALMAU, Rubén. *Supremacia de la Constitución*. In. DALMAU, Rubén Martínez. op. cit.. p 285.

⁸⁴ O direito americano costuma ser palco de debates entre originalistas e não originalistas, entre interpretativistas e não interpretativistas, a respeito da busca pela interpretação constitucional mais adequada. CHEMERINSKY, Erwin. op. cit. p. 15 – 23.

⁸⁵ DALMAU, Rubén. *Supremacia de la Constitución*. In. DALMAU, Rubén Martínez. op. cit.. p 286.

Nesse sentido reza o artigo 427 da Constituição do Equador - Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.

hermenêuticos, baseados em abstratos conceitos, tais como “integralidade constitucional”, “vontade do constituinte” e “princípios gerais”.

E por fim, a rigidez constitucional alicerçada pela exigência de consulta popular para eventuais reformas em seu texto, ao qualificar essa prerrogativa do povo, como “una nueva forma de control de la constitucionalidad”, representado pela primazia do princípio democrático frente a “cuasimarginalización”⁸⁶ do poder constituinte constituído. Neste sentido, vigoram os preceitos ideológicos do NCL e reside a essência deste movimento, o qual busca promover a inserção do povo nas tomadas de decisões do processo político nos ordenamentos cotejados.

3.3

O direito americano: confronto interpoderes ou diálogo político?

O direito americano⁸⁷ fornece a mais completa classificação do fenômeno da correção legislativa de decisão judicial dentre os ordenamentos pesquisados. Não pretendemos traçar uma análise histórica do modelo americano de *judicial review*, mas tão somente focalizar os métodos disponíveis pelo Congresso “para esclarecer o sentido das normas e controlar a interpretação das decisões judiciais.”⁸⁸

Primeiramente, há que se salientar algumas importantes características desse ordenamento jurídico. Por sua natureza judiciária, característica, como se sabe do sistema de *Common Law*,⁸⁹ o direito americano tem como fonte de direito principal, as decisões judiciais. Entretanto, as condições diversas de

⁸⁶ DALMAU, Rubén Martínez. *Supremacia de la Constitución*. In. DALMAU, Rubén Martínez. op. cit.. p 290.

⁸⁷ O professor alemão Gunther Frankenberg ao comparar a importância das sociedades germânica e americana para o estudo do direito comparado, afirma que “o Direito dos Estados Unidos da América, como acompanhamento normativo da hegemonia político-econômica e por força de sua tradução e difusão mundial, adquiriu validade transnacional como nenhum outro regime jurídico.” FRANKENBERG, Günther. *A Gramática da Constituição e do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 409.

⁸⁸ Essa definição pertence à *Jeb Barnes* e recebeu tradução livre. V. BARNES, Jeb. *Overruled? Legislative overrides, pluralism and contemporary Court-Congress relations*. Stanford: Stanford University Press, 2004, p. 31.

⁸⁹ Segundo o comparatista francês René David, “a noção de família de direito não corresponde a uma realidade biológica; recorre-se a ela unicamente para fins didáticos, valorizando as semelhanças e as diferenças que existem entre os diferentes direitos.” DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 22. Para esse autor existem três grandes grupos de direitos preponderantes no mundo contemporâneo, quais sejam, a família romano-germânica, família do *common law* e dos direitos socialistas.

formação das que presidiram o direito inglês, o levaram a dar um destaque maior às leis, notadamente à Lei Maior. Contudo, a Constituição norte-americana, precisamente por ser peculiar a um sistema de matriz judiciária, é diversamente das romano-germânicas, extremamente sintética,⁹⁰ mas também rígida⁹¹ e garantista.⁹² Essa mesma engenharia americana, baseada na criação jurisprudencial, também pode ser considerada como a matriz do modelo difuso de controle de constitucionalidade.⁹³

Estes ingredientes, acrescidos de aspectos políticos e culturais da sociedade americana, repercutem sobre o equilíbrio entre os Poderes, que decorre de uma relação tênue a exigir de todos vigília permanente. Conforme já havíamos mencionado no início deste trabalho, a realidade política e social americana é entrecortada pelo conflito entre extremos.⁹⁴ Segundo Michel Rosenfeld, ao analisar as especificidades da jurisdição constitucional no modelo americano:

De um lado estão as feministas, os ativistas gays, os ambientalistas, os defensores zelosos do direito de aborto e da ação afirmativa contra discriminação de minorias, etc.; do outro lado, os fundamentalistas religiosos, os defensores dos valores tradicionais da família e os oponentes veementes ao direito de aborto e à ação afirmativa. Por não haver frequentemente meio termo entre esses dois

⁹⁰ A Constituição americana possui apenas sete artigos e vinte e sete Emendas ao longo dos seus mais de duzentos anos de existência. Como modelo de Constituição sintética Uadi Lammêgo Bulos cita como exemplo a Constituição dos Estados Unidos, “breve e resumida, sem o predomínio de pleonasmos, repetições inúteis ou construções prolixas.” V. BULOS, Uadi Lammêgo, op cit. p. 22 - 23

⁹¹ Ao contrário das flexíveis, dentre as quais usualmente menciona-se a inglesa, o modelo rígido caracteriza-se pela exigência de critérios solenes e dificultosos para que possam sofrer modificações. V. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 10.

⁹² O modelo de “constituição-garantia”, também denominada de negativas, por parte da doutrina é aquele que prevê somente princípios e normas gerais de organização do estado, limitação do Poder, por meio de uma sucinta estipulação de direitos e garantias fundamentais. V. MORAES, Alexandre de. Op. cit.

⁹³ *Marbury v. Madison* 5 U.S.A. 37 (1803) Ver: <http://supreme.justia.com/us/5/137/case.html> (Acesso em 10/03/2010). Para entender o caso resumidamente, ver: BARROSO, Luiz Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 3 – 10. SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 26 – 28. FLETCHER, George P. SHEPPARD, Steve. *American law in a global context*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 134 – 148.

⁹⁴ Nesse sentido, o posicionamento estampado no sítio do Congresso americano reflete *ipsis litteris* esse modelo baseado mais no conflito do que na cooperação: “In short, the relationship between Congress and the courts is necessarily more antagonistic than cooperative, in fulfillment of the Framers' intention in dividing power. Both conflict and cooperation are being served by this arrangement, and the conflict has rarely been destructive of constitutional values.” Uma das monografias mais completas sobre o tema é de autoria do professor português: PIÇARRA, Nuno. *A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1989. Para uma releitura do princípio sob uma perspectiva crítica, ver: ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação de Poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

grupos, à medida que a veemência de seu antagonismo mútuo aumenta, esta ameaça provoca uma divisão na identidade do país.⁹⁵

Não custa lembrar, para tornar o cenário ainda mais instável, que a Constituição americana não prevê quem deve ser o intérprete de suas normas, nem define quantitativamente a composição da Corte Suprema. Essas peculiaridades saltam aos olhos de estudiosos acostumados com o detalhamento normativo inerente aos direitos de matriz romano-germânica. Para nós, adeptos da máxima popular “vale aquilo que está escrito”, tais características ecoam com estranheza.

Sob essa perspectiva, passemos a examinar as formas de controle do Congresso sobre a Suprema Corte, primeiramente no que tange aos aspectos institucionais, para em seguida realizarmos uma classificação eminentemente jurídica. Por outras palavras, a relação entre os poderes Legislativo e Judiciário pode ser considerada “gênero”, da qual se extraem duas espécies, a primeira institucional (externa) e a segunda jurídica (interna).⁹⁶ Embora a presente dissertação verse sobre a segunda espécie (jurídica), a qual denominou-se correção legislativa de decisão judicial, ambas, tem como fim comum, obter o controle sobre o significado da Constituição. À vista do exposto, acreditamos que podemos chegar a uma conclusão distinta relativamente à pretensa supremacia judicial americana, associada ao “modelo forte” de *judicial review*, quando analisada sob estas premissas.

Feita esta digressão, voltemos nossas lentes para a sistematização do fenômeno. Existem, no direito americano, três espécies de controle de natureza

⁹⁵ ROSENFELD, Michel. *Jurisdição constitucional na Europa e nos Estados Unidos: paradoxos e contrastes*. In. BIGONHA, Antonio Carlos Alpino. MOREIRA, Luiz (orgs). *Limites do Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p. 214.

⁹⁶ Devemos esclarecer que a formulação dessa classificação é de autoria exclusiva deste autor. Não significa um modelo fechado, muito menos exaustivo da possibilidade de “overruled” no direito americano em razão do silêncio constitucional sobre tais temas, conforme já explicamos. De qualquer modo, vale mencionar a classificação de Jeb Barnes, para quem existem quatro alternativas de *Congress’s overrides*. Para ele, há a figura do *impeachment*, da emenda constitucional, do *judicial appointment* e, por fim, o chamado *power of the purse*. Distoando pouco de nossa classificação, o autor não menciona o *court packing*, porém acrescenta a alternativa do *power of the purse*, que segundo ele, embora haja previsão constitucional (*U.S. Constitution, article 3*) que garanta a irredutibilidade dos benefícios dos magistrados, a norma fundamental se cala sobre aumento de salários dos mesmos ou cortes no orçamento administrativo dos tribunais. Barnes, prossegue, afirmando que o Congresso tem usado essa prerrogativa de forma “criativa”. Para conhecimento de alguns interessantes casos ocorridos durante a Corte Warren, V. BARNES, Jeb. op. cit. 33 – 56.

institucional: a nomeação dos Ministros da Suprema Corte pelo Presidente e aprovação pelo Senado (*judicial appointments*); a possibilidade de alteração numérica da Corte (*court packing*) e por fim; o mecanismo de *impeachment* dos magistrados. Cada um desses instrumentos tem o poder de atuar em momentos distintos: ao controlar a entrada (ou rejeição), durante o período de permanência, e, por fim, ao impor um procedimento forçado de retirada dos *justices*.

