

## INTRODUÇÃO

Senhor Presidente, deve ser mania de decano, mas continuo muito preocupado com a falta de cerimônia com que temos lidado com emendas constitucionais. E me pergunto: ante o assentamento de uma jurisprudência constitucional ou infraconstitucional que à maioria qualificada da representação popular pareça indevida, errônea, que outro remédio tem o jogo democrático senão a emenda constitucional? (Trecho de voto do Ministro Sepúlveda Pertence na ADIN 3.685)

Possivelmente uma das afirmações mais conhecidas da história do Direito seja a formulada por Kirchmann no sentido de que “ bastam três palavras rectificadoras do legislador para bibliotecas inteiras se transformarem em papel de embrulho” .<sup>1</sup>

Utilizando o mesmo raciocínio desta conhecida afirmação, em outro contexto, poderíamos dizer que a experiência recente do Direito Constitucional brasileiro demonstra que bastam algumas palavras contidas em emendas à Constituição ou leis infraconstitucionais para tornarem obsoletas coleções jurisprudenciais dos Tribunais do país.

A correção legislativa da jurisprudência é um fenômeno que se torna cada vez mais comum no cenário constitucional brasileiro. Diversas emendas constitucionais e atos normativos infraconstitucionais são editados pelo Legislativo com o propósito evidente de modificar determinado entendimento jurisprudencial consolidado pelos Tribunais.

Na lição de Ricardo Lobo Torres, a correção legislativa da jurisprudência “ dá-se através de emenda constitucional, lei complementar ou lei ordinária. Implica: a) o radical repúdio à interpretação judicial, pela edição de norma intencionalmente contrastante com a jurisprudência; b) a retificação da norma anterior que, por

---

<sup>1</sup> A afirmação é reproduzida e criticada por Karl Larenz, para quem “ o dito de Kirchmann é, assim, pura e simplesmente errado” . *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989, p. 336.

ambigüidade ou falta de clareza, tenha levado o Judiciário a adotar interpretação incompatível com os pressupostos doutrinários da matéria.”<sup>2</sup>

O tema da correção legislativa da jurisprudência tangencia praticamente todas as questões atuais da filosofia constitucional, tais como a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, o novo desenho da separação de poderes e a definição dos intérpretes da constituição. Os aportes da filosofia constitucional contemporânea são de grande relevo para que possamos investigar as causas do fenômeno ora analisado, ao mesmo tempo em que fornece subsídios de grande valia para fixarmos alguns parâmetros a serem observados pelo Legislativo e pelo Judiciário ao tratarem da questão.

O tema também tangencia um dos tópicos mais discutidos na história da filosofia política e constitucional que é a tensão permanente entre o constitucionalismo (ligado à idéia de contenção da soberania popular) e a democracia (que exalta o poder da soberania popular).

Se por um lado é defensável a tese de que ao parlamento eleito democraticamente deve ser conferido o poder de reverter entendimento jurisprudencial acerca da interpretação de determinada norma constitucional, da mesma forma não se pode desconsiderar os argumentos a favor da possibilidade de o Judiciário reagir às correções legislativas sob o argumento de que é da própria essência da idéia de Constituição a imposição de limites intransponíveis ao jogo democrático.

A idéia da correção legislativa da jurisprudência pode gerar uma reação de perplexidade em relação ao ideal clássico do constitucionalismo que é exatamente retirar das maiorias democráticas eventuais o poder de decisão acerca de algumas matérias.<sup>3</sup> Este paradoxo fica ainda mais evidente em matéria de direitos

---

<sup>2</sup> Torres, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 447/448

<sup>3</sup> BARCELLOS, Ana Paula. Separação de poderes, maioria democrática e legitimidade do controle de constitucionalidade. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 53, 2000, p. 103:

“ É indispensável, portanto, que as maiorias encontrem limites, limites estes que deverão ser fixados pela Constituição. Estes pontos são tão essenciais – uma espécie de consenso mínimo – que qualquer grupo que venha a exercer o poder, qualquer ideologia que venha a ser escolhida pelo povo terá de respeitá-los. Simplesmente não se admite que não o façam.”

fundamentais. É cediço que um dos papéis primordiais das constituições modernas consiste na consagração de direitos fundamentais que são retirados do jogo político ordinário e cuja proteção cabe ao Judiciário no exercício da jurisdição constitucional.

Também resta evidente que a correção legislativa da jurisprudência possui estreita relação com o tema relativo ao novo dimensionamento que o clássico princípio da separação de poderes vem recebendo da filosofia política contemporânea, bem como pode ser encarada como uma das facetas do sistema de freios e contrapesos, idéia que permeia a moderna definição da separação de poderes.

As tensões entre o Legislativo e o Judiciário no tempo atual são exacerbadas em função de diversas causas. A superação do positivismo formalista, a reaproximação entre o direito e a moral, a afirmação do controle de constitucionalidade dos atos legislativos e a utilização pelas Constituições e leis em geral de expressões semânticas de conteúdo vago são apenas alguns dos componentes que informam a maior liberdade dada ao Judiciário na interpretação do Direito.

A soma de todos os componentes descritos acima com mais um específico da realidade constitucional brasileira – a extensão exagerada da Constituição de 1988 – não torna difícil a tarefa de explicar os motivos que levam a correção legislativa da jurisprudência ser fenômeno tão comum atualmente no Brasil. Na medida em que o Poder Judiciário está autorizado a exercer o controle de constitucionalidade de leis com base em prescrições constitucionais de conteúdo semântico vago, a possibilidade de haver dissenso entre o entendimento do Judiciário e do Legislativo acerca do real conteúdo das cláusulas constitucionais é bastante evidente.

Acrescente-se ainda que, especificamente no caso do direito constitucional brasileiro, há outro fator que torna ainda mais complexa a possibilidade de o Legislativo superar entendimento jurisprudencial. Trata-se da interpretação que o Judiciário deve dar às cláusulas pétreas. No caso brasileiro, os limites materiais ao poder de reforma estão expressos no art. 60 §4º da Constituição Federal. As matérias elencadas neste dispositivo são insuscetíveis de emendas à Constituição.

Ocorre que as cláusulas pétreas da Constituição de 1988 utilizam expressões de conteúdo semântico bastante indeterminado. Basta, para exemplificar, a expressão “direitos e garantias individuais” do inciso IV. Qual o conteúdo correto destas expressões? Qual dos poderes do Estado possui maior legitimidade para interpretar de forma conclusiva o conteúdo destas disposições? Os termos utilizados no art. 60 §4º da Constituição Federal possuem conteúdos semânticos abertos, de forma que dependendo da interpretação que o Judiciário venha a conferir a estes termos a tentativa de correção legislativa de determinado entendimento jurisprudencial poderá ser invalidada pelo Judiciário.

É certo que o tema da correção legislativa da jurisprudência não se confunde com o tema relativo às limitações constitucionais ao poder de reforma da Constituição. Basta notar, por exemplo, que a Constituição norte-americana não contempla cláusulas pétreas explícitas e ainda assim o tema da correção legislativa é amplamente debatido naquele país. Todavia, direcionando o foco para a realidade brasileira, é inegável que a forma como o Judiciário interpreta o conteúdo das cláusulas pétreas influencia diretamente a definição da possibilidade de o Legislativo editar normas que contrariem entendimento jurisprudencial anterior.

Portanto, o tema da correção legislativa acaba tangenciando os questionamentos acerca da correta exegese que o Judiciário deve emprestar às cláusulas pétreas à luz principalmente do princípio democrático e da circunstância de ser a Constituição de 1988 extremamente detalhista. A combinação da exegese maximalista das cláusulas pétreas com o caráter detalhista da Constituição de 1988 pode ser explosiva para a estabilidade constitucional, pois tende a exacerbar conflitos institucionais entre Legislativo e Judiciário, ao conferir às interpretações emanadas de cláusulas constitucionais do Judiciário um caráter de perenidade que pode ser incompatível com as decisões políticas verbalizadas por intermédio do Legislativo na edição das correções legislativas da jurisprudência.

A constatação das constantes correções legislativas da jurisprudência também pode ser uma excelente oportunidade para que se examinem criticamente os julgados emanados dos Tribunais. É intuitivo pensar que uma das causas das

freqüentes correções legislativas pode ser o descompasso entre os critérios de argumentação utilizados pelo Judiciário e aqueles considerados relevantes pelo Legislativo. Tal constatação pode servir para que o Judiciário faça uma autocrítica de suas decisões, de forma a possibilitar até mesmo a absorção de alguns dos parâmetros adotados pelos outros poderes na interpretação constitucional, o que poderia reduzir o número de correções legislativas, evitando possíveis desgastes institucionais entre os Poderes.

Isto pode ser observado com facilidade no direito tributário brasileiro. É inegável que boa parte da jurisprudência brasileira continua apegada, de forma exagerada, ao positivismo na interpretação do direito tributário, com poucas considerações acerca da justiça fiscal. Certamente uma das causas do grande número de correções legislativas da jurisprudência em matéria tributária é a adoção destes parâmetros por parte significativa da jurisprudência. As constantes correções legislativas podem levar o Judiciário à reavaliação de seus critérios argumentativos tradicionais para incorporar novos critérios mais afinados com a realidade constitucional contemporânea.<sup>4</sup> Neste ponto, o estudo das correções legislativas pode dar uma contribuição importante para a análise dos motivos que levam a experiência constitucional brasileira recente ser marcada por um número tão significativo de emendas constitucionais.

São constantes as críticas feitas ao número excessivo de emendas constitucionais que possui a Constituição de 1988. Tais críticas, contudo, nem sempre buscam examinar com profundidade as causas deste fenômeno, de forma a radiografar onde estão os “ gargalos institucionais” que geram um número tão grande de modificações na Constituição.

Sem olvidar da causa deste fenômeno que parece mais evidente – o texto excessivamente analítico da Carta de 1988 – a análise das emendas constitucionais\_\_\_\_\_

<sup>4</sup> Neste sentido, Ricardo Lobo Torres dedica-se ao tema da “ complicação do direito tributário pelo Judiciário” em que tece as seguintes considerações, que acabam tocando o tema em exame: “ Nota-se muitas vezes que o Poder Judiciário, ao revés de simplificar o direito tributário, introduz maiores complicações no sistema, quase sempre por falta de domínio técnico na matéria fiscal e, frequentemente, pelo apego a posições ideológicas incompatíveis com os pressupostos científicos do direito tributário e pela insensibilidade ao argumento econômico do prejuízo da Fazenda. [...]. *Em alguns casos de desnecessária complicação do sistema tributário pelo Judiciário, o Legislativo toma a si o encargo de corrigir a jurisprudência [...].*” (grifo nosso). *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 466-467.

que representaram correção legislativa da jurisprudência pode fazer chegar à conclusão de que tais emendas somente precisaram ser editadas em virtude de determinados parâmetros de argumentação adotados pelo Supremo Tribunal Federal que desconsideraram alguns fatores relevantes, entre os quais o reconhecimento de que o Judiciário não é o único intérprete legitimado da Constituição e de que o exercício da jurisdição constitucional deve levar em consideração o princípio democrático como um dos mais significativos parâmetros argumentativos.

A primeira parte de nosso trabalho abordará a tensão que ocorre no núcleo do fenômeno da correção legislativa da jurisprudência entre duas idéias centrais: a supremacia judicial e a legitimidade do Legislativo como intérprete da Constituição. Traremos as contribuições valiosas da doutrina e da jurisprudência norte-americana, país onde a questão desperta intensas polêmicas, registrando em sua história constitucional quatro emendas constitucionais de nítido caráter corretivo. Além disso, a Suprema Corte adotou recentes decisões em que afirmou de maneira sólida o entendimento a favor da supremacia judicial na interpretação da Constituição. Nos últimos anos, registrou-se naquele país intensas críticas à *judicial review*, ora adotando um viés ligado ao aspecto de legitimidade democrática, ora concentrando forças na questão relativa à capacidade institucional do Judiciário.

Ainda na primeira parte, estudaremos a doutrina do diálogo constitucional, que pretende oferecer uma espécie de caminho intermediário entre a supremacia judicial e a supremacia legislativa na interpretação constitucional. Abordaremos o desenvolvimento da teoria no âmbito do direito canadense e norte-americano. Posteriormente, buscaremos examinar como as idéias desenvolvidas poderiam ser compreendidas no âmbito do direito constitucional brasileiro.