A primeira ferramenta, o *judicial appointments* ou, conforme a terminologia adotada pela Constituição, *Senate Power to give Advice and Consent*, pode ser considerada o meio mais direto de intervenção do Congresso sobre o Judiciário.⁹⁷ Embora, a indicação seja de competência do chefe do Poder Executivo,⁹⁸ a aprovação ou rejeição cabe aos membros do Senado Federal, conforme preceitua o inciso II do artigo 2º da Constituição dos Estados Unidos⁹⁹. Historicamente, o processo¹⁰⁰ tem sido levado a sério e vários nomes já foram rejeitados¹⁰¹ durante a sabatina no Senado. Com respeito a esta alternativa, não custa lembrar que a política americana divide-se majoritariamente entre dois

⁹⁷ Segundo Jeb Barnes “the appointment power is the most visible check on the courts, and it can significantly affect doctrine, especially Supreme Court doctrine.” BARNES, Jeb, op. cit. p. 33.

⁹⁸ O processo de escolha do indicado pelo presidente, também costuma ser tarefa levada a sério pela política norte-americana. Atualmente, com a proximidade da aposentadoria do *Justice* John Paul Stevens, o Presidente Barack Obama vem implementando uma série de entrevistas com seus possíveis candidatos. Para padrões brasileiros, a prática empreendida pelo presidente Obama, no mínimo, provoca-nos alguns questionamentos. http://hosted.ap.org/dynamic/stories/U/US_OBAMA_SUPREME_COURT?SITE=AP&SECTION=HOME&TEMPLATE=DEFAULT. Acesso em 02/05/2010.

⁹⁹ Article 2. (The Executive Branch). Section 2 (Civilian Power over Military, Cabinet, Pardon Power, Appointments): “He shall have Power, by and with the **Advice and Consent of the Senate, to make Treaties, provided two thirds of the Senators present concur; and he shall nominate, and by and with the Advice and Consent of the Senate, shall appoint** Ambassadors, other public Ministers and Consuls, **Judges of the Supreme Court**, and all other Officers of the United States, whose Appointments are not herein otherwise provided for, and which shall be established by Law: but the Congress may by Law vest the Appointment of such inferior Officers, as they think proper, in the President alone, in the Courts of Law, or in the Heads of Departments”. (Grifo Nosso).

¹⁰⁰ Merece registro a recente aprovação, em meados de 2009, da magistrada Sonia Sotomayor indicada pelo Presidente Barack Obama ao cargo. Por uma margem de 68 x 31, ela obteve a totalidade de votos dos democratas e ainda parte da aprovação dos republicanos. Esta informação pode ser obtida através do seguinte endereço eletrônico: http://www.nytimes.com/2009/08/07/us/politics/07confirm.html?_r=2&hp Acesso em 07 de abril de 2009.

¹⁰¹ Cabe ressaltar que 29 indicados pelos presidentes foram rejeitados pelo Senado desde 1789. Um exemplo recente foi a não aprovação da indicação de Harriet Miers, indicada pelo Presidente Bush constrangedoramente reprovada por “falta de experiência”. Segundo alguns senadores, ela era “mal preparada”, “desinformada” e tinha dificuldade de se expressar. Ver: <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2005/10/27/AR2005102700547.html> ou <http://edition.cnn.com/2005/POLITICS/10/27/miers.nominations/> Ambos acessados em 03/03/2010.

grandes partidos (democratas e republicanos). No entanto, mesmo diante dessa antagonia dual, a indicação do magistrado por determinado presidente não é garantia de que aquele, quando *justice* vá seguir a orientação política de quem o indicou. Isso deve ser a tendência, mas a história americana guarda algumas exceções.¹⁰²

O método do *court packing*¹⁰³ possui natureza dissuasiva e não tem respaldo constitucional. Afinal, cabe reforçar que a Constituição americana tampouco prevê expressamente o número de magistrados que deve conter a Suprema Corte. Este vácuo normativo, peculiar ao tipo de Constituição desse sistema de natureza judiciária, pode, no entanto, gerar pressões políticas tanto por parte do Congresso quanto do Presidente, quando a estes não lhes convêm determinadas interpretações que possam obstruir interesses políticos. Uma produção legislativa infraconstitucional, semelhante às nossas leis ordinárias (denominado *judiciary act* pelo direito americano), é o ato normativo utilizado pelo Congresso para promover o “empacotamento da Corte”.

Na história americana, a convergência política entre Poder Executivo e Legislativo somada à falta de previsão constitucional sobre a matéria, gerou oscilações radicais no número de juízes que compõem a Suprema Corte¹⁰⁴. O caso mais famoso ocorreu durante o governo do Presidente Franklin Roosevelt, no período conhecido como *New Deal*¹⁰⁵. A década seguinte à Crise de 1929¹⁰⁶ deixou devastada a economia norte-americana e de muitos países, gerando desemprego e pobreza para um grande número de cidadãos. Como forma de tentar

¹⁰² Os exemplos mais notórios foram os *Justices* Earl Warren e Willian Brennan, ambos indicados pelo então Presidente Eisenhower, de posicionamento republicano, e que mais tarde lideraram um dos movimentos mais progressistas da história da Suprema Corte. BARNES, Jeb, op. cit. p. 33.

¹⁰³ CHEMERINSKY, Erwin. op. cit. p. 256.

¹⁰⁴ Segundo Chemerinsky, esse número já oscilou bastante. A primeira “Lei do Judiciário” (*first Judiciary Act*) previa seis magistrados na Corte, que foi temporariamente reduzido para cinco em 1801, até retornar ao número de seis no ano seguinte. Somente em 1807, a quantidade foi elevada para sete magistrados, depois para nove em 1837, e chegou a possuir dez em 1864. No ano de 1866, o Congresso reduziu novamente o tamanho da Suprema Corte para sete membros e finalmente em 1869, foi fixada a formação de nove magistrados, número que permanece conservado até os dias atuais. CHEMERINSKY, Erwin. op. cit. p. 256.

¹⁰⁵ Para uma análise crítica desse momento, ver: ACKERMAN, Bruce. *Nós, o Povo Soberano. Fundamentos do Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 143 – 182. Para um enfoque, estritamente jurídico, através da descrição dos principais *cases* que refletiram a atmosfera política da Corte naquele período, ver: CHEMERINSKY, Erwin. op.cit.. p. 254 - 273. VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça. Um ensaio sobre limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999., p. 76 – 86.

¹⁰⁶ POLANYI, Karl. *A grande transformação*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1980, p. 225 – 226.

conter as duras consequências econômicas e sociais do período, o Presidente Roosevelt lançou um ambicioso programa para recuperação e reforma do Estado americano. Para executá-lo, contudo, precisaria contar com o apoio dos outros Poderes.

Indiferente aos acontecimentos do período a Suprema Corte, no entanto, mantinha sua orientação conservadora ao julgar inconstitucional uma série desses programas sociais - os quais, na interpretação de seus membros - violavam os valores “da propriedade privada, da liberdade contratual e da soberania dos Estados”¹⁰⁷ propugnados na Constituição americana. O delicado momento de tensão entre o Poder Judiciário e os poderes eleitos democraticamente é descrito por Chemerinsky, de forma precisa: “A Corte estava profundamente comprometida com o *laissez-faire* econômico, fortemente antagônico à regulação econômica de proteção aos empregados, e bastante inclinada a usar o poder do *judicial review* para declarar a inconstitucionalidade de leis federais e estaduais.”

108

A insatisfação do Presidente Roosevelt com aquela situação manifestou-se por meio da propositura de um projeto de lei, o qual almejava incluir um novo juiz para cada *justice* que tivesse idade superior a 70 anos até o limite de quinze membros na Suprema Corte.¹⁰⁹ Desse modo, diante da idade avançada da maior parte dos magistrados, Roosevelt teria o poder de indicar seis novos *justices*, e assim, finalmente, obter a maioria necessária para controlar o processo decisório em última instância. Apesar de a proposta não ter prosperado no Congresso, o resultado indiretamente foi alcançado, e a Corte Suprema passou a promover uma “reviravolta” em seu entendimento,¹¹⁰ ao passar a interpretar a Constituição a luz das necessidades sócio-econômicas da época.

¹⁰⁷ Ver COMELLA, Víctor Ferreres. *Justicia Constitucional y Democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 56 – 58.

¹⁰⁸ “The Court was deeply committed to [*laissez-faire*] economics, strongly opposed to economic regulations protecting employees, and very willing to use the power of judicial review to declare unconstitutional federal and states laws. (Tradução aproximada). CHEMERINSKY, Erwin. op. cit. p. 255.

¹⁰⁹ CHEMERINSKY, Erwin. op. cit. p. 257.

¹¹⁰ Até 1937 qualquer caso que envolvesse a ampliação de direitos sociais, era considerado inconstitucional pelos mesmos juízes que após a ameaça de *court packing* mudaram radicalmente de posicionamento. Entre aquele ano e 1995 nenhuma lei federal dispondendo sobre ampliação da competência do Congresso sobre matéria comercial foi julgada inconstitucional. CHEMERINSKY, Erwin. op. cit. p. 256.

A pressão política exercida pelo Presidente e respaldada pelo Congresso, baseada no poder dissuasivo da ameaça do *court packing*, é mencionada pelos constitucionalistas americanos como a suposta “virada” no entendimento da Corte. O Justice Owen Roberts ¹¹¹ que costumava votar de forma conservadora sobre o tema, mudou abruptamente seu posicionamento a partir do ano de 1937, atitude que consagrou nos Estados Unidos a expressão “uma modificação a tempo que salvou os nove.” ¹¹²

A terceira medida institucional, considerada a mais drástica, é a possibilidade de *impeachment* do magistrado. Embora não possua previsão constitucional, pelo princípio do paralelismo das formas, interpreta-se o processo de *impeachment* de um magistrado de acordo com a disposição constitucionalmente prevista em relação ao presidente. Uma leitura combinada dos artigos 2º, inciso IV ¹¹³ com o 3º, inciso I, ¹¹⁴ da Constituição americana, permite tal construção hermenêutica. Aquele define que o Presidente, Vice-Presidente e todos os funcionários civis dos Estados Unidos podem ser destituídos do cargo por meio do instituto de *impeachment* por condenação, traição, suborno ou outros crimes e contravenções. Já o artigo subsequente versa sobre a exigência de “bom comportamento” para que os magistrados de instâncias superiores e inferiores mantenham-se no cargo ¹¹⁵.

No tocante à segunda espécie de “controle” do Congresso sobre a Corte, através da correção legislativa de decisão judicial, o Direito americano comporta ainda duas subespécies, que são a lei e a emenda à Constituição. Cabe, nessa

¹¹¹ CHEMERINSKY, Erwin. op. cit. p. 256.

¹¹² *The switch in time that saved nine*. (Tradução aproximada). CHEMERINSKY, Erwin. op. cit. p. 256.

¹¹³ Article II (The Executive Branch). Section 4 (Disqualification): **The President, Vice President and all civil Officers of the United States, shall be removed from Office on Impeachment** for, and Conviction of, Treason, Bribery, or other high Crimes and Misdemeanors. (Grifo nosso)

¹¹⁴ Article III (The Judiciary Branch). Section 1 (Judicial powers): “The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish. **The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behavior**, and shall, at stated Times, receive for their Services a Compensation which shall not be diminished during their Continuance in Office.” (G. N.)

¹¹⁵ O vago conceito “bom comportamento” já ensejou *impeachments* de magistrados de cortes inferiores, mas só produziu efeitos sobre a Suprema Corte uma única vez. O Justice Samuel Chase sofreu perseguição política durante o mandato do Presidente Thomas Jefferson, quem pretendia ter o controle daquela corte. O processo foi iniciado em 1804 na Câmara dos Deputados (*The House of Representatives*) que o considerou culpado das acusações. No entanto, no ano seguinte o magistrado acabou absolvido pelo Senado. A informação, assim como a história do judiciário federal norte-americano, incluindo a biografia dos magistrados está disponível no sítio do centro de Federal Justice Center: <http://www.fjc.gov> Acesso em 07/04/2010.

oportunidade, um cotejo com o direito brasileiro com fins de evitarmos uma compreensão equivocada do significado desses termos no direito americano. Reitere-se que o sistema constitucional americano permite que a Suprema Corte exerça o *judicial review* de normas constitucionais e infraconstitucionais, diferentemente do modelo brasileiro¹¹⁶. Se por um lado o ordenamento jurídico estadunidense estabelece um rígido processo de elaboração e aprovação de emendas à Constituição, por outro facilita a correção legislativa via lei infraconstitucional, conforme veremos a seguir.

Em relação às principais emendas constitucionais,¹¹⁷ que refletiram uma correção na jurisprudência da Suprema Corte, merecem destaque a décima primeira,¹¹⁸ a décima quarta,¹¹⁹ a décima sexta¹²⁰, a décima nona¹²¹ e a vigésima sexta¹²² emendas, oriundas de importantes *leading cases*, os quais tornaram imperiosa a função de legislar por parte do Congresso. Os casos *Chisholm v. Geórgia*,¹²³ *Scott v. Sandford*,¹²⁴ *Pollock v. Farmers Loan & Trust Co*,¹²⁵ *Minor v. Happersett*¹²⁶ e *Oregon v. Mitchell*¹²⁷ deram ensejo às respectivas emendas, as quais abordaram, respectivamente, a concessão de imunidade de jurisdição aos estados, a criação de uma cidadania nacional e a afirmação do princípio do devido

¹¹⁶ Cabe registro que no Brasil, não há essa possibilidade, conforme veremos no capítulo seguinte. A estrutura do sistema jurídico brasileiro reservou ao Supremo Tribunal Federal o papel de guardião da Constituição, enquanto ao Superior Tribunal de Justiça de defensor da ordem jurídica federal.

¹¹⁷ Ver tabela 1 nos anexos deste trabalho.

¹¹⁸ O Poder Judiciário dos Estados Unidos não poderá se estender a qualquer demanda baseada na lei ou na equidade, iniciada ou processada contra um dos estados por cidadãos de outro estado, ou por cidadãos ou sujeitos de qualquer Estado estrangeiro. (tradução aproximada)

¹¹⁹ 1. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas a sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do estado onde tiver residência. Nenhum estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis. (tradução aproximada) Para não tornar muito extensa esta nota de rodapé, optamos por reproduzir tão somente o inciso I desta Emenda.

¹²⁰ O Congresso terá competência para lançar e arrecadar impostos sobre a renda seja qual for a proveniência desta, sem distribuí-los entre os diversos Estados ou levar em conta qualquer recenseamento ou enumeração. (tradução aproximada)

¹²¹ 1. O direito de voto dos cidadãos dos Estados Unidos não será negado ou cerceado em nenhum Estado em razão do sexo. (Tradução aproximada) Só reproduzimos o inciso primeiro.

¹²² 1. O direito de voto dos cidadãos dos Estados Unidos, de dezoito anos de idade ou mais, não será negado ou cerceado pelos Estados Unidos ou por qualquer dos Estados, por motivo de idade. 2. O Congresso terá competência para, mediante legislação adequada, executar este artigo. (tradução aproximada)

¹²³ *Chisholm v. Georgia*, 2 Dall. (2 U.S.) 419 (1793).

¹²⁴ *Scott v. Sandford*, 19 How. (60 U.S.) 393 (1857).

¹²⁵ *Pollock v. Farmers Loan & Trust Co.* 157 U.S. 429, *modified on rehearing*, 158 U.S. 601 (1895).

¹²⁶ *Minor v. Happersett*, 21 Wall. (88 U.S.) 162 (1875).

¹²⁷ *Oregon v. Mitchell*, 400 U.S. 112 (1970).

processo legal, a formulação de um sistema de tributação nacional e a extensão do direito de voto para as mulheres.¹²⁸

Uma leitura atenta indica que o teor de grande parte dessas emendas envolve direitos fundamentais, o que nos permite concluir, no quadro deste estudo sobre a correção legislativa de decisão judicial via emenda constitucional, que a jurisprudência da Suprema Corte refletia entendimento contrário àqueles direitos. Dito de outra forma, não foi o Poder Judiciário, mas sim o Legislativo quem protagonizou, durante aquele período, o papel de protetor de parte dos direitos fundamentais. Essa constatação merece uma provocação. Não seria sob essa perspectiva da história constitucional que a defesa da supremacia parlamentar e a consequente mitigação do *judicial review* por parte de alguns autores norte-americanos se justifica?

A segunda espécie, correção via legislação ordinária, denomina-se “*statutory interpretation*” e representa a forma mais utilizada para corrigir decisões judiciais, inclusive aquelas emanadas da Suprema Corte, conforme estatística do Congresso dos Estados Unidos. Segundo dados obtidos através do sítio da respectiva instituição, foram 124 correções da jurisprudência da Suprema Corte entre os anos 1967 e 1990 por meio de legislação ordinária.¹²⁹

A rigidez imposta pela Constituição americana ao processo de propositura e ratificação de emenda constitucional é compensada pela acomodação de interesses interpoderes que permite a correção de orientação jurisprudencial por lei ordinária. Cabe destacar a observação¹³⁰ expressa pelo documento oficial do Congresso ao explicar a correção. O Congresso utiliza a expressão “rejeitar” a interpretação da Corte, demonstrando, conforme defendemos em nosso estudo que

¹²⁸ Segundo o professor Luiz Roberto Barroso “por quatro vezes o Congresso editou emendas à Constituição para o fim de alterar a interpretação estabelecida pela Suprema Corte.” Em nosso entendimento, conforme tabela anexa ao final deste trabalho, a vigésima sexta emenda é um quinto exemplo de correção legislativa de decisão da Suprema Corte, proferida no caso *Oregon v. Mitchell*. BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 22.

¹²⁹ Os números podem ser confirmados através do seguinte endereço eletrônico, <http://www.rules.house.gov/archives/jcoc2ay.htm>. (acessado em 08/04/2010).