A segunda parte do trabalho procura traçar características mais detalhadas do fenômeno da correção legislativa da jurisprudência, procurando investigar quais as contribuições que tal instrumento pode oferecer no âmbito de uma democracia constitucional. Neste ponto, também utilizaremos a farta doutrina norte-americana sobre o tema, inclusive com os relevantes aportes que a ciência política daquele país trouxe para o exame da questão. Em seguida, examinaremos como tais contribuições poderiam ser compreendidas no direito constitucional brasileiro, com

ênfase nos aspectos tributários. Também examinaremos nesta parte a importante questão dos limites formais e materiais da correção legislativa da jurisprudência.

Na terceira parte, nosso intuito é estudar a importância do fenômeno da correção legislativa da jurisprudência no âmbito do direito constitucional tributário brasileiro, examinando em detalhes algumas hipóteses concretas de emendas constitucionais corretivas nesta seara.

#### A questão terminológica

Há divergência acerca do correto nome que deve ser empregado para designar o fenômeno que será examinado. Luís Roberto Barroso, ao mencionar a situação em análise, utiliza a expressão “aprovação de emenda constitucional superadora da interpretação fixada pelo Supremo Tribunal Federal”<sup>5</sup>. Rodrigo Brandão também parece preferir o termo “superação” para designar a hipótese.<sup>6</sup>

Optamos por utilizar a expressão adotada por Ricardo Lobo Torres.<sup>7</sup> Entendemos que o termo “correção” torna mais evidenciada a circunstância de que a medida legislativa pretende modificar o entendimento jurisprudencial sobre a matéria. Deve ficar claro, contudo, que a utilização do termo correção não implica na consideração de que a jurisprudência que se pretende modificar com a medida legislativa estivesse necessariamente equivocada. A palavra “correção” que integra o nome do fenômeno não é utilizada no sentido de buscar fazer nenhum juízo de valor acerca do acerto ou não da medida legislativa. A “correção” é empregada no sentido de modificação, alteração, fazer prevalecer entendimento diverso.

---

<sup>5</sup> *O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 74.

<sup>6</sup> BRANDÃO, Rodrigo. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia: uma proposta de justificação e de aplicação do art. 60, §4º, IV, da CF/88. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 10, 2007, p. 8. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 dez. 2007: “A possibilidade de o Congresso Nacional superar jurisprudência constitucional do STF não se verifica, todavia, quando o Supremo vislumbra a incompatibilidade de emenda constitucional com o teor de cláusula pétrea.” (grifo nosso).

<sup>7</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 447. A Integração entre a lei e a jurisprudência em matéria tributária. *Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, n.3, p. 7-20,1993.

## **1. A CORREÇÃO LEGISLATIVA DA JURISPRUDÊNCIA NO CENÁRIO DO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO**

### **1.1. Separação de Poderes, ascensão do Judiciário e dos precedentes judiciais**

O modelo tradicional de separação de poderes é apoiado na idéia de especialização funcional, ou seja, pretende que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário exerçam as funções estatais de elaborar a lei, implementá-la e decidir acerca de sua aplicação no caso concreto, respectivamente. Um dos principais fundamentos de tal divisão consiste na tentativa de conter o arbítrio do poder estatal.

É certo que modernamente, especialmente com o influxo das teses do constitucionalismo norte-americano, a separação de poderes esteve acompanhada da previsão de técnicas de interferências e controles recíprocos entre os poderes do estado, sistema que restou consagrado pela expressão “ checks and balances” .

Todavia, a adoção de tal técnica não infirmava a noção de cada um dos poderes possuía funções típicas (legislar, executar ou julgar).

O novo modelo de constitucionalismo consolidado nas democracias europeias após a Segunda Guerra Mundial e, no Brasil, com a Constituição de 1988, consagra diversos ideais suscetíveis de causarem manifesto impacto na configuração tradicional da separação de poderes, pois implica na visão de que mesmo as funções típicas de cada um dos poderes não são exercidas da forma compartimentada que a técnica da especialização funcional poderia sugerir.

Tornou-se indiscutivelmente vitoriosa no constitucionalismo atual a prevalência da tese da supremacia jurídica da Constituição. Praticamente de forma geminada a tal idéia observou-se o incremento significativo do papel do Judiciário como um dos partícipes principais do trabalho de concretização das normas constitucionais, por intermédio do exercício da jurisdição constitucional, pela qual os

atos dos demais poderes estão submetidos ao controle judicial de aferição de constitucionalidade.<sup>8</sup>

Praticamente todas as idéias principais que compõem o novo panorama do direito constitucional pressupõem, explicitamente ou não, a atuação destacada do Judiciário. A idéia de que a Constituição informa, por intermédio especialmente de seus princípios e de seu sistema de direitos fundamentais, toda a interpretação do direito infraconstitucional, pressupõe a atuação destacada do juiz, como agente por excelência de tal exercício interpretativo.

A noção de que os princípios e direitos fundamentais previstos na Constituição podem entrar em rota de colisão, demandando a utilização de ferramentas metodológicas como a ponderação, também sinalizam no sentido de atribuir ao juiz papel de relevo na solução dos conflitos.

Na mesma linha de raciocínio, pode-se afirmar que uma das premissas teóricas principais que norteiam o constitucionalismo atual é a diminuição da importância (ou ao menos, a limitação considerável) do papel do Legislador e da lei na realização do Direito.

Tal premissa é coerente com o papel crítico que o novo direito constitucional desempenha em relação aos paradigmas do positivismo jurídico, sendo que um dos mais relevantes é a idéia de que o produto do trabalho do legislador – a lei – seria a fonte por excelência do Direito. Nos tempos atuais, a atividade do legislador é limitada inicialmente no momento de criação da norma, que deve obedecer não apenas os ditames formais previstos na Constituição, mas igualmente os conteúdos materiais nela previstos, como valores, princípios e direitos fundamentais.

Também no que se refere ao momento da aplicação da lei, a importância do legislador sofreu significativa diminuição, abrindo espaço para o incremento do papel

---

<sup>8</sup> Para uma análise da afirmação do constitucionalismo e da idéia da força normativa da Constituição, visivelmente intensificada após a Segunda Guerra Mundial, ver SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: *Livre e Iguais*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 167-205, 2006. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 62/63 e VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 24.

do juiz. As teses positivistas induziam à crença de que a solução das controvérsias estaria em estado latente na descrição da norma jurídica, cabendo ao juiz a função de apenas revelá-la por meio de um trabalho técnico de interpretação.<sup>9</sup>

Já o novo paradigma trazido pelo constitucionalismo atual importa em uma mudança do papel do juiz, no sentido de que seu papel não será de cunho técnico, voltado apenas a revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete é participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, realizando valorações de sentido para as cláusulas abertas e escolhendo entre soluções possíveis.<sup>10</sup>

Embora a técnica da especialização funcional característica da separação de poderes possa sugerir que cada um dos poderes deva desenvolver uma metodologia própria para o desempenho de sua função típica, de forma que a interferência de um poder sobre o outro poderia gerar alguma ineficiência no exercício da função, cuida-se de idéia que não se sustenta à luz de exemplos concretos. O Legislativo pode optar por delegar, de forma consciente, ao Judiciário, uma certa liberdade na definição de alguns aspectos da questão à luz das especificidades do caso concreto. Tal atitude não poderia ser apontada como geradora de suposta ineficiência – ao contrário, pode ser o meio mais eficiente de regular a questão.<sup>11</sup>

O crescimento do papel do Judiciário no processo de definição do Direito conduz à decorrência lógica do aumento significativo da importância dos precedentes judiciais. Mesmo nos ordenamentos jurídicos que seguem a tradição do *civil law*, como no caso brasileiro, o reconhecimento de efeitos vinculantes e gerais às decisões dos Tribunais (especialmente do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional) é cada vez maior.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> Em sentido semelhante, ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 5 ed. Madri: Editorial Trota, 2003, p. 132.

<sup>10</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 9, 2007, p. 9. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 7 dez. 2007.

<sup>11</sup> Neste sentido, BARNES, Jeb. Adversarial legalism, the rise of judicial policymaking, and the separation-of-powers doctrine. In: *Making policy, making law: an interbranch perspective*. MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb. (ed.). Washington, D.C.: Georgetown University Press, 2004, p. 41.

<sup>12</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 60: “Constata-se, assim, que o Brasil está vivendo um processo que conduz à valorização da jurisprudência como fonte do direito e que, em algumas hipóteses, lhe confere efeitos gerais e vinculantes, à semelhança das leis.”

No direito norte-americano, a intensificação do papel do Judiciário no cenário das decisões políticas chegou a um grau tão significativo que Robert A. Kagan afirma que o modelo de separação de poderes tradicionalmente concebido não mais explica satisfatoriamente o quadro atual da política daquele país. Isto porque a linha divisória entre os campos de atuação de legisladores, administradores e juízes tornou-se bastante cinzenta.<sup>13</sup>

Diversos fatores contribuiriam para o quadro mencionado pelo autor: grupos organizados ingressam em batalhas perante o Judiciário forçando os juízes a formularem decisões que resultam em conteúdos verdadeiramente legislativos sobre determinada questão; quando tais grupos organizados são derrotados na arena judicial voltam suas forças para a arena legislativa, pressionando o Congresso a corrigir entendimentos jurisprudenciais; mesmo que tais leis de correção da jurisprudência sejam editadas, a matéria pode continuar sendo discutida novamente na seara judicial, na qual decisões conflitantes dos juízes (de acordo com a posição ideológica) podem ser produzidas. Em resumo, a controvérsia acerca de determinada questão pode ser perpetuada no tempo, na arena legislativa e judicial.<sup>14</sup>

Kagan denominou tal modelo de *adversarial legalism*. Trata-se de modelo marcado por três características destacadas: 1) os grupos mais organizados da sociedade utilizam com frequência as cortes judiciais como um dos foros (além do legislativo) para atingirem seus objetivos políticos; 2) há uma disposição geral dos juízes de controlarem decisões adotadas pelos outros poderes; e 3) as decisões judiciais são marcadas pelo clima de incerteza legal e controvérsia política.

---

<sup>13</sup> KAGAN, Robert A. American courts and the policy dialogue. The role of adversarial legalism. In: *Making policy, making law: an interbranch perspective*. MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb. (ed.). Washington, D.C.: Georgetown University Press, 2004, p. 13. Na ciência política brasileira já é possível vislumbrar conclusão semelhante em TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, v. 50, 2007, p. 249: “Embora o conceito da separação dos poderes conduza a três instituições claramente distintas, as funções judiciais, legislativas e executivas dessas instituições não são caprichosamente separadas em nítidas caixas institucionais como às vezes supomos.”

<sup>14</sup> *Ibid.* p. 14-16.

No Brasil, a crescente participação do Judiciário no processo de decisão das mais variadas questões políticas e sociais também já foi destacado pela doutrina, que costuma reservar a tal fenômeno a denominação de “judicialização da política”<sup>15</sup>.

Para lidar com o fenômeno da participação mais ativa do Judiciário no processo de concretização do Direito, a doutrina vem procurando sistematizar um conjunto de novas categorias e ferramentas metodológicas que devem ser trabalhadas no exercício da jurisdição constitucional, na tentativa de delinear os parâmetros de atuação legítima do juiz neste cenário.<sup>16</sup>

Não obstante a enorme importância do esforço doutrinário empreendido nesse campo, parece que o estudo do novo constitucionalismo não deve ser limitado ao conteúdo de seus postulados, mas também às *conseqüências* que a assunção do novo modelo é suscetível de causar no desenho institucional do Estado.

Nesta linha de afirmação, uma das conseqüências mais previsíveis do papel destacado do Judiciário e dos precedentes judiciais no cenário constitucional contemporâneo é de reconhecimento bastante singelo: o Legislativo pode discordar do tratamento dado pelo Judiciário a determinado tema de natureza legal ou constitucional e buscar soluções institucionais que possam reverter o entendimento jurisprudencial considerado equivocado.

Tal cenário propicia o incremento do fenômeno, cada vez mais comum no cenário constitucional contemporâneo (e especialmente no brasileiro) da correção legislativa da jurisprudência, pelo qual o Legislativo edita emendas constitucionais ou

---

<sup>15</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 9, 2007, p. 34/35.. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 7 dez. 2007. Há diversos trabalhos na ciência política brasileira analisando o fenômeno: VIANNA, Luís Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.; ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e política no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2002.; TAYLOR, Matthew M.; ROS, Luciano da. Os Partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 825/864, 2008.