¹³⁰ “The cases overturned were not necessarily judicial misinterpretations of congressional intent. Each Congress is a different institution from any other Congress (just as the Supreme Court is rarely the same body from time to time), and a subsequent **Congress may simply reject a decision** that correctly interpreted a previous congressional intent. In a large number of instances, however, Congress believed the judicial decisions it was overturning were incorrect interpretations.” (G. N.)

<http://www.rules.house.gov/archives/jcoc2az.htm#21>. Acessado em 08 de abril de 2010.

a relação entre os Poderes se realiza através de um movimento permanente em “busca de destinos continuamente alterados pela modificação da própria linha do horizonte.”¹³¹ De acordo com a referida instituição, a correção não pressupõe necessariamente discordância interpretativa, porém um fenômeno natural decorrente da “alternância dos membros da Suprema Corte ou do próprio Congresso que se modificam com frequência”.

Diante da grande quantidade de exemplos, consideramos suficiente mencionar o *Civil Rights Act*¹³² de 1991, como uma das principais criações legislativas que de uma só vez, modificou o entendimento de nove decisões da Suprema Corte. Segundo Jeb Barnes, “desde meados de 1970, o Congresso tem aprovado centenas de correções – leis que explicitamente buscam reverter ou materialmente modificar interpretações de leis ou atos administrativos.”¹³³ Além do *Civil Rights Act*, Barnes menciona ainda, o “*Grove City*” *Bill* e o *Voting Rights Act*¹³⁴ de 1982, todas correções legislativas via norma infraconstitucional cujo objetivo consistia em reverter posições extremamente conservadoras da Suprema Corte à época. Vale destacar que a “*Lei Grove City*” recebeu este nome, justamente por haver corrigido decisão daquela corte referente ao caso *Grove City College v. Ball*¹³⁵, no qual se discutia sob a égide da conservadora Corte Rehnquist, decisão restritiva aos direitos relacionados à discriminação por sexo em financiamentos para programas escolares.

O delicado equilíbrio interpoderes, o qual mantém em funcionamento a engrenagem do modelo americano, demonstrou que o pretense monopólio da “última palavra” por parte da Suprema Corte, talvez não seja tão rígido como alguns críticos costumam supor.

¹³¹ NOVAES, Adauto (org.). *O olhar*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 383.

¹³² O *Civil Rights Act* foi criado com o objetivo de reverter uma “série de decisões conservadoras proferidas pela Suprema Corte ao interpretar de forma restritiva normas relativas à discriminação laboral. V. BARNES, Jeb, op. cit. p. 12 – 13.

¹³³ “(...) since the mid-1970s, Congress has passed hundreds of [overrides] – laws that explicitly seek to reverse or materially modify judicial interpretations of statutes and related administrative rules.” Tradução aproximada. BARNES, Jeb, op. cit. p. 04.

¹³⁴ O *Voting Rights Act* atacou a decisão no caso *City of Mobile v. Boldon* 446 U.S. 55 (1980), que mais uma vez externava posição conservadora da Suprema Corte. Com uma enorme sutileza jurídica, a Corte inverteu no que tange à prática discriminatória eleitoral o ônus da prova. Ao invés de demonstrar que certas práticas eleitorais produzem resultados discriminatórios, a decisão entendeu ser necessária a prova de tentativa de discriminação no enfrentamento às práticas eleitorais.

¹³⁵ *Grove City College v. Bell*, 465 U.S. 555 (1984).

A desmistificação do conceito de imutabilidade das decisões do Poder Judiciário, incluso, em ordenamentos jurídicos considerados símbolo de rigidez constitucional, como é o caso do americano, certamente, suscita questionamentos. A análise dos métodos de correção disponíveis no direito norte-americano, talvez tenha conseguido trazer novos contornos ao debate. Confiar no papel da correção legislativa como instrumento capaz de restituir ao Legislativo a possibilidade de “consertar” ou “reverter” interpretação dissonante de sua vontade, significa acreditar em processos decisórios mais abertos e mais plurais. Nesse sentido, conclui Barnes com enorme precisão:

Notícia de capa ou não, o fato é que a correção legislativa de decisão judicial exerce **funções vitais para a política americana**, funções de grande importância para a atual “*age of statutes*”. Além do mais, **tanto a interpretação de atos administrativos quanto de decisões judiciais frequentemente exigem revisão**. Algumas leis como ADA ¹³⁶ são ambíguas. Outras podem conflitar, produzir consequências indesejadas, ou refletir valores antiquados (...). ¹³⁷

No início da análise do desenho institucional americano, conforme pronunciamento do próprio Congresso,¹³⁸ percebemos que houve opção consciente por um modelo baseado mais no conflito do que na cooperação. De qualquer modo, esse modelo institucional agravado pelo antagonismo político da própria sociedade não foi capaz de romper os diques do constitucionalismo norte-americano, conforme a precisa definição de Robert Nagel: “após duzentos anos de desenvolvimento e consolidação, o sistema judicial dos Estados Unidos é um importante edifício construído sobre uma fenda que parece pequena, mas que persiste.” ¹³⁹

Esta sólida instituição construída sobre terreno extremamente instável leva-nos à formulação da seguinte questão: como um modelo em atividade há mais de duzentos anos e estabelecido com base no conflito interpoderes conseguiu

¹³⁶ ADA significa “American with Disabilities Act”, norma que proíbe discriminação baseada em deficiências físicas.

¹³⁷ Optamos pela tradução livre, com exceção do termo “age of statutes” que é uma homenagem do autor à expressão consagrada por Guido Calabresi em sua obra “A Common Law for the Age of Statutes”. O termo correção legislativa de decisão judicial é utilizada no original como “*passage of overrides*”. BARNES, Jeb, op. cit. p. 05.

¹³⁸ Ver nota 266.

¹³⁹ NAGEL, Robert F. *Direito político, política legalista: uma história recente da teoria da questão política*. In. BIGONHA, Antonio Carlos Alpino. MOREIRA, Luiz (orgs). *Limites do Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p. 149.

perdurar por todo esse tempo? Talvez, a resposta nos aponte rumo a outro tipo de diálogo, o qual não conseguimos perceber, por não ter a forma institucionalizada, a exemplo do modelo da Comunidade Britânica, mas que pode ser compreendido como um diálogo político. Pretendemos repensar essa questão ao término da análise da correção legislativa de decisão judicial no cenário brasileiro.

3.4

O “fenômeno” da correção legislativa de decisão judicial no direito brasileiro

Esse acompanhamento das mudanças do tempo e da sociedade, se implicar necessária **revisão da lei** de anistia, **deverá** contudo **ser feito pela lei, vale dizer, pelo Poder Legislativo**. Insisto em que ao Supremo Tribunal Federal não incumbe legislar sobre a matéria. **Revisão de lei** de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, **haverá** --- ou não --- **de ser feita pelo Poder Legislativo**, não pelo Poder Judiciário.¹⁴⁰

Trata-se de trecho da recente decisão do Supremo Tribunal Federal, a qual, não obstante, tenha suscitado justa indignação por parte de importantes setores da sociedade civil, sobretudo pela casuística da Corte que oscila entre posições ativistas e de auto-contenção, não pode ser ignorada pela nossa pesquisa. Excluídos os posicionamentos valorativos, nas 73 páginas que constituem o longo voto do Relator, Min. Eros Grau, extrai-se importante posicionamento o qual reafirma não somente a possibilidade de correção legislativa de decisão judicial, bem como reitera que incumbe ao Poder Legislativo competência para modificar legislação anterior.

A palavra “correção”, embora utilizada em todo o trabalho para consolidar uma terminologia empregada pelo Supremo Tribunal Federal, merece algumas críticas. Segundo o Dicionário Aurélio, “correção” quer dizer “ato ou efeito de corrigir”. Seguindo o percurso do dicionário, buscamos o verbo “corrigir”, de onde extraímos os seguintes significados: dar forma correta, emendar, endireitar, ratificar, arrumar, consertar etc. Embora, pareça um preciosismo semântico, o uso

¹⁴⁰ Decisão do Ministro Eros Grau na ADPF 153 /DF que arguia a incompatibilidade da Lei 6.683/79 (Lei de Anistia) com os preceitos constitucionais da Carta de 1988.

V. www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF153.pdf. Acesso em 03/05/2010.

do termo “correção” pressupõe um erro, que em grande parte dos casos, não houve.

Em se tratando, sobretudo de correção via emenda constitucional, a crítica torna-se mais clara. Como afirmar que a compatibilização feita pelo Judiciário entre norma infraconstitucional e Constituição foi “equivocada”? Depende do olhar que se lança sobre o objeto. Em caso de correção na própria norma fundamental, modifica-se o parâmetro de controle na compatibilização das leis com aquela, ou seja, a “correção” promovida pelo Poder Legislativo na própria Constituição altera o ponto de referência, o que acaba por modificar consequentemente a própria perspectiva. Portanto, entendemos que expressões como “reversão”, “modificação” ou “substituição” seriam mais apropriadas para representar o fenômeno.