<sup>16</sup> BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: *Temas de Direito Constitucional*, v. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 9/10: “A moderna interpretação constitucional envolve escolhas pelo intérprete, bem como a integração subjetiva de princípios, normas abertas e conceitos indeterminados. Boa parte da produção científica da atualidade tem sido dedicada, precisamente, à contenção da discricionariedade judicial, pela demarcação de parâmetros para a ponderação de valores e interesses e pelo dever de demonstração fundamentada da racionalidade e do acerto de suas opções.”

leis infraconstitucionais com o claro propósito de corrigir entendimento jurisprudencial consolidado acerca de determinada matéria.

O incremento da correção legislativa da jurisprudência não deixa de abalar a definição tradicional da separação de poderes, porquanto, conforme a lição de Ricardo Lobo Torres: “ao revés de o Judiciário controlar o Legislativo, que é a hipótese normal de criação do direito, passa ele a ser controlado pelos legisladores, através do instrumento da correção legislativa na via da emenda constitucional ou da lei complementar.”<sup>17</sup>

Em sentido semelhante, Cíntia Guimarães Morgado afirma que “ a correção legislativa foi um novo meio encontrado de ingerência do Legislativo sobre o Judiciário, pois tem como objetivo o controle de um sobre o outro, ajustando as incorreções e equívocos do último.”<sup>18</sup>

A seguir, passamos a analisar a experiência constitucional dos Estados Unidos, país no qual o tema da correção legislativa é bastante discutido.

## 1.2 A Correção Legislativa da Jurisprudência na história constitucional dos Estados Unidos da América

Ao menos quatro das vinte e sete emendas à Constituição norte-americana foram claramente resultado de mobilizações do Congresso para reverter entendimentos jurisprudenciais consolidados pela Suprema Corte.<sup>19</sup> A seguir, passamos a analisar cada uma delas.

<sup>17</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 441.

<sup>18</sup> MORGADO, Cíntia Guimarães. *Correção legislativa no sistema de freios e contrapesos*. In: XXXIII Congresso Nacional de Procuradores de Estado, 2007.

<sup>19</sup> MILLER, Mark C.. The view of the courts from the hill: A neoinstitutional perspective. In: *Making policy, making law: an interbranch perspective*. MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb. (ed.). Washington, D.C.: Georgetown University Press, 2004, p. 163. Na doutrina brasileira, Luís Roberto Barroso também menciona as quatro emendas à Constituição norte-americana como hipóteses em que o Congresso discordou de entendimentos jurisprudenciais. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004, nota de rodapé 214.

### 1.2.1A Décima Primeira Emenda: reação ao precedente *Chisholm v. Georgia*

A décima primeira Emenda à Constituição norte-americana é tida como uma clara reação legislativa à decisão adotada pela Suprema Corte no precedente *Chisholm v. Geórgia* 2 U.S. 419 (1793).<sup>20</sup>

O comerciante Robert Farquhar, da Carolina do Sul, celebrou em 1777, contrato de fornecimento de mercadorias com o Estado da Geórgia. Mesmo com a entrega das mercadorias, Farquhar não recebeu o pagamento respectivo e após sua reclamação o Estado da Geórgia reconheceu que os recursos para o pagamento haviam sido retirados do tesouro estadual, tendo recomendado a Farquhar que ingressasse em juízo contra os mensageiros que deveriam ter feito com que os recursos chegassem ao destino. Farquhar prosseguiu na tentativa de obter o pagamento. Com seu falecimento em 1784, seu espólio foi representado por outro comerciante da Carolina do Sul, Alexander Chisholm.

Chisholm, após nova tentativa frustrada de resolução da lide junto ao Estado da Geórgia, resolveu ingressar em juízo contra o mencionado ente junto ao recém instituído *United States Circuit Court for the District of Geórgia*. O Tribunal rejeitou a demanda alegando ser impossível o exercício de jurisdição no caso citado, visto que os tribunais federais norte-americanos não poderiam julgar casos em que estados da federação figurassem na condição de réus.

Após a citada decisão, Chisholm ingressou em 1792 com recurso na Suprema Corte que admitiu julgar a demanda. O Estado da Geórgia recusou-se a participar do julgamento, baseado na doutrina da imunidade soberana, que remonta ao direito costumeiro inglês, pela qual um Estado não poderia ser processado junto ao seu Tribunal sem ter dado seu prévio consentimento. A Suprema Corte, em fevereiro de 1793, julgou a causa favoravelmente a Chisholm, admitindo desta forma a possibilidade de um estado membro ser processado por um cidadão de outro estado.

---

<sup>20</sup> MANNING, John F.. The Eleventh amendment and the reading of precise constitutional texts. *Yale Law Journal*, v. 113, n. 8, 2004, p. 1667.

A decisão adotada pela Suprema Corte baseou-se em interpretação do artigo 3º, 2ª parte, da Constituição, no trecho em que estabelece a competência do Judiciário federal para julgar controvérsias “ entre um estado e cidadãos de outro estado” .

Entre os argumentos que levaram ao resultado do julgamento, destaca-se a noção de que a doutrina da imunidade soberana do direito inglês era baseada na idéia de superioridade do Rei em face de seus súditos, sendo desta forma incompatível com os preceitos da república recém criada nos Estados Unidos, em que soberania reside no povo.<sup>21</sup> Além disso, considerou-se que mesmo que a doutrina da imunidade soberana fosse aplicável ao estado republicano, os estados membros necessariamente deveriam ceder parte de sua soberania ao subscreverem a Constituição do país.<sup>22</sup>

A decisão da Suprema Corte gerou insatisfação em vários estados, que viram no precedente um grave risco para suas finanças. Houve a mobilização de diversos estados junto ao Congresso Nacional para a aprovação de uma emenda à Constituição que pudesse reverter o precedente.<sup>23</sup> Em 1795, dois anos após a decisão adotada em *Chisholm*, foi ratificada por três quartos dos estados a décima primeira Emenda à Constituição, ratificada posteriormente pelo Presidente Adams em 1798, que expressamente vedava a possibilidade de um estado ser processado por um cidadão de outro estado.

A Suprema Corte reagiu bem à correção legislativa empreendida pelo Congresso. Em 1798, a Suprema Corte contava em seu acervo com três feitos que envolviam ações em que estados estavam sendo processados por cidadãos de outros estados: *Bralisford v. Geórgia*, *Hollingsworth v. Virginia* e *Moultrie v. Geórgia*. Os advogados destes feitos sustentaram que as demandas deveriam prosseguir alegando que a décima primeira emenda não poderia operar de forma retroativa. Não obstante, as três lides foram rejeitadas pela Suprema Corte, sendo que no

---

<sup>21</sup> Ibid. p. 1676.

<sup>22</sup> Ibid. p. 1677.

<sup>23</sup> STOB, Paul. *Chisholm vs. Geórgia and the question of the judiciary in the early republic. Argumentation and Advocacy*, n. 42, 2006, p. 130; BLADUELL, Héctor G. *Twins or triplets? Protecting the eleventh amendment through a three-prong arm-of-the – state test. Michigan Law Review*, v. 105, 2007, p. 838.

juízo de *Moultrie v. Geórgia* o Tribunal explicitamente fez referência à décima primeira emenda para justificar a inadmissibilidade da demanda.<sup>24</sup>

Além de aceitar de forma tranqüila a correção legislativa de sua jurisprudência, a Suprema Corte, em julgado posterior, demonstrou grande deferência à decisão adotada pelo Congresso através da décima primeira emenda. Tal postura foi manifestada no caso *Hans vs. Louisiana*, julgado em 1890. No caso citado, a Suprema Corte rejeitou a tentativa de um cidadão da Louisiana – Hans – de ingressar no Judiciário Federal contra seu próprio estado com base na alegação de que o estado havia violado a cláusula de proteção dos contratos prevista no art. 1º, décima seção, da Constituição.

Embora a hipótese não encontrasse previsão na literalidade do texto da décima primeira emenda, a Suprema Corte considerou no julgado que a edição da emenda representou nítida reação à postura da corte adotada no precedente *Chisholm*, fato que justificava a adoção pela Corte de uma postura mais favorável à idéia da imunidade soberana dos estados, ao contrário do que havia ocorrido na adoção das premissas que fundamentaram a decisão adotada em *Chisholm*.<sup>25</sup>

#### 1.2.2 A Décima Quarta Emenda: reação ao precedente *Dred Scott v. Sandford*

A história da correção legislativa da jurisprudência na experiência constitucional americana também está relacionada a um dos precedentes mais conhecidos da Suprema Corte, o caso *Dred Scott vs. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857).

Dred Scott era um escravo nascido no Estado do Missouri que havia sido levado por seu proprietário ao Estado de Illinois, em que já havia ocorrido a abolição da escravidão. Após ser transferido para Sandford, cidadão do Estado de Nova Iorque, Scott retornou ao Missouri e ajuizou uma ação contra Sandford perante a

<sup>24</sup> TREANOR, William Michael. Judicial review before Marbury. *Stanford Law Review*, v. 58, n. 2, 2005, p. 455.

<sup>25</sup> MANNING, John F.. The Eleventh amendment and the reading of precise constitutional texts. *Yale Law Journal*, v. 113, n. 8, 2004. p. 1682.

justiça federal pretendendo ver reconhecida sua libertação ao argumento de que por ter vivido em um estado que não admitia a escravidão tornara-se livre. A Suprema Corte decidiu que por ser negro Scott não podia ser considerado cidadão americano, de forma que a justiça federal não poderia ter jurisdição sobre o caso. Ademais, considerou inconstitucional a lei federal que abolira a escravidão em Illinois, por vislumbrar afronta ao direito de propriedade dos donos de escravos.<sup>26</sup> Como se sabe, o mencionado precedente causou grande impacto na sociedade norte-americana, sendo visto como uma das causas que contribuíram para a eclosão da Guerra de Secessão.<sup>27</sup>

A décima quarta emenda à Constituição norte-americana, especialmente sua seção no. 1, em que estabeleceu a cidadania nacional a todos os nascidos e naturalizados nos Estados Unidos, é vista pela doutrina como uma clara correção legislativa da decisão adotada em *Dred Scott*.<sup>28</sup> A cláusula de cidadania nacional pôs fim a controvérsia existente na época acerca da existência de uma cidadania nacional ou se competia a cada estado definir quais pessoas teriam o status de cidadão. Tal tema acabou permeando as discussões ocorridas na Suprema Corte no caso *Dred Scott*.

A própria Suprema Corte, em julgado proferido anos após a mencionada emenda, assentou que a cláusula da cidadania nacional teve o intuito de superar a jurisprudência firmada em *Dred Scott*.<sup>29</sup>

<sup>26</sup> O caso em exame é descrito por SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 198-199; MACIEL, Adhemar Ferreira. Algumas considerações sobre a emenda constitucional n. XIV e as minorias nos Estados Unidos. *Revista de Informação Legislativa*, n. 160, p. 7-28, 2003; e VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 69/75.

<sup>27</sup> Garrett Epps destaca que o precedente *Dred Scott* foi decisivo para o convencimento por parte dos políticos dos estados do Norte de que os estados do Sul pretendiam impor o regime escravocrata para todo o país, o que acabou contribuindo para o início da Guerra de Secessão. EPPS, Garrett. The antebellum political background of the fourteenth amendment. *Law and Contemporary Problems*, n. 67, 2004, p.196. Também destacando que o precedente contribuiu para a eclosão da guerra civil, KAGAN, Robert A. American courts and the policy dialogue. The role of adversarial legalism. In: *Making Policy, Making Law: an interbranch perspective*. MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb. (ed.). Washington, D.C.: Georgetown University Press, 2004, p. 25.

<sup>28</sup> LIU, Goodwin. Education, equality, and national citizenship. *Yale Law Journal*, v. 116, 2006, p. 349. AMAR, Akhil Reed. In: Akhil Reed Amar e Jed Rubenfeld. A Dialogue. *The Yale Law Journal*, v. 115, 2006, p. 2022. Na doutrina brasileira, VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 74: “Muitos eram os objetivos dessa emenda, até hoje motivo de vasta discórdia jurisprudencial. De forma genérica, pode-se afirmar que a finalidade primeira era assegurar aos ex-escravos a cidadania norte-americana, assim como a cidadania estadual, revertendo a decisão prolatada pela Suprema Corte no caso *Dred Scott*.”

<sup>29</sup> The Slaughter-House Cases, 83 U.S. (16 Wall.). Destacando o voto do juiz Samuel Miller neste sentido, NEWSOM, Kevin Christopher. *Setting incorporationism straight: a reinterpretation of the Slaughter-House cases*. *Yale Law Journal*, v. 109, n. 4, 2000, p. 643.