De qualquer modo, gradativamente essa terminologia vem se tornando pacífica na jurisprudência e nas poucas obras doutrinárias ¹⁴¹, as quais são possíveis detectar breves menções ao mecanismo. Justamente por sua contemporaneidade, merecem destaque as obras dos seguintes autores: Gilmar Mendes, Ricardo Lobo Torres e José Ribas Vieira. O primeiro não chega a surpreender afinal como Ministro do Supremo partiu dele a utilização da expressão que deu ensejo ao debate empreendido neste trabalho. No tocante à obra do professor Lobo Torres, seu comentário aponta-nos para mais uma importante constatação. No direito brasileiro o mecanismo da correção legislativa sói ocorrer no ramo do direito tributário, ¹⁴² o que explica sua expressa citação ao fenômeno em uma de suas obras. No capítulo referente à interpretação e integração das normas de direito tributário, o professor Lobo Torres, afirma:

As emendas e as revisões constitucionais também podem contribuir para a superação das antinomias, seja pela correção das contradições do texto básico, seja pela correção da jurisprudência constitucional, que, muitas vezes, introduz antinomias no sistema tributário (...). ¹⁴³

¹⁴¹ Nessa nota de rodapé não pretendemos afirmar de forma absoluta que outros autores não tenham abordado o tema, mas tão somente “homenagear” aqueles que já incluem o fenômeno em suas obras. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade. Estudos de direitos constitucionais*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. TORRE, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2010. VIEIRA, José Ribas (org). *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Editora Juruá, 2010.

¹⁴² O “*leading case*”, por exemplo, versa sobre a correção via Emenda de uma espécie de tributo, qual seja a contribuição para o custeio de iluminação pública, conforme analisaremos detidamente no capítulo 3.

¹⁴³ TORRE, Ricardo Lobo. op. cit. p. 166 – 167.

Na sequência, Lobo Torres, chega a mencionar um caso de correção legislativa de decisão através de Emenda 23/83, que segundo ele “corrigiu a errônea interpretação dada pelo STF a inúmeros dispositivos referentes ao ICM”. Essa sucinta abordagem sobre a terminologia demonstra também que o fenômeno da correção não é figura nova para o direito tributário. Talvez, não tenha merecido a atenção de especialistas de outras áreas, pois como veremos ainda neste item, sua utilização transbordou os limites daquele ramo jurídico.

Por fim, Ribas Vieira ao analisar as diversas formas de diálogo institucional menciona primeiramente a reação legislativa às decisões da Corte que manifestamente contrariam interesses do Poder Legislativo, além da hipótese de erro na interpretação judicial”, o qual receberia o “controle pelos poderes políticos, fazendo surgir, assim, a presença do diálogo.”¹⁴⁴ Segundo o Professor Ribas, embora não se possa tipificar o modelo brasileiro como dialógico, há na “casuística nacional” muitos exemplos de correção legislativa de decisão judicial como resposta às decisões do Supremo Tribunal. Com a necessária vênia, discordamos de seu entendimento quanto à impossibilidade de haver alguma forma de diálogo em nossa engenharia constitucional, conforme analisaremos a seguir.

Feitas essas considerações iniciais, voltemos nossa concentração ao modelo brasileiro sem deixar de explicitar a importância do modelo americano, analisado no item anterior. Conhecer suas idiossincrasias e, principalmente, a fragilidade sobre a qual se sustentam algumas de suas principais instituições, nos remete novamente ao pensamento de Bruce Ackerman, para quem a “extraordinária experiência constitucional americana deve ser vista como um caso especial, e não como um modelo universal ou um paradigma”¹⁴⁵. De fato, um ordenamento que admite o *court packing*, o *impeachment* de um magistrado em razão de “mau comportamento,”¹⁴⁶ o controle legislativo sobre o orçamento do Judiciário (*power of the purse*), mas nunca vivenciou uma verdadeira ruptura

¹⁴⁴ VIEIRA, José Ribas (org). op. cit. p. 72.

¹⁴⁵ ACKERMAN, Bruce. *The rise of world constitutionalism*, Yale Law School Occasional Papers, Second Series, n. 3, 1997. *apud* Barroso, Luiz Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo. São: Editora Saraiva, 2009, p. 22.

¹⁴⁶ A vagueza conceitual do termo “bom comportamento” somada aos traços puritanos da sociedade americana podem desdobrar em um resultado explosivo.

institucional,¹⁴⁷ no mínimo, merece louvor. O fato é que as palavras de Ackerman são uma advertência para quem pretende transplantar aquele modelo sem importar conjuntamente o puritanismo inglês, o *common law*, os *founding fathers* etc., conforme acrescenta Barroso¹⁴⁸ com refinada ironia.

Feitas essas advertências preliminares, devemos retomar a segunda indagação proposta por Gilmar Mendes na introdução dessa pesquisa. “Estaria o legislador submetido, de forma definitiva, às decisões da Corte Constitucional?”

149

Segundo defendemos em nosso trabalho, não. O momento da decisão é somente um ponto a ser percorrido em um contínuo sucessivo que se expande e se modifica. O sistema nunca se fecha em definitivo, conforme as palavras de Hannah Pitkin, “*no one has the last word, because there is no last word*”.¹⁵⁰ Esse é nosso argumento central, portanto sustentar a imutabilidade das decisões seria um equívoco, a menos se a correção legislativa atingir cláusula pétrea, tema já abordado no tópico anterior.

Comprometidos com o propósito de apresentar uma classificação segundo a engenharia constitucional brasileira, passemos a analisar os mecanismos de correção de decisão judicial. A exemplo do modelo americano, verificaremos primeiramente as possibilidades de interferência externa, ou seja, aquelas que podem atingir a interpretação normativa indiretamente. No direito brasileiro, existe somente uma possibilidade de controle do Poder Legislativo sobre a Corte Suprema, no que tange ao que denominamos de espécie institucional de correção. Tal pode ocorrer quando o Presidente indica candidato à vaga de Ministro do Supremo Tribunal, o qual deve ser arguido publicamente pelo Senado Federal, conforme preceitua o artigo 52, III c/c artigo 101 § 5º¹⁵¹ da Constituição da República.

¹⁴⁷ Nosso questionamento deve ser entendido como uma reflexão, nunca como um fascínio subserviente. Conhecemos as críticas relacionadas a essa “paz sobre a superfície” com a qual convive a América. O conceito de estado de exceção permanente, embora consideremos uma ótica um tanto radical da realidade americana, faz algum sentido, sobretudo na forma de reação do Estado aos primeiros momentos pós 11 de Setembro. V. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Rio de Janeiro: Boitempo Editora, 2004.

¹⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. op., cit., p. 22.

¹⁴⁹ MENDES, Gilmar. op. cit., p. 462.

¹⁵⁰ “Ninguém tem a palavra final, porque não há palavra final. (Tradução livre) *Apud*. MENDES, Conrado Hubner. Is it all about the last word?

¹⁵¹ Art. 52, III - Compete privativamente ao Senado Federal: III – aprovar previamente, por voto secreto após arguição pública, a escolha de: a) magistrados, nos casos estabelecidos nessa

O controle exercido pelo legislativo sobre a aprovação do nome indicado pelo Presidente da República ocorre de forma ainda tímida no país, mas deve ser considerada uma espécie importante. Desde a promulgação da Constituição de 1988, nenhum indicado pelo Chefe do Executivo foi rejeitado¹⁵² pelo Senado, apesar da expressa exigência constitucional dos requisitos de “reputação ilibada” e “notório saber jurídico.”¹⁵³ O “controle de entrada” é desvirtuado pela prática política brasileira. O mecanismo é desconsiderado pelo Poder Legislativo pátrio, quando a este lhe foi constitucionalmente reservado um momento legítimo para rivalizar argumentos, aprofundar concepções e, principalmente conhecer o posicionamento do postulante ao cargo sobre uma diversidade de assuntos. Novamente, o esgarçamento das fronteiras que separam um importante compromisso público de arranjos políticos privados esvazia mais um pouco o sentido de legitimidade democrática em nosso país.¹⁵⁴

Afinal, poderíamos sustentar a tese de que esse ato de indicação e nomeação dos magistrados para compor o Supremo Tribunal Federal, o qual conta com a participação direta dos outros Poderes da República, preenche o requisito de legitimidade democrática exigida por parte da doutrina. Em poucas palavras, o ilustre constitucionalista português Jorge Miranda resume o tema da afirmação de legitimidade dos Tribunais Constitucionais.

É, justamente, por os juízes constitucionais serem escolhidos por órgãos democraticamente legitimados – em coerência, por todos quantos a Constituição preveja, correspondentes ao sistema de governo consagrado – que eles podem

Constituição c/c art. 101 § Ú. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

¹⁵² Segundo narra Alexandre de Moraes, um caso *sui generis* de rejeição ao cargo de Ministro do STF, ocorreu em 1894 diante da indicação do médico Cândido Barata Ribeiro para a vaga. Na época a Constituição de 1891 não exigia “saber jurídico.” Além dele os generais Inocêncio Galvão e Raimundo Ewerton Quadros integram a seleta lista de candidatos recusados. A decisão consagrou o termo “saber jurídico” como requisito para ascender ao cargo nas Constituições posteriores. V. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 550. e BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito Constitucional ao alcance de todos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 480.

¹⁵³ Para André Ramos Tavares, além desses requisitos acima citados, a Constituição exige, ainda, “a condição de brasileiro nato, ser cidadão em pleno gozo de seus direitos políticos e contar com mais de trinta e cinco anos e menos de setenta.” TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 1164.