### 1.2.3 A Décima Sexta Emenda: reação ao precedente *Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co.*

A décima sexta emenda à Constituição norte-americana é apontada pela doutrina como fruto de uma correção empreendida pelo Congresso com o intuito de superar decisões da Suprema Corte relativa à cobrança do imposto sobre a renda, especialmente o precedente criado no caso *Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co.*, 157 U.S. 601 (1895).<sup>30</sup>

A Suprema Corte, no precedente citado, por apertada maioria (5x4), julgou inconstitucional a tentativa do Congresso de tributar uniformemente os rendimentos em todos os Estados Unidos, sob o argumento de que um imposto de renda derivado da propriedade seria um imposto “ indireto” que o Congresso somente poderia instituir se fosse obedecida a regra da proporcionalidade, segundo a população.<sup>31</sup>

A decisão causou profundo impacto na classe política<sup>32</sup> da época.<sup>33</sup> No âmbito do Congresso Nacional, algumas correntes entendiam que o precedente adotado em *Pollock* era tão equivocado que a instituição do imposto sobre a renda independentemente da regra de proporcionalidade poderia ser instituído por nova lei, sem a necessidade de emenda, na certeza de que a Suprema Corte poderia superar o precedente. Prevaleceu, contudo, a tese que defendeu a edição da emenda, o que

<sup>30</sup> KYVIG, David E.. *Explicit and authentic acts: Amending the U.S. Constitution, 1776-1995*. Kansas: University Press of Kansas, 1996, p. 193; JENSEN, Erik M. Interpreting the sixteenth amendment (By way of the direct – tax clauses). *Constitutional Commentary*, n. 21, p. 355-404, 2004, p. 358. ROMOND, Russel F. Income, Taxes and the Constitution: Why the D.C. Circuit Court of Appeals got it right in Murphy. *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, New York, n. 12, 2007, p. 587.

<sup>31</sup> CORWIN, Edward. *A Constituição americana*. Rio de Janeiro, 1986, p. 336. *apud* MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. Estudos de direito constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 308.

<sup>32</sup> Edwin Seligman qualificou o precedente como “ the Dred Scott decision of government revenue” . *The Income Tax 589 (1911)*. *Apud* JENSEN, Erik M. Interpreting the sixteenth amendment (By way of the direct – tax clauses). *Constitutional Commentary*, n. 21, p. 355-404, 2004,

<sup>33</sup> Nancy C. Staudt menciona que os jornais da época divergiam nos comentários acerca do precedente, alguns mencionando que teria sido um duro golpe nas pretensões comunistas (o imposto de renda, na época, era visto por alguns como instrumento do comunismo), enquanto outros declaravam que a Suprema Corte havia frustrado a vontade popular. STAUDT, Nancy C. The Hidden costs of the progressivity debate. *Vanderbilt Law Review*, v. 50, n. 4, p. 919-991, 1997, p. 935.

acabou ocorrendo em fevereiro 1913. Já em outubro do mesmo ano foi editada a lei instituindo o imposto sobre a renda.<sup>34</sup>

#### 1.2.4 A Vigésima Sexta Emenda: reação ao precedente *Oregon v. Mitchell*

A vigésima sexta emenda à Constituição norte-americana é vista como uma reação do Congresso ao precedente adotado pela Suprema Corte no caso *Oregon v. Mitchell*, 400 U.S. 112 (1970).<sup>35</sup> O Congresso Nacional havia editado lei determinando que os Estados registrassem os cidadãos entre dezoito e vinte e um anos como eleitores. O Estado de Oregon discordou da orientação legal e ingressou com a demanda na Suprema Corte, que reconheceu a inconstitucionalidade da lei, aduzindo que o Congresso poderia estabelecer requisitos apenas para as eleições nacionais mas não para as eleições estaduais.

Tão logo sobreveio a decisão, ocorreu grande pressão da opinião pública norte-americana, especialmente por parte dos jovens, no sentido de que o Congresso adotasse uma emenda que pudesse garantir o direito a voto aos dezoito anos. A pressão pela garantia deste direito foi significativamente intensificada pelo fato de que diversos jovens de dezoito anos haviam sido recrutados para lutar na Guerra do Vietnã, que então se desenvolvia. Era bastante divulgada a idéia de que se o jovem da mencionada idade já era suficientemente capaz de servir em uma guerra deveria também ter garantido o direito de escolher seus governantes.<sup>36</sup>

A vigésima sexta emenda foi promulgada em 1971, no mesmo ano de sua propositura, sendo que a ratificação por  $\frac{3}{4}$  dos estados ocorreu em menos tempo do que qualquer outra emenda.

<sup>34</sup> TWIGHT, Charlotte. Evolution of federal income tax withholding: The machinery of institutional change. *Cato Journal*. Washington, n. 14, p. 359-395, 1995, p. 359.

<sup>35</sup> KYVIG, David E.. *Explicit and authentic acts: amending the U.S. Constitution, 1776-1995*. Kansas: University Press of Kansas, 1996, p. 363.

<sup>36</sup> TROY, Patrick J.. No place to call home: a current perspective on the troubling disenfranchisement of college voters. *Washington University Journal of Law & Policy*, n. 22, p. 591-617, 2006, p. 593. MICHAELS, Jon D. To promote the general welfare: The republican imperative to enhance citizenship welfare rights. *Yale Law Journal*, v. 111, n. 6, p. 1457-1498, 2002, p. 1492.

### 1.3 **Correção Legislativa da Jurisprudência e supremacia judicial no direito norte-americano**

A Suprema Corte norte-americana, por intermédio de diversos precedentes em que exerceu o controle de constitucionalidade das leis, consagrou a tese da supremacia judicial de suas decisões no que se refere à interpretação dos dispositivos da Constituição.

Cuida-se de entendimento que foi explicitado em diversos precedentes jurisprudenciais, inclusive em hipóteses de tentativas de correções legislativas empreendidas pelo Congresso por intermédio de leis, conforme os três exemplos emblemáticos mencionados a seguir.

#### 1.3.1 *Texas v. Johnson, Flag Protection Act e United States v. Eichman*

Na história da correção legislativa da jurisprudência no direito norte-americano não pode faltar a referência ao caso *Texas v. Johnson*<sup>37</sup>, um dos mais discutidos precedentes da Suprema Corte.

Gregory Lee Johnson, durante uma manifestação política (*Republican National Convention*) em Dallas, no ano de 1984, em meio a protestos contra políticas adotadas no Governo Regan e contra algumas corporações, ateou fogo a uma bandeira dos Estados Unidos. Johnson foi condenado à pena de prisão e multa com base em dispositivo do código penal do Texas que punia o vilipêndio de objetos venerados. Johnson recorreu à Corte de Apelações Criminais do Texas que julgou procedente a apelação, sustentando que o direito à liberdade de expressão consagrado na Primeira Emenda à Constituição daria respaldo à sua atitude.<sup>38</sup>

<sup>37</sup> 491 U.S. 397 (1989)

<sup>38</sup> HARE, Ivan C.. Method and objectivity in free speech adjudication: Lessons from América. *International and Comparative Law Quarterly*, n. 54, p. 49-87, 2005, p. 53; LIPKIN, Robert Justin. Wich constitution ? Who decides ? The problem of judicial supremacy and the interbranch solution. *Cardozo Law Review*, v. 28, n.3, p. 1056-1132, 2006, p. 1118.

O Estado do Texas levou a questão à Suprema Corte. Em junho de 1989, por 5 votos a 4, o Tribunal decidiu manter a absolvição de Johnson. No julgado, considerou-se que o direito de liberdade de expressão consagrado na Primeira Emenda não abrange apenas a expressão por meio de palavras ou textos, mas igualmente por intermédio de atitudes, tal como ocorreu na hipótese.

A decisão foi extremamente discutida pela sociedade norte-americana, sendo bastante criticada por diversos setores políticos que pressionaram no sentido de que o Congresso reagisse ao precedente. No mesmo ano de 1989, o Congresso editou o “Flag Protection Act” aprovado por 380 votos contra 38 na Câmara dos Deputados e 91 votos contra 9 no Senado<sup>39</sup>, tornando crime federal o vilipêndio da bandeira nacional. Para Lawrence Baum e Lori Hausegger, a edição da lei constitui um exemplo de como o processo de correção legislativa pode ser influenciado por interesses estritamente políticos (desejo de reeleição e aumento de popularidade) dos parlamentares, visto que os membros do Congresso já podiam antever que a Suprema Corte iria reconhecer a inconstitucionalidade da lei.<sup>40</sup> Mark Tushnet aduz que após a decisão da Suprema Corte, o governo republicano tinha a intenção de propor uma emenda ao texto constitucional tratando da matéria. A alternativa de propor uma simples lei cuidando da matéria foi iniciativa da maioria democrata do Congresso da ocasião.<sup>41</sup>

Em junho de 1990, a Suprema Corte, julgando o caso *United States v. Eichman*<sup>42</sup>, novamente por 5 votos a 4, considerou inconstitucional o *Flag Protection Act*, reafirmando a posição adotada em *Texas v. Johnson*.

A decisão não foi suficiente para que os debates relativos à controvertida questão cessassem naquele país. Nos últimos anos, a proposta de

<sup>39</sup> KECK, Thomas M.. Party, Policy, or Duty: Why does the Supreme Court Invalidate federal statutes? *American Political Science Review*, v.101, n.02, p. 321-338, 2007, p. 333.

<sup>40</sup> BAUM, Lawrence; HAUSEGGER, Lori. The Supreme Court and congress. Reconsidering the relationship. In: *Making policy, making law: an interbranch perspective*. MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb. (ed.). Washington, D.C.: Georgetown University Press, 2004, p. 119.

<sup>41</sup> TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2008, p. 58.

<sup>42</sup> 496 U.S. 310 (1990)

emenda constitucional para proteger a bandeira norte-americana foi discutida diversas vezes no Congresso. Na última tentativa, ocorrida em 2006, o Senado rejeitou a proposta de emenda por apenas um voto. Pesquisa realizada pela CNN naquele ano apontou que a proposta de emenda tinha a aprovação de 56% das pessoas, sendo 40% contra e 4% sem opinião.<sup>43</sup>

1.3.2 *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith, Religious Freedom Restoration Act e City of Boerne v. Flores*

Provavelmente o precedente mais discutido envolvendo o tema da imbricação entre a supremacia judicial e a correção legislativa da jurisprudência nos Estados Unidos seja o caso *City of Boerne v. Flores*<sup>44</sup>.

O mencionado precedente foi o ponto culminante de uma polêmica iniciada com a decisão adotada pela Suprema Corte em 1990 no caso *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*<sup>45</sup>. Alfred Smith e Galen Black foram demitidos de uma clínica de reabilitação de dependentes de drogas pelo uso de uma substância alucinógena denominada *peyote*, utilizada em rituais religiosos da *Native American Church*. Ao solicitarem os benefícios concedidos pelo Estado do Oregon aos desempregados, tal requerimento foi negado com base em lei estadual que não concedia o benefício a empregados dispensados por condutas irregulares.

A Corte de Apelações do Oregon reverteu a decisão aduzindo que a negativa do benefício em função da utilização do *peyote* violava o direito à liberdade religiosa previsto na Primeira Emenda à Constituição. A Suprema Corte do Oregon negou o recurso contra a mencionada decisão, fato que originou a interposição de recurso à Suprema Corte, em que o Estado defendeu a negativa do benefício, inclusive em função da circunstância da utilização do *peyote* implicar em crime segundo das leis do Estado.

---

<sup>43</sup> Informações disponíveis em <[www.cnn.com/2006/POLITICS/06/27/flag.burning/index.html](http://www.cnn.com/2006/POLITICS/06/27/flag.burning/index.html)>. Acesso em 25 jan. 2008.

<sup>44</sup> 521, U.S. 417 (1997).

<sup>45</sup> 494, U.S. 872 (1990).

A Suprema Corte norte-americana, por maioria, liderada pelo voto do juiz Antonin Scalia, julgou procedente o recurso interposto pelo Estado do Oregon. Considerou que a cláusula de proteção da liberdade religiosa, constante da Primeira Emenda, não isenta o indivíduo do cumprimento de lei que apenas incidentalmente prevê a prática ou abstenção de um ato que sua religião exige ou proíbe, caso a lei não busque atingir especificamente a prática religiosa e seja constitucional a aplicação da lei a outras pessoas que desempenhem a mesma atitude por razões que não sejam de ordem religiosa.