¹⁵⁴ Apesar da crítica à forma como é conduzido o processo de nomeação dos ministros no Brasil, esse problema não é exclusividade nossa, como atesta o constitucionalista Louis Favoreu. Para ele, “as autoridades políticas, quaisquer que sejam, designam juízes próximos ou destacados por suas tendências políticas (...)”. FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 29.

invalidar actos com a força de lei. É por eles, embora por via indirecta, provirem da mesma origem dos titulares de órgãos políticos que por estes conseguem fazer-se acatar.¹⁵⁵

Quid iuris, onde residiria maior “déficit democrático”, na negligência com o processo de seleção de ministro para o Supremo Tribunal ou na aprovação de lei¹⁵⁶ que anistie políticos condenados em última instância? Essa pergunta inspira-nos a analisar alguns casos, cuja correção de decisão judicial se deu via lei ordinária, assim como repensar a pretensa ilegitimidade da autoridade “dos nove velhos.”¹⁵⁷

Embora tenhamos mencionado que a única forma de controle do Poder Legislativo sobre o Judiciário seja a indicação e nomeação de ministro, cabem duas informações adicionais. Não há impedimento constitucional para algumas reformas na composição, forma de ingresso ou tempo de permanência dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Evidentemente, não se pode comparar à ameaça do *court packing*¹⁵⁸ norte-americano, porém algumas inovações trazidas do sistema europeu¹⁵⁹ já começam a ser cogitadas não somente pela doutrina, mas também por parlamentares. Nesse sentido merece destaque a Proposta de Emenda Constitucional,¹⁶⁰ através da qual seriam alteradas a forma de ingresso e o tempo de permanência dos Ministros no cargo, decretando o fim da vitaliciedade.

¹⁵⁵ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 535.

¹⁵⁶ A referência não é mero exemplo. Aludimos ao denominado “Caso Humberto Lucena”, o qual será analisado nas páginas seguintes.

¹⁵⁷ Em direta menção ao rude questionamento proposto por Ackerman. ACKERMAN, Bruce. Op. cit. p. 10.

¹⁵⁸ O número de ministros que compõem a nossa Suprema Corte já alterou bastante. Na Constituição Republicana de 1891 eram quinze membros, no Ato Institucional nº 2 de 1965 esse número foi aumentado para dezesseis, até finalmente permanecer em onze ministros, a partir do ato Institucional nº 6 de 1969 até os dias atuais. Cabe salientar, no entanto, que nunca se tratou de *court packing*, pois as mudanças foram no bojo das próprias decisões do Constituinte originário (quer seja o povo ou juntas militares), o que desconfigura o caráter da ferramenta como meio de pressão do Congresso sobre as Cortes. V. BULOS, Uadi Lammêgo., p. 478.

¹⁵⁹ As Cortes Constitucionais européias foram concebidas segundo o pensamento de Hans Kelsen, para quem tais cortes deveriam verificar exclusivamente a constitucionalidade das leis em abstrato, nunca em casos concretos. Quando mencionamos o sistema europeu como modelo a influenciar algumas modificações no processo de escolha e aposentadoria dos ministros, sugeríamos a prevalência de professores universitários, o mandato por tempo determinado, dentre outras especificidades inerentes àqueles Estados. FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy Editora, 2004.

¹⁶⁰ A composição de onze ministros ficaria mantida, porém a indicação seria compartilhada entre o presidente (cinco indicados), a Câmara dos Deputados, o Senado Federal e o próprio STF (dois). Além disso, cessaria a vitaliciedade e seria implementado o sistema de mandato de onze anos sem direito a recondução.

Em relação às pressões do Congresso sobre o orçamento administrativo do Poder Judiciário, ao inverso do que pode ocorrer nos Estados Unidos (denominado, *power of pursue*), há prerrogativas ¹⁶¹ de autonomia administrativa e financeiro-orçamentária, com base no princípio do “autogoverno da magistratura” que visa a, justamente, assegurar sua imparcialidade e autonomia.

E por fim, não podemos esquecer-nos da Lei nº 1.079/50, recepcionada pela Constituição da República. A norma define o crime de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento, ao reger o instituto do *impeachment*. Seu principal destinatário é sem dúvida, o Chefe do Poder Executivo, mas não passa despercebida a parte terceira, que aborda crimes de ministros do Supremo Tribunal Federal. Segundo o artigo que regula as hipóteses de crime de responsabilidade, a tipificação restringe-se à apenas quatro incisos. ¹⁶² No tocante à denúncia, ela pode ser proposta por qualquer um do povo e será julgada (inclusive os pressupostos de sua admissão) pelo Senado Federal. Evidentemente, que se trata de uma situação excepcional e não seria mencionada na pesquisa se não houvesse objetivos comparativos com o modelo americano. Portanto, em nosso entender, ela não chega a caracterizar outra espécie de correção legislativa em sentido amplo, ao contrário da arguição pública para a escolha dos magistrados..

Em relação à correção propriamente dita, ela pode se dar sob duas formas, quais sejam, via emenda constitucional ou via legislação infraconstitucional. Ao contrário do modelo americano, nossa engenharia constitucional não admite que qualquer espécie normativa oriunda de processo legislativo ¹⁶³ seja submetida ao Supremo Tribunal. Ou seja, se a decisão a ser corrigida corresponde àquela proferida pelo órgão exclusivamente responsável por compatibilizar norma com a Constituição, o STF, a ferramenta utilizada deverá ser a emenda. Do contrário, se a correção legislativa incidir sobre norma infraconstitucional, cuja decisão não

¹⁶¹ Ambas estão previstas nos artigos 96, incisos I a II e 99, §§ 1º a 5º da Constituição da República.

¹⁶² Art. 39. São crimes de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal: 1- altera, por qualquer forma, exceto por via de recurso, a decisão ou voto já proferido em sessão do Tribunal; 2 - proferir julgamento, quando, por lei seja suspeito na causa; 3 - ser patentemente desidioso no cumprimento dos deveres do cargo; 5 - proceder de modo incompatível com a honra dignidade e decôro de suas funções.

¹⁶³ O processo de reforma constitucional e elaboração legislativa estão elencados nos artigos 59º a 69º da Constituição da República. É importante salientar que há emendas constitucionais ou leis infraconstitucionais que não são oriundas de correção legislativa (que em grande parte dos casos, é ampla maioria), bem como existem inúmeras decisões judiciais que não motivam o Congresso a promover a correção legislativa. Devemos ter cautela para não vincularmos uma idéia à outra.

viola contornos constitucionais da norma, sua correção dar-se-á no âmbito das cortes inferiores, o Superior Tribunal de Justiça, por exemplo. Essa é a regra,¹⁶⁴ porém como veremos já sofreu algumas exceções. Nesse sentido Alexandre de Moraes sustenta a nossa visão, que se “podemos afirmar que o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição, também podemos fazê-lo no sentido de ser o Superior Tribunal de Justiça o guardião do ordenamento jurídico federal.”¹⁶⁵

No tocante à correção via lei infraconstitucional, a experiência brasileira ilustra um caso recente, através do qual a correção prossegue como um simples ajuste de lei baseada em interpretação “equivocada” de seu propósito inicial, isto é de sua “intenção originária”.¹⁶⁶

A Lei 11.340 recém promulgada em meados de 2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, está em vias de sofrer correção pelo Legislativo Federal de decisão judicial proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). Esta referida lei tem como escopo a proteção da mulher contra casos de violência doméstica, ou seja, aqueles praticados pelos próprios parceiros ou demais familiares. O diálogo interpoderes surgiu a partir das reiteradas decisões de Turmas do STJ que vinham interpretando o artigo 16¹⁶⁷ da supracitada lei, no sentido da necessidade de representação da vítima para a propositura da ação penal.¹⁶⁸

A interpretação predominante dos Tribunais entende que o mandamento disposto no artigo acima se refere à ação penal condicionada pela representação da vítima. Esse entendimento acabou sendo questionado por meio de um recurso

¹⁶⁴ Esse é o outro traço que nos diferencia do “modelo americano de *overrides*.” Como já analisamos, a Suprema Corte tem competência para interpretar não somente a Constituição, bem como a legislação comum.

¹⁶⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 568.

¹⁶⁶ Intenção originária não recebe a conotação do “*original intent*” ou simplesmente “originalismo” oriundo do Direito americano, através da qual busca-se na atividade hermenêutica retirar o sentido que mais se coaduna com a intenção dos “pais fundadores”. Tal método de interpretação é muito criticado por ser considerada uma tarefa de mera ilação. V. SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 56. Em nosso caso, é bastante diferente, pois a lei sob análise foi criada pelo mesmo Congresso que pretende proceder à sua correção por considerar que o Judiciário tem praticado interpretação equivocada da mesma.

¹⁶⁷ Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

¹⁶⁸ Conforme ensina Bitencourt, as espécies de ação penal podem ser de natureza pública ou privada. No que tange à pública, em regra, a ação penal é incondicionada, isto é o Ministério Público “não necessita de autorização da vítima ou manifestação de vontade de quem quer que seja para iniciá-la”. Já em relação à condicionada, esta requer a representação da vítima como “condição de procedibilidade.” BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit. p. 650 – 652.

especial¹⁶⁹ e de um *habeas corpus*¹⁷⁰, nos quais os réus arguíam a extinção do processo por ausência das condições de procedibilidade, consubstanciadas pela falta de representação da vítima. Apesar da provocação, a exigência de representação da vítima tem prevalecido como interpretação dominante nas várias turmas do Superior Tribunal de Justiça. O descontentamento no Poder Legislativo ficou evidente e acabou ensejando sua manifestação no sentido da “necessidade não só de reafirmar os objetivos iniciais na elaboração da lei Maria da Penha, mas de tornar clara a norma, de modo a impedir interpretações divergentes, estabelecendo como regra a ação penal pública”.¹⁷¹

O prenúncio da reação legislativa já pode ser visualizado sob a forma de proposta de alteração da norma,¹⁷² a qual muito provavelmente redefinirá o marco hermenêutico e, por conseguinte as novas decisões judiciais. Consideramos o caso em cotejo, um exemplo significativo da relação interpoderes e de sua capacidade de harmonizar jurisdição constitucional com vontade legislativa.