De certa forma, a decisão representou uma mudança do paradigma adotado no precedente *Sherbert v. Verner*<sup>46</sup>. No caso, a corte assentou a tese de que leis que implicassem em limitações ao exercício da liberdade religiosa violariam a cláusula da liberdade religiosa a não ser que o governo comprovasse a presença de necessidade imperiosa a justificar a lei e que o meio empregado fosse o menos restritivo possível.<sup>47</sup>

A decisão da Suprema Corte em *Smith* foi intensamente criticada, especialmente por lideranças religiosas e defensores das liberdades civis, que pressionaram o Congresso a reagir ao precedente.<sup>48</sup> Em 1993, o Congresso editou o *Religious Freedom Restoration Act*<sup>49</sup>, com o claro objetivo de corrigir a jurisprudência firmada no caso *Smith*. O RFRA estabeleceu a proibição de atos do governo que implicassem no embaraço do exercício da liberdade de religião, ainda que decorrente de leis de aplicabilidade geral, salvo na hipótese de comprovada presença de interesse de alta relevância e ainda assim se fosse utilizado o meio menos gravoso para que fosse alcançado o objetivo. Desta forma, o RFRA pretendeu restaurar a jurisprudência que vigorava na Suprema Corte anteriormente ao caso *Smith* e explicitamente determinava sua aplicação também aos Estados.

---

<sup>46</sup> 374 U.S. 398 (1963).

<sup>47</sup> BRAGAW, Stephen G.; MILLER, Mark C.. The City of Boerne: Two tales of one city. In: *Making policy, making law: an interbranch perspective*. MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb. (ed.). Washington, D.C.: Georgetown University Press, 2004, p. 141.

<sup>48</sup> LIPKIN, Robert Justin. Wich constitution ? Who decides ? The problem of judicial supremacy and the interbranch solution. *Cardozo Law Review*, v. 28, n.3, p. 1056-1132, 2006, p. 1122.

<sup>49</sup> O mencionado ato normativo foi aprovado por unanimidade pela " House of Representatives" e o Senado o aprovou com apenas três votos discordantes. KECK, Thomas M.. Party, policy, or duty: why does the Supreme Court Invalidate federal statues ? *American Political Science Review*, v.101, n.02, p. 321-338, 2007, p. 335.

Ocorre que a Suprema Corte, em *City of Boerne v. Flores* declarou a inconstitucionalidade do RFRA, ao menos na parte em que determinava sua aplicação não seria apenas restrita ao governo federal. A corte considerou que o Congresso extrapolou a competência prevista na seção 5 da décima quarta Emenda à Constituição, que possibilita ao Congresso editar leis com o escopo de dar cumprimento a direitos individuais, visto que na hipótese em tela a Suprema Corte já havia definido os contornos do direito de liberdade religiosa (no precedente *Smith*) de forma diferente da que foi preconizada pelo RFRA.

A decisão adotada pela Suprema Corte em *City of Boerne* é amplamente debatida pela doutrina norte-americana,<sup>50</sup> sendo vista como um dos casos em que a Suprema Corte foi mais explícita em afirmar a tese da supremacia judicial, ou seja, sua condição de detentora da palavra final acerca da interpretação dos dispositivos constitucionais, justificando desta forma a rejeição da correção legislativa empreendida pelo Congresso.<sup>51</sup>

### 1.3.3 *Miranda v. Arizona e Dickerson v. United States*

Em *Dickerson v. United States*<sup>52</sup>, a Suprema Corte rejeitou outra tentativa de correção legislativa de sua jurisprudência, baseada na idéia da supremacia judicial. No caso mencionado, a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de disposições do *Crime Control and Safe Streets Act*, editado em 1968, que pretendiam em certa medida superar a jurisprudência firmada pela corte no

<sup>50</sup> Examinando em detalhes a sistemática de implementação dos direitos fundamentais com especial destaque para o precedente *City of Boerne*, DORF, Michael C. The heterogeneity of rights. *Legal theory*, n. 6, 2000, p. 269-297.

<sup>51</sup> Neste sentido, BRAGAW, Stephen G.; MILLER, Mark C.. The City of Boerne: two tales of one city. In: *Making policy, making law: an interbranch perspective*. MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb. (ed.). Washington, D.C.: Georgetown University Press, 2004, p. 143. DEVINS, Neal. How not to challenge the Court (U.S. Supreme Court) (Symposium: Reflections on *City of Boerne v. Flores*). *William and Mary Law Review*, v. 39, n.3, p. 645-664, 1998, p. 645. PICKERILL, J. Mitchell. *Constitutional deliberation in congress*. Duke: Duke University Press, 2004, p. 14.

<sup>52</sup> 530 U.S. 428 (2000)

conhecido precedente *Miranda v. Arizona*<sup>53</sup>, um dos julgados mais polêmicos da “ Corte de Warren” .

Como é cediço, em *Miranda* a Suprema Corte estabeleceu a necessidade de que as autoridades policiais advertissem o suspeito de que possui o direito ao silêncio, baseado na quinta emenda à Constituição, e de que tudo que dissesse poderia ser usado contra ele, além do direito a consultar um advogado e, caso não tivesse condições financeiras de contratar um, poderia haver a nomeação de um defensor.

Na hipótese, a tentativa de correção legislativa foi rejeitada pela Suprema Corte. Inicialmente, a corte reconheceu que a edição do ato legislativo pelo Congresso foi uma tentativa de corrigir a jurisprudência da corte em *Miranda*. Com fulcro no entendimento de que as conclusões adotadas pelas corte em *Miranda* tiveram base constitucional, restou decidido que tais conclusões seriam insuscetíveis de modificações pela via legislativa ordinária.<sup>54</sup>

No julgado, há também trecho significativo em que resta evidenciado o entendimento quanto à necessidade do Congresso respeitar as decisões da corte que interpretam normas constitucionais, tendo inclusive havido referência ao precedente de *City of Boerne v. Flores*.

Interessante notar que em *Dickerson* a maioria foi liderada pelo então *Chief of Justice* William Rehnquist, que mantinha uma postura crítica em relação ao precedente adotado pela corte em *Miranda*.<sup>55</sup>

#### 1.3.4 A supremacia judicial na doutrina norte-americana

<sup>53</sup> 384 U.S. 436 (1966),

<sup>54</sup> EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; MARTIN, André D.. Constitutional Interpretation from a strategic perspective. In: *Making policy, making law: an interbranch perspective*. MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb. (ed.). Washington, D.C.: Georgetown University Press, 2004, p. 176.

<sup>55</sup> KECK, Thomas M.. Party, Policy, or Duty: Why does the Supreme Court Invalidate federal statutes ? *American Political Science Review*, v.101, n.02, p. 321-338, 2007, p. 335; KAMISAR, Yale. Foreword: From *Miranda* to séc 3501 to *Dickerson* to... *Michigan Law Review*, v. 99, n. 5, 2001, p. 879..

Uma das defesas mais contundentes da idéia da supremacia judicial foi realizada por Frederick Schauer e Larry Alexander, em trabalho publicado em 1997.<sup>56</sup> No artigo, os autores abordam a questão relativa à obrigatoriedade ou não dos outros poderes do Estado obedecerem à interpretação da Constituição fixada pela Suprema Corte. Adotando como ponto de partida a decisão da Suprema Corte em *Cooper v. Aaron*<sup>57</sup>, na qual foi afirmada a obrigatoriedade dos poderes obedecerem a Constituição tal como interpretada pela Suprema Corte, os autores defendem a tese de que a supremacia judicial deve ser observada, pois a solução de temas controvertidos na sociedade constitui escopo fundamental do próprio ideal constitucionalista. Para que tal escopo seja atingido, é preciso atribuir a autoridade de intérprete final da Constituição a um único agente. E no caso norte-americano, a Suprema Corte reúne melhores condições para desempenhar tal papel.

A supremacia judicial da Suprema Corte implica no dever de obediência de suas decisões pelos demais poderes ainda que os agentes destes poderes considerem que a decisão judicial está equivocada. Os autores deixam evidenciado que a defesa da supremacia judicial não é baseada na suposição de que as decisões da Suprema Corte em matéria constitucional estariam sempre corretas, mas sim no fato de que para a estabilidade institucional é importante que os demais poderes obedeçam tais decisões ainda que as considerem equivocadas.

Outra questão interessante apontada pelos autores: em um sistema no qual os precedentes da Suprema Corte são obedecidos pelos demais poderes, como será aberta a oportunidade para a própria corte rever precedentes equivocados? Os autores respondem afirmando que na maioria significativa dos casos, não é necessário que um dos poderes desobedeça a decisão da Suprema Corte, pois a oportunidade de superação do entendimento do precedente em geral surge com demandas individuais que chegam à Corte.

---

<sup>56</sup> SCHAUER, Frederick; ALEXANDER, Larry. On extrajudicial constitutional interpretation. *Harvard Law Review*, v. 110, p. 1359-1387, 1997.

<sup>57</sup> 358 U. S 1 (1958)

Todavia, nas hipóteses em que o precedente interpreta regra constitucional dirigida aos poderes, a desobediência da decisão judicial pode ser o único caminho para que a corte reconsidere o precedente. Tal atitude poderia ser adotada nas hipóteses em que o precedente em questão seja muito antigo, ou na hipótese em que a mudança na composição da corte leve à suposição de que a questão poderia ser decidida de forma diversa. Os autores afirmam que a posição defendida no artigo não teria o condão de evitar que tais situações ocorressem.<sup>58</sup>

Em 2000, os mesmos autores publicaram novo estudo em que procuram responder diversas críticas que o primeiro artigo suscitou na doutrina.<sup>59</sup> Houve intensas críticas formuladas no sentido de que a supremacia da Suprema Corte na interpretação constitucional não encontra respaldo em nenhum dispositivo expresso constitucional ou na própria história da elaboração da Constituição. Alexander e Schauer explicitamente concordam com tais argumentos, mas ratificam a tese de que a supremacia da Suprema Corte funciona como uma espécie de norma pré-constitucional que não pode mesmo, por lógica, ser inferida a partir da leitura do próprio texto constitucional. Cuida-se de uma questão de *design* institucional que atribui à Suprema Corte a função de definir o significado dos dispositivos constitucionais, pois uma das funções essenciais da interpretação judicial é exatamente decidir acerca do conteúdo controvertido de normas legais (e constitucionais).<sup>60</sup>

Em outros termos, Alexander e Schauer defendem que em um mundo pleno de desacordos morais e políticos, as leis em geral (e a Constituição especialmente) possuem a relevante função de compor alguns destes desacordos, possibilitando o desenvolvimento normal de uma sociedade.<sup>61</sup> Evidentemente, o escopo de compor estes desacordos não é atingido em muitas questões em razão do conteúdo vago de alguns dispositivos constitucionais, que admitem variadas interpretações. Para suprir tal indeterminação dos termos constitucionais, a Suprema Corte desempenha o relevante papel de definir as controvérsias, ainda que os desacordos políticos e

---

<sup>58</sup> Ob. Cit. p. 1386.

<sup>59</sup> SCHAUER, Frederick; ALEXANDER, Larry. Defending judicial supremacy: a reply. *Constitucional Commentary*, v. 17, n.3, p. 455-482, 2000.

<sup>60</sup> SCHAUER, Frederick; ALEXANDER, Larry. Defending judicial supremacy: a reply. *Constitucional Commentary*, v. 17, n.3, 2000, p. 457.

<sup>61</sup> Ibid. p. 467

morais permaneçam mesmo após a decisão judicial. E na medida em que os demais juízes e os poderes Legislativo e Executivo reconheçam a autoridade das decisões da Suprema Corte, contribuem para a estabilidade social e política do país da mesma forma quando reconhecem a autoridade do próprio texto constitucional.<sup>62</sup>

Os autores destacam que praticamente todos os assuntos tratados pela Constituição cuidam de temas de substancial importância e sujeitos a desacordos políticos. Se não fosse reconhecida a autoridade da interpretação conferida pela Suprema Corte, diversos temas constitucionais restariam permanentemente abertos, no sentido de que qualquer agente político (os juízes de cortes inferiores, os governadores e os legislativos estaduais) poderia ignorar a decisão judicial.<sup>63</sup> Todavia, ainda que se admita a tese de que a existência de um árbitro cujas decisões são dotadas de autoridade em matéria constitucional seja benéfica, que razões conduzem à suposição de que a Suprema Corte seria um melhor árbitro do que outras instituições do Estado? Alexander e Schauer procuram responder a tal indagação suscitada por diversos críticos. Algumas razões militariam a favor da tese de que a Suprema Corte seria a melhor instituição para desempenhar tal função.

Uma das razões seria a constatação de que a corte encontra-se em situação de relativo afastamento do ambiente político ordinário, sendo desta forma um agente externo ao processo político.<sup>64</sup> Ademais, a deferência que a corte empresta a seus precedentes indica a maior probabilidade das questões constitucionais serem decididas de forma mais duradoura do que ocorreria no processo político ordinário. Outra razão consiste no fato de que as decisões adotadas pela corte são claramente motivadas, o que nem sempre ocorre no processo político.<sup>65</sup>

Em trabalhos posteriores, Schauer e Alexander, embora mantenham a defesa da doutrina da supremacia judicial em matéria de interpretação constitucional,

---

<sup>62</sup> Ibid. p. 471

<sup>63</sup> Ibid. p. 475.

<sup>64</sup> O raciocínio foi ratificado pelo autor em trabalho mais recente. SCHAUER, Frederick. Legislatures as rule-follower. In: *The least examined branch: the role of legislatures in the constitutional state*. BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi. (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 478.

<sup>65</sup> SCHAUER, Frederick; ALEXANDER, Larry. Defending judicial supremacy: A reply. *Constitutional Commentary*, v. 17, n.3, 2000, p. 477.

caminharam no sentido de atenuar uma possível versão mais rigorosa que tal doutrina poderia produzir.

Alexander, em artigo publicado em 2003<sup>66</sup>, procura analisar, em sua própria definição, as virtudes e desvantagens da supremacia judicial tal como afirmada pela Suprema Corte no precedente *Cooper*. A análise parte do exame de três distinções apontadas pelo autor. A primeira distinção seria entre temas constitucionais que demandam solução em grau maior de definitividade e temas constitucionais cuja solução definitiva poderia ser deixada em aberto sem maiores prejuízos. Na primeira hipótese, a lógica seria a de que alguma solução, ainda que não seja a mais sábia, é melhor do que nenhuma solução. Na segunda hipótese, imperaria a lógica de que uma solução equivocada pode ser pior do que nenhuma solução.<sup>67</sup>

A segunda distinção seria entre temas constitucionais que os constituintes pretenderam que funcionassem como regras determinadas e temas constitucionais que os constituintes utilizaram termos mais vagos (*standards*). Alexander assevera que na hipótese do constituinte ter empregado um *standard* (e não uma regra) e o tema debatido estiver incluído na categoria daqueles que poderiam ter sua solução definitiva deixada em aberto, a interpretação judicial deveria estar aberta aos aportes das opiniões dos outros poderes sobre a questão.

A hipótese citada por Alexander caracterizaria, a nosso ver, um certo temperamento à doutrina da supremacia judicial e à noção de que deveria ser atribuída a autoridade da palavra final acerca do significado dos dispositivos constitucionais a um único intérprete, defendida em seus trabalhos anteriores.

Uma terceira distinção levantada pelo autor seria entre questões que o Judiciário é mais propenso a resolver de forma correta e questões que um órgão majoritário seria mais propenso a fazê-lo. Várias questões são levantadas pelo autor como resultado da conjugação entre tal distinção e as citadas anteriormente. Se o constituinte elegeu um *standard* (e não uma regra) em uma área que demanda

---

<sup>66</sup> ALEXANDER, Larry. Constitutional rules, constitutional standards, and constitutional settlement: *Marbury v. Madison* and the case for judicial supremacy. *Constitutional Commentary*, v. 20, 2003, p. 369-378

<sup>67</sup> *Ibid.* p. 374.

solução em um grau de definitividade maior, deveriam ser empreendidos esforços no sentido de densificar tal *standard* para aproximá-lo do conteúdo de uma regra? E qual seria o órgão mais qualificado para tal tarefa, o Judiciário ou os poderes majoritários? Ou o modelo constitucional canadense de diálogo seria superior à supremacia judicial e à supremacia majoritária? Alexander afirma que tais questões são empíricas e não se dispõe a respondê-las no citado trabalho.<sup>68</sup>

Concluindo, Alexander afirma que em se tratando da interpretação de uma regra constitucional, a jurisprudência firmada pela Suprema Corte em *Cooper* afigura-se como plenamente justificável. Além disso, se o tema regulado pela norma constitucional é daqueles que indicam a necessidade da adoção de uma solução com maior grau de definitividade, justifica-se que a Suprema Corte adote uma postura de adesão mais firme à doutrina do *stare decisis*. Ao contrário, se a questão constitucional é daquelas que aceitam um grau de solução mais incerto, a Suprema Corte deve estar aberta a revisitar suas interpretações anteriores e mesmo superar seus precedentes.<sup>69</sup>

Em se tratando de um *standard* constitucional, inserido em uma matéria que não demanda a adoção de solução com alto grau de definitividade, bem como seja verificada a circunstância de que a questão pode ser mais bem resolvida pelos poderes majoritários, Alexander afirma que a jurisprudência firmada em *Cooper* seria inapropriada.<sup>70</sup> Ao final, Alexander aduz ser possível ventilar a hipótese de que em determinadas oportunidades, a jurisprudência firmada em *Cooper* venha a ser relativizada, mencionando expressamente o caso *City of Boerne* como uma hipótese em que talvez a mencionada doutrina tenha sido incorretamente invocada.

Frederick Schauer, em artigo publicado em 2004<sup>71</sup>, retoma o tema da justificativa da supremacia judicial. Embora não haja mudança em relação à postura de defesa da supremacia judicial, percebe-se no presente trabalho um esforço maior de conciliar tal doutrina com as críticas relativas ao eventual déficit de legitimidade

---

<sup>68</sup> Ibid. p. 375

<sup>69</sup> Ibid. p. 375

<sup>70</sup> Ibid. p. 375

<sup>71</sup> SCHAUER, Frederick. Judicial supremacy and the modest constitution. *California Law Review*, v. 92, 2004, p. 1045-1067.

democrática que poderia surgir com sua adoção em termos mais rigorosos. No trabalho, Schauer expõe a idéia de que a Constituição não é o mais importante local de decisão de maior parte das questões políticas de uma sociedade. Schauer aduz que a visão comum de alguns autores que enxergam na Constituição norte-americana o repositório de todos os anseios e aspirações do povo produz um campo fértil para o florescimento do ceticismo em relação à doutrina da supremacia judicial. Isto porque, se a Constituição é tão abrangente na vida política, deixar a juízes não eleitos o poder de decidir os conteúdos constitucionais em detrimento das maiorias democráticas é motivo justo de preocupação.<sup>72</sup>

A visão que Schauer defende é a da Constituição modesta. Embora ela trace algumas estruturas básicas do governo e traga regras de procedimento que buscam delinear a forma como o governo deve funcionar, a Constituição norte-americana diz pouco acerca de quais decisões substantivas o governo deve adotar. Tais decisões devem ser adotadas em ambientes de maior representação popular. A Constituição modesta não possui a pretensão de ser o centro de todo debate acerca de determinada política pública. A supremacia judicial que afirma o significado das cláusulas constitucionais acaba sendo concentrada apenas em algumas tarefas tradicionais das normas constitucionais (como proteção de minorias políticas). Vista de tal forma, a supremacia judicial não aparece como tão ameaçadora do ideal de que uma sociedade deve ser guiada prioritariamente pelos governantes eleitos.<sup>73</sup>

Neste ponto, Schauer chega a afirmar que sua doutrina e os adeptos do constitucionalismo popular possuem uma espécie de oponente comum, que seriam aqueles que acreditam que a Constituição seja o repositório da maioria significativa das mais importantes questões de uma sociedade e que as cortes judiciais deveriam participar de tal processo por intermédio da supremacia judicial.<sup>74</sup>

Em suma, o que Schauer preconiza é que a ambição da Constituição modesta é ser, em suas próprias palavras, “restrita em escopo, mas intensa em força”. Logo, supremacia judicial e Constituição modesta constituiriam “parceiras naturais”<sup>75</sup>

<sup>72</sup> Ibid. 1064

<sup>73</sup> Ibid. p. 1066

<sup>74</sup> Ibid. Nota de rodapé no. 102

<sup>75</sup> Ibid. p. 1067

Outro caminho muito utilizado para justificar a tese da supremacia judicial possui conexão com a idéia de que o Judiciário seria o poder mais adequado para a proteção dos direitos fundamentais em face das maiorias políticas conjunturais. A noção principal que permeia tal raciocínio é a de que somente uma instituição externa ao processo político ordinário teria possibilidade de garantir a proteção dos direitos fundamentais contra os excessos de tal processo.<sup>76</sup>

A obra de Ronald Dworkin é exemplo emblemático de tal doutrina. Sua teoria acerca das relações entre a soberania popular e os direitos fundamentais pode ser mais bem estudada a partir da compreensão que o autor formula acerca do próprio conceito de democracia.

Nesta linha, Dworkin rejeita que a noção de que a democracia deve ser compreendida apenas em razão da premissa majoritária, ou seja, a premissa de que devem ser respeitadas as decisões políticas adotadas pela maioria dos cidadãos. O filósofo norte-americano defende uma concepção de democracia que chamou de “ concepção constitucional de democracia”<sup>77</sup>, pela qual as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas que dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e respeito.”<sup>78</sup>

Dworkin admite que as decisões coletivas de rotina possam ser adotadas por agentes políticos escolhidos em eleições populares, mas seu conceito de democracia não se opõe a que em determinadas ocasiões especiais sejam empregados procedimentos não-majoritários, que se revelem mais eficazes para a proteção dos direitos fundamentais necessários à promoção do postulado da igual consideração e respeito.<sup>79</sup>

---

<sup>76</sup> Neste sentido, destacando que a defesa dos direitos individuais consiste em um dos argumentos mais utilizados a favor da supremacia judicial, LIPKIN, Robert Justin. What’s wrong with judicial supremacy ? What’s right about judicial review ? *Widener Law Review*, v. 14, 2008, p.18; WEBBER, Jeremy. Democracy and contemporary constitutionalism. In: *The least examined branch: the role of legislatures in the constitutional state*. BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi. (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 416.

<sup>77</sup> Dworkin afirma inclusive que tal concepção de democracia, que rejeita a premissa majoritária, é a própria concepção de democracia adotada pela história constitucional norte-americana: “ Temos de deixar de lado a

premissa majoritária e, com ela, a concepção majoritária de democracia. Ela não é uma concepção coerente de o que é a verdadeira democracia, e certamente não é a concepção norte-americana.” DWORKIN, Ronald. O

da liberdade: *a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 48/49.

<sup>78</sup> Ibid. p. 26.

<sup>79</sup> Ibid. p. 92.

Nesta linha de raciocínio, é bastante importante destacar a distinção efetuada por Dworkin entre argumento de princípio e argumento de política (policy). O primeiro está ligado à esfera dos direitos fundamentais, sendo uma exigência de justiça e de equidade que deve ser obedecida independentemente de considerações de ordem econômica e política. O segundo busca estabelecer um tipo de padrão com o intuito de alcançar a melhoria econômica, política ou social de alguma comunidade.<sup>80</sup>

A distinção é fundamental para ressaltar o fato de que a defesa da supremacia judicial advogada por Dworkin é em relação aos argumentos de princípio, ou seja, relativamente aos direitos fundamentais, e não em relação aos argumentos de *policies*, pois nesta hipótese a esfera legislativa afigura-se como mais legitimada para sua definição.<sup>81</sup>

Com base nestas premissas, Dworkin rejeita as críticas de que a supremacia judicial decorrente do controle da constitucionalidade das leis seria antidemocrática, pois ao menos em relação a determinadas questões, ligadas notadamente à proteção de direitos fundamentais que promovessem a igual consideração e respeito aos cidadãos, o Judiciário seria o poder mais adequado para tutelar estes valores do que o Legislativo<sup>82</sup> e desta forma seria competente para invalidar decisões adotadas pelas maiorias eventuais que rompessem com o defendido conceito constitucional de democracia.

<sup>80</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

<sup>81</sup> A distinção entre argumento de princípio e argumento de política (policy) e suas repercussões na teoria da jurisdição constitucional de Dworkin não é muito explorada, como deveria, pela doutrina brasileira. Exceção pode ser feita a MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 37: “ Nesse sentido, a distinção entre argumentos de princípio e de política costura as fronteiras entre as

funções do juiz e as do legislador e distribui a responsabilidade política entre os dois de maneira diferente. A decisão legislativa pode exigir dois tipos de justificação. A decisão judicial, por sua vez, será fundada somente em argumentos de princípio. Juizes são obrigados a decidir por argumentos de princípios, mas não têm o monopólio sobre eles. O legislador, por sua vez, tem o monopólio dos argumentos de *policy*.” Em sentido

semelhante, IKAWA, Daniela R.. Hart, Dworkin e discricionariedade. *Lua Nova*, n. 61, 2004, p.105 “ No que

concerne à primeira distinção, os princípios têm como base o respeito ou a garantia de algum direito individual ou de grupo, enquanto políticas têm por base a implementação ou a proteção de algum bem coletivo. Os princípios estão, portanto, ligados a um caráter distributivo voltado ao indivíduo, ou, em outras palavras, à consideração do indivíduo como um fim em si mesmo. As políticas estão, por sua vez, conectadas a um caráter distributivo voltado à comunidade como um todo. Nessa linha, as decisões judiciais estão preocupadas principalmente com direitos individuais ou de grupo e não com a delimitação do bem comum, papel a ser deixado ao sistema político-democrático.