Infelizmente, uma recente experiência política no país não pode manter em elevado otimismo nossas parciais considerações. O denominado “Caso Humberto Lucena,”¹⁷³ ocorrido em 1994, pode ser considerado um exemplo da utilização da correção legislativa de decisão judicial a atribuir mais uma mácula na já desgastada imagem do Congresso Nacional. O então senador Humberto Coutinho de Lucena foi acusado de abuso de poder¹⁷⁴ pelo Ministério Público Federal, e,

¹⁶⁹ Resp. 1.097.042/DF.

¹⁷⁰ HC 96992/DF.

¹⁷¹ Justificativa apresentada no sítio oficial do Superior Tribunal de Justiça. Para maiores detalhes e acompanhamento do fenômeno da correção legislativa, ver:

http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=96105

Acessado em 04/03/2010.

¹⁷² A proposta é de autoria da deputada federal Dalva Figueiredo. Desta forma, o artigo 16 transcrito em nota de rodapé acima, passaria a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 16. São de Ação Penal Pública Incondicionada os crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher definidos nesta Lei.

§1º. Nos crimes de que trata o caput deste artigo, procede-se mediante representação da ofendida apenas nos casos de ameaça ou naqueles que resultam lesões leves ou culposas.

§2º No caso do §1º deste artigo, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.”

¹⁷³ O caso faz parte da seção “Julgados Históricos” do sítio do Tribunal Superior Eleitoral. Convém alertarmos que grande parte das informações descritas nesse trabalho sobre o caso foi consultada aqui:

http://www.tse.gov.br/internet/jurisprudencia/julgados_historicos/1990/humberto_lucena.htm.

Acesso em 17/01/2010

¹⁷⁴ Resumo do caso: “Candidato à reeleição nas eleições gerais de 1994, o Senador Humberto Lucena solicitou à gráfica do Senado a impressão de 130 mil calendários de parede com sua imagem, contendo referência ao ano de 1994 e ao seu cargo, além de incluir mensagem de sua

embora absolvido pelo Tribunal Regional Eleitoral de seu estado (Paraíba), tal acórdão acabou sendo reformado pelo Tribunal Superior Eleitoral que o considerou culpado das acusações. Com a decisão advieram outros efeitos como a inelegibilidade pelos três anos seguintes.

Diante do impasse, o senador recorreu ao Supremo Tribunal Federal para poder concorrer novamente ao Senado, dessa vez *sub judice*. Em recurso extraordinário,¹⁷⁵ através do qual o acusado pretendia reeleger-se e poder cumprir seu mandato, a maioria dos Ministros não reconheceu tal recurso, mantendo a imutabilidade da decisão. Como podemos notar, tal “imutabilidade” durou até a edição da Lei 8.985 em 7 de fevereiro de 1995 que revestida de caráter geral, anistiou candidatos ao Congresso, o que beneficiou Humberto Lucena e mais quinze senadores. A espiral da correção legislativa está consumada, no entanto a imoralidade da correção promovida pela edição da Lei 8.985/95, ainda provocou a interposição de recurso extraordinário,¹⁷⁶ questionando a inconstitucionalidade da referida lei. O recurso foi julgado improcedente por maioria dos Ministros do Supremo Tribunal naquele período¹⁷⁷.

Mantendo nosso compromisso com uma metodologia descritiva, passemos a analisar outro caso recente de lei que buscou corrigir decisão judicial, assim como ampliar interesses dos próprios membros do Legislativo e do Executivo. No entanto, dessa vez a decisão proferida pelo Poder Judiciário demonstrou-se menos perigosa,¹⁷⁸ para o Estado constitucional e para a própria democracia.

lavra ao eleitor paraibano. O envio desses calendários ao eleitorado de seu estado, entre dezembro de 1993 e os primeiros meses de 1994, por meio de franquia postal a que tinham direito os membros do Congresso Nacional, acarretou ação do Ministério Público Eleitoral em fevereiro de 1994, por eventual abuso de poder de autoridade”. Ver caso:

http://www.tse.gov.br/internet/jurisprudencia/julgados_historicos/1990/humberto_lucena.htm.

Acesso em 17/01/2010.

¹⁷⁵ RE 186.088-0 /PB

¹⁷⁶ RE 1.231-2/DF

¹⁷⁷ Utilizamos a expressão “naquele período”, pois conforme alerta o próprio Congresso americano sobre possibilidades de mudanças interpretativas, a justificativa pode ocorrer em razão da “alternância dos membros da Suprema Corte ou do próprio Congresso que se modificam com frequência”. V. <http://www.rules.house.gov/archives/jcoc2az.htm#21>. Acesso em 08 de abril de 2010.

¹⁷⁸ O termo foi utilizado por Hamilton ao ser referir ao Judiciário em “Os Federalistas” e ressuscitado na clássica obra de Bickel. HAMILTON, Alexander. MADISON, James. JAY, John. *O Federalista*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984. e BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University Press, 1986.

O cancelamento da Súmula 394,¹⁷⁹ em vigor havia cerca de trinta anos, por ser considerada incompatível com o ordenamento constitucional de 1988, provocou a reação do Congresso que em 24 de dezembro de 2002 publicou a Lei 10.628. Esta norma pretendia alterar o artigo 84¹⁸⁰ do Código de Processo Penal que dispõe sobre a competência por prerrogativa de função. Tal proposta legislativa visava à ampliação do denominado foro privilegiado aos casos nos quais o inquérito policial ou a ação penal fossem intentados após o fim do mandato do acusado.

Essa interpretação já foi dominante na Corte e vigorou até uma importante decisão em inquérito penal, na qual o Ministro Sidney Sanches, em votação no Supremo Tribunal Federal, decidiu afastar tal entendimento e anular a aplicação da Súmula 394. Segundo palavras do próprio ministro ao julgar os efeitos desta súmula no inquérito 687 / SP:

a prerrogativa de foro visa a garantir o exercício do cargo ou do mandato, e não a proteger quem o exerce. Menos ainda quem deixa de exercê-lo. (...) as prerrogativas de foro, pelo privilégio, que, de certa forma, conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente, numa Constituição que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, como são, também, os ex-exercentes de tais cargos ou mandatos.¹⁸¹ (grifo nosso)

A edição da Lei 10.628/02 teve a inequívoca intenção de modificar o artigo 84 do Código de Processo Penal, o que representou tentativa de correção legislativa de decisão judicial através da edição de norma ordinária. Por essa razão, o Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta de inconstitucionalidade¹⁸² proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, declarou inconstitucionais os §§ 1º e 2º do artigo 84 do código em questão, introduzidos por aquela lei.

¹⁷⁹ Transcrição da Súmula 394 revogada pelo STF: "Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício".

¹⁸⁰ Redação em vigor após constatada a inconstitucionalidade de dois de seus parágrafos. Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

¹⁸¹ Inquérito 687 – 0 SP.

¹⁸² ADIN 2.797-2/DF.

Segundo o constitucionalista Luís Roberto Barroso,¹⁸³ no caso em tela tratou-se de espécie de mutação constitucional pela atuação do legislador. Em uma de suas obras, o professor ao analisar o conceito de mutação constitucional e seus mecanismos de atuação, menciona a modalidade de mutação via atuação legislativa. De acordo com a sua própria definição, a mutação constitucional pode ser compreendida como “mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto”. Por fim, Barroso conclui que “haverá mutação por via legislativa quando, por ato normativo primário, procurar-se modificar a interpretação que tenha sido dada a alguma norma constitucional.”

Em nosso entender, conforme a atual jurisprudência do STF, a correção legislativa de lei ou norma constitucional deve ser realizada por meio dos instrumentos adequados, quais sejam lei comum ou emenda constitucional, a depender da decisão que se almeja modificar. Portanto, conforme os critérios de mutação constitucional apresentados por Uadi Lammêgo Bulos,¹⁸⁴ não compartilhamos da opinião de Barroso. Para Bulos, a mutação constitucional tem como protagonista o “poder constituinte difuso”, compreendido como uma “força invisível que altera a Constituição sem mudar uma vírgula sequer”. E acrescenta que tal poder possui “natureza fática, brotando do fato social, político e econômico, pois segue espontaneamente na vida constitucional dos Estados;” e sua natureza é “latente, permanente, informal e contínua.” Canotilho também associa o fenômeno à evolução da realidade fática:

a mudança de sentido de algumas normas provocado pelo impacto da evolução da realidade constitucional, não contrariam os princípios estruturais (políticos e jurídicos) da Constituição. O reconhecimento dessas mutações constitucionais silenciosas é ainda um ato legítimo de interpretação constitucional.¹⁸⁵

¹⁸³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 122 – 133.

¹⁸⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito Constitucional ao alcance de todos*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009. p. 66 – 68.

¹⁸⁵ O professor português adverte, ainda, para a “leitura da constituição *de baixo para cima*, a partir das leis infraconstitucionais, o que considera a derrocada interna da constituição por obra do legislador e de outros órgãos concretizadores”, além de alertar para a “formação de uma *constituição legal paralela*”. De qualquer modo, para Canotilho, tais modificações não representam o processo de mutação constitucional. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4ª. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 1154 – 1155.

Nesse sentido, portanto, alicerçados pelo pensamento dos autores supracitados, entendemos que houve nítida tentativa de correção de entendimento jurisprudencial realizado pelo Supremo Tribunal Federal através da edição de lei ordinária. Ora, a ação partiu do poder constituinte derivado, não se processou de modo lento,¹⁸⁶ gradual, informal, tampouco espontâneo. Portanto, pedindo vênias ao professor Barroso, concluímos que o fenômeno pode ser considerado como manipulação inconstitucional¹⁸⁷ ou a própria tentativa de correção legislativa de decisão judicial, devidamente considerada inconstitucional.

Em face dos três casos brevemente expostos, devemos tecer algumas ponderações. O caso da Lei Maria da Penha ainda não obteve um desfecho, porém segundo podemos observar segue o rumo de uma típica correção legislativa de jurisprudência do STJ via lei comum e sem gerar confronto interpoderes. O segundo caso “Humberto Lucena” obteve êxito. Isto é, a correção proposta ironicamente pelos representantes do povo, foi bem sucedida e os interesses de dezesseis parlamentares restaram preservados. Por fim, o recente caso da edição de lei com o fito de corrigir interpretação restritiva de prerrogativa em razão de função, foi bloqueado pelo Supremo Tribunal, que desta vez atuou como guardião da Constituição. Portanto, nesse último caso não podemos falar em correção legislativa de decisão judicial, ao menos não quanto à sua consumação.

A capacidade de promover a correção de interpretação constitucional por meio de legislação infraconstitucional segue em declínio, conforme tendência jurisprudencial exteriorizada pela atual formação da Corte. Nesse sentido, o fenômeno atual pretende adequar os métodos de correção legislativa com as respectivas decisões judiciais a serem revertidas. Para corroborar com essa tendência, o professor Gilmar Mendes ao discorrer sobre interpretação constitucional, entende em sua obra acadêmica que.

Embora não se negue também as Cortes ordinárias são dotadas de um poder de conformação bastante amplo, é certo que elas podem ter a sua atuação *reprogramada* a partir de uma simples decisão do legislador ordinário. Ao revés,

¹⁸⁶ Segundo Bulos, “as mutações constitucionais processam-se de modo lento e só são notadas de vez em quando.” BULOS, Uadi Lammêgo. Op. cit. p. 67.

¹⁸⁷ A manipulação inconstitucional, de acordo com Bulos significa “desrespeito às normas constitucionais, que passam a ser usadas para servir, arditosamente, a interesses vis.” Dentre algumas de suas espécies, o autor menciona a criação de exceções não previstas constitucionalmente, fato que se adequa perfeitamente ao ocorrido. BULOS, Uadi Lammêgo. Op. cit. p. 70.

eventual correção da jurisprudência de uma Corte Constitucional somente há de se fazer, quando possível, mediante emenda.¹⁸⁸ (g.n.)

Por fim, porém não menos importante, está a segunda espécie do fenômeno, o qual se dá via promulgação de emenda constitucional.¹⁸⁹ O estudo de casos está reservado para o capítulo 3, portanto não abordaremos nesse momento as correções em espécie. Um ponto importante merece ser acrescido à análise concernente às cláusulas pétreas como possível bloqueio ao mecanismo de correção legislativa por emenda. Afinal, essa foi uma das advertências expostas nas palavras do Ministro Gilmar Ferreira Mendes na segunda parte de seu voto no recurso extraordinário em tela. Suas palavras, na sequência justificam nossa preocupação: “Ressalto que Sua Excelência o Ministro Marco Aurélio trouxe aspectos inteiramente interessantes, especialmente no que diz respeito à eventual inconstitucionalidade da Emenda Constitucional”¹⁹⁰.

Esta é, portanto, a única contenção constitucionalmente¹⁹¹ imposta à possibilidade de correção legislativa de decisão judicial. Na verdade, conforme concluímos no item relativo à adequação da jurisdição constitucional ao direito brasileiro (1.3.2), o pré-comprometimento com a imutabilidade de alguns princípios, almeja evitar a corrosão gradativa da Constituição que em um *continuun* de reiteradas modificações, acaba sendo desconfigurada. Este é o argumento sustentado por grande parte da doutrina constitucional pátria favorável à imutabilidade das cláusulas constitucionais, tema enfrentado com profundidade na obra de Oscar Vilhena Vieira.¹⁹²

Feita a classificação da correção legislativa de decisão judicial no direito brasileiro, devemos responder ao questionamento propositalmente deixado no item anterior. Afinal, há alguma forma de diálogo envolvida nesse fenômeno? Como conclusão parcial, entendemos que a correção legislativa de decisão judicial deve ser considerada como uma terceira forma de diálogo. Apesar de não

¹⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. Estudos de direito constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 470.

¹⁸⁹ Ver tabela 2 nos anexos deste trabalho.

¹⁹⁰ RE 573.675 – 0 Santa Catarina. fls. 1451 – 1453.

¹⁹¹ Conforme demonstraremos a seguir, a tendência, ao menos em matéria de direito tributário, tem sido mais ampliativa que restritiva no tocante à aprovação de correções legislativas que tangenciam cláusulas superconstitucionais. Ao analisarmos a contribuição para o custeio de iluminação pública, essa afirmação ficará mais clara.

¹⁹² VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça. Um ensaio sobre limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

constituir-se em uma forma de diálogo institucional, constitucionalmente previsto, à exemplo dos modelos de arquitetura branda de *judicial review*, devemos compreendê-lo como diálogo político. Essa, também, é a visão de Jeb Barnes para quem, “aplicando-se a lógica da correção legislativa de decisão judicial, pluralistas imaginam um amplo e efetivo diálogo político interpoderes.”¹⁹³

O discurso jurídico pode ser acusado de refinado e excessivamente técnico, no entanto não se pode menosprezar seu caráter vinculado aos parâmetros constitucionais e à fundamentação de suas decisões. Afinal, declarar a inconstitucionalidade de uma norma é um processo desgastante, através do qual argumentos são levados ao extremo em respeito ao princípio de presunção de constitucionalidade da norma.¹⁹⁴ Da mesma forma, podemos imaginar a delicada operação política que requer dos congressistas uma abertura para procedimentos legislativos através dos quais novos questionamentos passam a fazer parte daquele fórum. Esses são os possíveis efeitos desencadeados pelo fenômeno da correção legislativa de decisão judicial em ambos os Poderes.

A capacidade de promover o diálogo político e manter abertos os canais de comunicação com a sociedade, que passa a contar com duas arenas de participação deve ser sopesada. A possibilidade de pôr termo à disputa amigo-inimigo¹⁹⁵ entre os Poderes fica atenuada por meio da correção legislativa de decisão judicial. Desta forma o risco de radicalismos em decorrência da polarização¹⁹⁶ extremada de concepções em grupos homogêneos também estaria afastado. Assim propomos a compreensão da jurisdição constitucional no Brasil baseada na possibilidade de correção legislativa de decisão judicial que desestime o conceito de “última palavra”.

O debate tem que avançar e escapar à lógica binária da busca pela supremacia de um único Poder. A correção legislativa de decisão judicial, talvez,

¹⁹³ “Applying this logic to the passage of overrides, pluralists envision an open effective policy dialogue among the branches.” (Tradução aproximada) BARNES, Jeb. op. cit. p. 05.

¹⁹⁴ Sobre o princípio de presunção de constitucionalidade de uma norma, Victor Comella entende que “el juez sólo puede decidir a favor de la inconstitucionalidad si ésta no resulta dudosa”, e acrescenta que são necessários “elementos de juicio (argumentos) de suficiente peso” para que fique demonstrado “una contadición entre la interpretación correcta del texto im pugnado y la interpretación correcta del texto constitucional”. COMELLA, Víctor Ferreres. *Justicia Constitucional y Democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 148 -149.

¹⁹⁵ FRANKENBERG, Günther. *A Gramática da Constituição e do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 5 – 38.

¹⁹⁶ SUNSTEIN, Cass. *A era do radicalismo*. São Paulo: Editora Campus, 2010.

seja capaz de manter o diálogo político e transformar a decisão em parte de um trajeto caracterizado pela abertura e passagem. As palavras de Sérgio Cardoso, na obra “O olhar” organizada por Adauto Novaes, sintetizam com maestria esse diálogo político que se dá através da relação entre uma decisão judicial e sua possibilidade de correção pelo Poder Legislativo.

Compreendemos, então que a temporalidade não se constitui por extensão ou agregação, acumulação ou envolvimento, mas – por ser o **presente inacabado, indeciso e lacunar** – se faz por alteração, quebra e transformação, estilhaçamento e reorganização de um mesmo campo, por **desintegração e reconstituição (sempre “aberta”) do seu sentido**. Se há passagem, ela é, portanto, de **uma configuração a outra do sentido**.¹⁹⁷ (g.n.)

¹⁹⁷ NOVAES, Adauto (org.). *O olhar*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 386.