<sup>82</sup> Neste sentido, é significativa a seguinte passagem do autor: “ os legisladores são vulneráveis a pressões

políticas dos mais variados tipos, tanto pelo lado financeiro quanto pelo lado político propriamente dito, de tal modo que o poder legislativo não é o veículo mais seguro para a proteção dos direitos de grupos poucos populares.” DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São

Paulo: Martins Fontes, 2006, p.53.

Desta forma, por intermédio do que denominou leitura moral da Constituição, a teoria de Dworkin entende que o Judiciário está legitimado a proceder à interpretação dos princípios morais identificados pela Constituição, pois não há elementos capazes de afirmar que tais valores estariam mais bem protegidos se fossem delegados apenas às instituições de representação política.<sup>83</sup>

Vale destacar que apesar de adotar tais premissas, Dworkin não defende a idéia de que a densificação de todos os direitos fundamentais previstos na Constituição deva ser matéria de competência exclusiva do Judiciário<sup>84</sup>.

Ante o exposto, é lícito concluir que com fulcro nas proposições de Dworkin, a correção legislativa da jurisprudência, ao menos em relação aos direitos fundamentais, sofreria sérias restrições. Com efeito, na opinião do filósofo norte-americano, o Judiciário seria o guardião por excelência dos direitos fundamentais que asseguram o cumprimento do postulado da igual consideração e respeito, próprio do conceito constitucional de democracia.

Logo, a definição dos contornos de tais direitos assentada na jurisprudência não poderia ser subvertida pela imposição, por uma maioria política eventual, de uma correção legislativa, pois isto poderia representar a tentativa de imposição da premissa majoritária que Dworkin tanto critica na formulação de seu conceito de democracia.

É interessante observar que para refutar a argumentação comum de que o exercício da *judicial review* teria um caráter antidemocrático, Dworkin menciona como exemplo o precedente da Suprema Corte *Texas v. Johnson*<sup>85</sup>, que

<sup>83</sup> Em sentido semelhante, MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 160: “ Ou seja, o que Dworkin está ressaltando é que determinadas questões especiais envolvendo o conteúdo, os limites e a eficácia dos direitos fundamentais não estão à disposição da política legislativa e por isso devem ser protegidos por uma instituição contra-majoritária encarregada da tutela dos direitos.”

<sup>84</sup> DWORNIK, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 51/52. “ Nos Estados Unidos já é ponto pacífico que a Suprema Corte tem autoridade para tornar uma lei inválida se esta for considerada inconstitucional. Mas é claro que isso não nega a responsabilidade paralela dos legisladores de fazer os seus próprios juízos constitucionais e recusar-se a aprovar as leis que não lhes pareçam conformes à Constituição. E, se os tribunais têm o poder de fazer valer determinados direitos constitucionais, isso não significa que possam impor todos esses direitos.”

<sup>85</sup> 491 U.S. 397 (1989)

posteriormente gerou uma situação concreta de correção legislativa da jurisprudência em matéria de direitos fundamentais ocorrida nos Estados Unidos. Cumpre conferir a seguinte passagem do autor:

Suponhamos que o legislativo aprove uma lei que considere crime alguém queimar a sua própria bandeira dos Estados Unidos como sinal de protesto. Suponhamos que essa mesma lei seja contestada sob a acusação de tolher o auto-governo democrático na medida em que restringe a liberdade de manifestação, e que um tribunal aceite a acusação e derrube a lei. Se a decisão do tribunal estiver correta – se a lei que proíbe a queima da bandeira nacional efetivamente viola as condições democráticas estabelecidas na Constituição, segundo a formação e a interpretação que foram dadas a essas condições no decorrer da história dos Estados Unidos-, ela não é antidemocrática de modo algum, mas pelo contrário, faz prevalecer a democracia.<sup>86</sup>

No texto mencionado, Dworkin não chega a comentar a tentativa de correção legislativa da jurisprudência empreendida pelo Congresso. Não obstante, com base nas premissas já mencionadas que foram adotadas na teoria do autor, parece lícito concluir que o mesmo aprovaria a decisão adotada pela Suprema Corte no sentido de rejeitar a tentativa do Congresso de superar o entendimento jurisprudencial nesta questão.

#### 1.3.4.1 Críticas de ordem democrática à supremacia judicial

Desde o início da afirmação da *judicial review* na história constitucional norte-americana, a legitimidade do exercício de tal prerrogativa pelo Judiciário sempre foi objeto de intensos questionamentos relacionados especialmente à compatibilidade do exercício de tal poder com a democracia.

O problema foi muito bem sintetizado pela célebre expressão “ dificuldade contra-majoritária” da jurisdição constitucional, formulada por Alexander Bickel em obra publicada em 1963.<sup>87</sup> A questão básica consiste em saber até que ponto uma decisão adotada por juízes de reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei

<sup>86</sup> DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: *a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 49/50.

<sup>87</sup> BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch*. 2nd ed., New Haven: Yale University Press, 1986.

aprovada por um parlamento eleito pode legitimar-se em uma sociedade democrática.

A obra de Bickel pode ser apontada como um marco nas discussões do constitucionalismo contemporâneo acerca da legitimidade democrática da jurisdição constitucional. Sua teoria é marcada pela tentativa de solucionar a questão da dificuldade contra-majoritária por intermédio da conciliação entre o constitucionalismo e a democracia.

Embora Bickel, logo no início de sua obra, tenha cunhado a célebre frase de que a *judicial review* é uma instituição “desviante” na democracia norte-americana<sup>88</sup>,

a importância do papel da jurisdição constitucional para a tutela dos denominados “valores duradouros” de uma sociedade é ressaltada em diversos momentos pelo autor. Sua obra também é marcada pela defesa das denominadas “virtudes passivas” da jurisdição constitucional, que recomendam a adoção pelo Judiciário de

uma atitude de deferência em relação às escolhas políticas do legislador, de forma que o exercício da *judicial review* possa ser compatibilizado com a democracia.

As teses de Bickel influenciaram a formulação da teoria da jurisdição constitucional de John Hart Ely<sup>89</sup>, cuja obra exerceu enorme influência na discussão do tema. Em apertada síntese, a teoria de Ely preconiza que, a partir da leitura da Constituição norte-americana, que traz em sua maioria regras de procedimentos e não escolhas substantivas, não é papel da jurisdição constitucional decidir acerca de valores substantivos, que devem ser deixados para a apreciação dos órgãos democráticos. O exercício pleno da *judicial review* somente é justificado com o escopo de proteger e assegurar a plena participação das pessoas nos processos de deliberação democrática, bem como das minorias que não estejam representadas no espaço político majoritário.

A discussão acerca da legitimidade democrática da jurisdição constitucional constitui, na exata expressão de Barry Friedman, uma verdadeira “obsessão

---

<sup>88</sup> Ibid. p. 17/18.

<sup>89</sup> O próprio Ely reconhece expressamente a influência da obra de Bickel em suas concepções. ELY, John Hart. *Democracy and distrust. A Theory of judicial review*. Crambridge: Harvard University Press, 1980, p. 70/72.

acadêmica”<sup>90</sup> no direito norte-americano. A doutrina sobre o tema é certamente inabarcável e sua análise mais detalhada ou a tentativa de classificação das diversas correntes acerca do tema fugiria completamente do escopo principal do presente trabalho.

As críticas mais comuns à legitimidade democrática da *judicial review* serão retomadas de forma pontual ao longo do presente trabalho. Por ora, nosso interesse circunscreve-se em analisar uma teoria que possa estabelecer um contraponto mais evidente à doutrina da supremacia judicial mencionada anteriormente e que possui íntima ligação com a idéia da correção legislativa da jurisprudência.

Para tal finalidade, entendemos ser oportuna a análise do constitucionalismo popular norte-americano, que pode desde já ser caracterizado como o principal oponente da doutrina da supremacia judicial.

A tese central do movimento do constitucionalismo popular norte-americano desafia o eixo da doutrina da supremacia judicial na interpretação constitucional, que atribui à Suprema Corte o papel de árbitro mais qualificado das questões constitucionais. Para o constitucionalismo popular, o intérprete mais legitimado para ser o responsável pela definição dos conteúdos da Constituição é o próprio povo, que exerce suas preferências por intermédio das instâncias representativas da democracia.

As duas obras fundamentais que marcaram o início da definição mais clara dos contornos do constitucionalismo popular foram *Taking the Constitution Away from the Courts*<sup>91</sup>, de Mark Tushnet, publicada em 1999 e *The People Themselves. Popular Constitutionalism and judicial review*<sup>92</sup>, de Larry Kramer, publicada em 2004.

Logo nas primeiras páginas de sua obra livro, Tushnet critica o precedente *City of Boerne*, já mencionado anteriormente, um dos casos em que a Suprema

---

<sup>90</sup> FRIEDMAN, Barry. The Birth of an academic obsession: The history of the countermajoritarian difficulty, Part Five. *Yale Law Journal*, v. 112, n. 2, p. 153/259, 2002.

<sup>91</sup> TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

<sup>92</sup> KRAMER, Larry. *The People Themselves. Popular Constitutionalism and judicial review*. Oxford University Press: Oxford, 2004.

Corte foi mais contundente na adoção da supremacia judicial como justificativa para a rejeição da correção legislativa empreendida pelo Congresso.

A idéia central da obra é a defesa da tese de que a *judicial review* produz tantos malefícios para a democracia norte-americana que o melhor caminho a ser adotado seria a sua extinção. Mesmo em se tratando da proteção de direitos fundamentais, em que a *judicial review* costuma ser apontada como o melhor caminho para tutela desses direitos, Tushnet sustenta a tese de que a *judicial review* seria desnecessária, pois a própria estrutura da Constituição norte-americana já ensejaria a proteção dos direitos e desencorajaria a possibilidade de que prevalecesse a vontade da tirania de uma maioria em detrimento de setores minoritários.<sup>93</sup>

Um dos principais malefícios que a *judicial review* produziria seria impedir o florescimento de um sentimento de responsabilidade na população em geral e nas instituições democráticas para a interpretação dos dispositivos constitucionais.<sup>94</sup> Nessa linha de raciocínio, para Tushnet, a abolição da *judicial review* forçaria os legisladores e o Executivo a considerarem os aspectos constitucionais no processo legislativo de forma mais criteriosa e responsável, pois não poderiam mais delegar a palavra final acerca da interpretação constitucional aos Tribunais, especialmente nas questões mais controversas, nas quais a adoção de uma posição mais clara poderia gerar um ônus político ao representante popular.

Tushnet chega a mencionar duas propostas de emendas à Constituição que chegaram a propor a inclusão de um artigo que expressamente previsse a possibilidade da adoção pelo Congresso de uma correção legislativa em face de uma declaração de inconstitucionalidade de lei pela Suprema Corte. A primeira proposta de emenda foi defendida pelo Senador democrata Burton Wheeler, que no auge do conhecido embate entre o Presidente Franklin Roosevelt e a Suprema Corte por

---

<sup>93</sup> TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 96-99

<sup>94</sup> Ibid. p. 174. Na doutrina brasileira, análise dos postulados de Tushnet defendidos na obra citada foi desenvolvida por DUARTE, Fernanda; MOURA, Francisco; MASTRODI NETO, Josué; TSUBONE, Rubens Takashi. Ainda há supremacia do judiciário? In: *Teoria da mudança constitucional*. Sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa. Duarte, Fernanda; Vieira, José Ribas. (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 6/8.

conta das medidas adotadas no New Deal<sup>95</sup>, propôs emenda à Constituição que possibilitasse ao Congresso adotar deliberação, por maioria de dois terços (seguida de uma consulta popular), suscetível de invalidar decisão da Suprema Corte que declarasse inconstitucional uma lei. Outra proposta foi formulada recentemente pelo juiz Robert Bork, que propôs a adoção de uma emenda que possibilitasse a correção legislativa de uma decisão da Suprema Corte pelo voto da maioria simples do Congresso.<sup>96</sup> Na opinião de Tushnet, a aprovação das emendas propostas ainda assim manteriam um importante papel para a Suprema Corte em matéria constitucional, de forma que para o autor uma proposta de emenda que abolisse a *judicial review* seria mais interessante.

Larry Kramer, em *The People Themselves*, também defende a noção de que a última palavra da interpretação dos dispositivos constitucionais deve caber necessariamente ao povo. Kramer procura marcar ao longo de toda a obra a importante distinção que se deve fazer entre as noções de *judicial review* – o poder judicial de declarar a inconstitucionalidade das leis – e a supremacia judicial – que importa no reconhecimento de que os juízes seriam os intérpretes finais da Constituição.<sup>97</sup>

A partir de uma investigação histórica profunda que alcança os primórdios da formação do constitucionalismo norte-americano<sup>98</sup>, Kramer sustenta a tese de que a doutrina da supremacia judicial não encontraria respaldo, pois teria prevalecido, desde a formação do país, exatamente a premissa central do constitucionalismo

<sup>95</sup> Como se sabe, após sucessivas decisões da Suprema Corte invalidando leis que faziam parte do *New Deal*, o Presidente Roosevelt propôs no início de 1937 o conhecido *Court Packing Plan*, pelo qual o atingimento da idade de setenta anos pelos juízes da Suprema Corte autorizava o Presidente a indicar outro, observado o limite de quinze membros. A medida acabou se tornando desnecessária ante a mudança de posição do juiz Roberts, que passou a votar a favor das medidas do governo. O assunto é descrito por SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 201-202. Para detalhes do processo envolvendo a polêmica em questão, ver VERMEULE, Adrian. Introductory essay: Political constraints on Supreme Court reform. *Minnesota Law Review*, v. 90, p. 1154-1172, 2006.

<sup>96</sup> TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 175

<sup>97</sup> O próprio epílogo do livro é denominado “ *judicial review without judicial supremacy*”, o que reforça o desejo de distinguir entre as duas idéias.

<sup>98</sup> Um ano antes de publicar a obra em exame, Kramer já havia publicado um trabalho em que procurava justificar com diversos detalhes históricos a tese de que a supremacia judicial não foi adotada no começo da história constitucional norte-americana. KRAMER, Larry. *Marbury and the retreat from judicial supremacy*. *Constitutional Commentary*, v. 20, p. 205/230, 2003. Na doutrina brasileira, destacando a pesquisa histórica empreendida por Kramer em defesa do constitucionalismo popular, ver estudo de VIEIRA, José Ribas; MASTRODI NETO, Josué; VALLE, Vanice Lírio do. A teoria da mudança no constitucionalismo americano: limites e possibilidades. In: *Teoria da Mudança Constitucional*. Sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa. Duarte, Fernanda; Vieira, José Ribas. (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 6/8.

popular, que é a noção de que as decisões finais acerca dos conteúdos constitucionais deveriam ser reservadas ao povo.<sup>99</sup> Nesta linha de raciocínio, ao contrário de Tushnet, Kramer não advoga explicitamente a abolição da *judicial review* e procura concentrar suas críticas na idéia de supremacia judicial, que seria francamente incompatível com a tese central do constitucionalismo popular.

Na conclusão da obra, Kramer sugere que algumas peculiaridades do sistema constitucional norte-americano, que o distinguem das democracias europeias consolidadas após a Segunda Guerra Mundial, servem para exaltar o fato de que a supremacia judicial pode causar sucessivas tensões entre os poderes do Estado. O fato dos juízes da Suprema Corte serem nomeados de forma vitalícia (ao contrário de muitos países europeus em que a nomeação ocorre por tempo determinado) e a circunstância de que o processo de emenda à Constituição nos Estados Unidos é significativamente mais difícil do que em muitos países europeus seriam as principais peculiaridades que tornariam a doutrina da supremacia judicial particularmente nociva para a democracia norte-americana.

Em conclusão, Kramer não sustenta a tese de que o Judiciário deveria ser afastado por completo do processo de interpretação constitucional. Porém, ao rejeitar explicitamente a supremacia judicial, pretende que a Suprema Corte modifique sua postura atual e se torne mais aberta aos influxos das posições dos outros poderes democraticamente eleitos e do povo em geral.<sup>100</sup>

No que se refere a Mark Tushnet, seus trabalhos publicados após *Taking the Constitution Away from the Courts*, sugerem a conclusão de que sua postura inicial de marcada aversão à *judicial review* foi significativamente modificada. Recentemente, Tushnet passou a concentrar seus esforços doutrinários na tentativa de desenvolver formas alternativas de jurisdição constitucional. Em oposição ao sistema da *judicial review* denominado forte, que vigoraria nos Estados Unidos, é

---

<sup>99</sup> Em sentido semelhante, William J. Watlins, Jr., que a exemplo de Kramer, também traz substanciosos aportes da histórica constitucional norte-americana para rejeitar a doutrina da supremacia judicial tal como entendida nos dias atuais pela Suprema Corte. WATLINS, JR., William J. Popular sovereignty, judicial supremacy, and the american revolution: Why the judiciary cannot be the final arbiter of constitutions. *Duke Journal of Constitutional Law and Public Policy*, v. 1, p. 159-258, 2006.

<sup>100</sup> KRAMER, Larry. *The People Themselves*. Popular Constitutionalism and judicial review. Oxford University Press: Oxford, 2004, p. 253.

apresentada a idéia de um sistema de *judicial review* fraco, no qual embora o Judiciário mantivesse a possibilidade de invalidar leis por vício de inconstitucionalidade, seria atribuída às maiorias legislativas ordinárias a possibilidade de reverter os entendimentos da Suprema Corte em matéria constitucional em um espaço de tempo relativamente curto.<sup>101</sup>

Além disso, Tushnet procurou demonstrar que a interpretação constitucional típica da jurisdição constitucional pode ser desempenhada com relativo sucesso por intermédio de instâncias não judiciais, ligadas ao Executivo e ao Legislativo, que poderiam produzir decisões acerca da interpretação de dispositivos constitucionais suscetíveis de atingir um consenso razoável na sociedade, sem a necessidade da participação do Judiciário.<sup>102</sup>

Em livro publicado em 2008<sup>103</sup>, Tushnet procura consolidar as idéias desenvolvidas nos trabalhos anteriores. Assentada a tese de que a *judicial review* pode causar atritos com o governo democrático, considerando especialmente a circunstância de que os termos da Constituição são adotados com elevado grau de abstração, Tushnet procura responder a questão de saber por qual razão a interpretação que o Judiciário confere a determinado dispositivo deve prevalecer sobre a interpretação conferida pelo Legislativo, se ambas se apresentam como razoáveis.

Para Tushnet, a *judicial review* forte é configurada quando o Tribunal adota posição como a Suprema Corte adotou em *City of Boerne*. Em outros termos, a corte consagrou que a interpretação conferida pelo Tribunal sobre determinado tema apresenta-se como final e irreversível, sendo insuscetível de modificação pela via da maioria legislativa ordinária. Restam poucos recursos possíveis de serem adotados

---

<sup>101</sup> TUSHNET, Mark. Alternative forms of judicial review. *Michigan Law Review*, v. 101, n. 9, p. 2781/2802, 2003.

<sup>102</sup> TUSHNET, Mark. Non-judicial review. *Harvard Journal of Legislation*, v. 40, p. 453-492, 2003.

<sup>103</sup> TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights: Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2008. Neste trabalho, Tushnet desenvolve idéias que já haviam sido ventiladas em oportunidade anterior em TUSHNET, Mark. Interpretation in legislatures and courts: Incentives and institutional design. In: *The least examined branch: the role of legislatures in the constitutional state*. BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi. (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 468-479.

pelo legislativo para superar o entendimento jurisprudencial nestas hipóteses, tais como emenda constitucional, mudança na composição da corte ou *impeachment*.<sup>104</sup>

O modelo de *judicial review* fraca apresentada por Tushnet pretende reduzir a tensão entre o governo democrático e a *judicial review*, possibilitando que a maioria democrática tenha mecanismos que possibilitem a adoção de respostas rápidas e eficazes contra entendimentos jurisprudenciais considerados equivocados. Neste sistema, as decisões judiciais que tratam de questões constitucionais podem ser objeto de revisão pelo legislativo por meio de atos legislativos que não diferem em grande medida dos atos adotados no processo ordinário de elaboração das leis.

No que se refere ao sistema norte-americano, Tushnet afirma que a Constituição não exige um sistema de *judicial review* forte. Ele reconhece todavia que no estágio atual de importância que a *judicial review* adquiriu na história norte-americana há barreiras culturais que impedem a aposta de uma transição do sistema para a *judicial review* fraca. Tais barreiras não impedem todavia que seja desenvolvida uma crítica ao sistema forte, nem impede que seja demonstrada a compatibilidade de um sistema de *judicial review* fraco com a Constituição norte-americana.

A defesa de um sistema de *judicial review* fraco pressupõe, todavia, o reconhecimento de que os poderes legislativo e executivo podem desempenhar o papel de participantes, juntamente com o Judiciário, de um diálogo cujo escopo é a interpretação dos dispositivos constitucionais. Tal reconhecimento parte do pressuposto de que pode haver desacordo razoável na interpretação das cláusulas constitucionais entre os poderes, e que a interpretação judicial não possuiria uma superioridade intrínseca sobre a interpretação empreendida pelos demais poderes.<sup>105</sup> A existência de desacordo razoável na interpretação de dispositivos da Constituição resta evidenciada quando, por exemplo, o legislativo adota uma posição que coincide com a minoria vencida de um precedente judicial.<sup>106</sup>

---

<sup>104</sup> TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights: Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press, 2008, p. 21

<sup>105</sup> *Ibid.* p. 79

<sup>106</sup> *Ibid.* p. 102.

Tusnet destaca que há um ceticismo na doutrina americana acerca da competência do legislativo como intérprete da Constituição. Um dos argumentos mais utilizados pelos críticos do papel do legislativo como intérprete da Constituição é baseado na própria evidência de que várias leis são declaradas inconstitucionais pela Suprema Corte, o que seria um indicativo de incompetência do legislador no trato das questões constitucionais.

Tushnet pondera que o próprio sistema de *judicial review* forte adotado nos Estados Unidos poderia de certa maneira encorajar a edição pelo legislativo de leis sabidamente inconstitucionais. Tais leis poderiam servir ao interesse político dos parlamentares, que buscariam obter crédito junto aos eleitores com a edição de leis populares, mas que não chegariam a sobreviver em razão do flagrante vício de inconstitucionalidade. Trata-se de tática muito utilizada pelos parlamentares quando o assunto em debate afigura-se extremamente polêmico, sendo mais confortável do ponto de vista político culpar os Tribunais pela falta de implementação de determinada decisão política de apelo popular.

Esta certa desídia do legislador no trato das questões constitucionais em um sistema de *judicial review* forte poderia envolver até mesmo o Executivo. Assim, o legislativo poderia aprovar determinada lei sem atentar seriamente para os aspectos constitucionais da questão, na crença de que eventual vício de inconstitucionalidade poderia ser observado pelo Chefe do Executivo, que exerceria o poder de veto. Já o Chefe do Executivo também poderia não atentar para a questão constitucional por acreditar que eventual vício de inconstitucionalidade seria reconhecido pelo Judiciário no desempenho da *judicial review*.<sup>107</sup>

Seria possível, portanto, concluir que o sistema forte de *judicial review* poderia incentivar o legislador a não adotar posturas de interpretação mais responsáveis em

---

<sup>107</sup> Ibid. p.89/90. Sobre o tema, vale mencionar a obra de WHITTINGTON, Keith E. *Political foundations of judicial supremacy: The presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in U. S. History*. Princeton: Princeton University Press, 2007. Na obra, Whittington sustenta a tese de que a idéia da supremacia judicial, que coloca a Suprema Corte como árbitra final das questões constitucionais, foi moldada ao longo da história constitucional norte-americana por influência dos presidentes e das lideranças políticas, que consideraram ser politicamente interessante e conveniente delegar à corte o papel de definidora das questões constitucionais mais polêmicas.

relação aos assuntos constitucionais, na medida em que sempre haveria algum outro poder para transferir tal responsabilidade.

Já em um sistema de *judicial review* fraco, como o legislativo teria a possibilidade de corrigir entendimentos jurisprudenciais com mais facilidade, a saída de “culpar” o Judiciário pelas decisões impopulares não seria adotada de forma tão corriqueira. Ou seja, o sistema fraco incentivaria o Legislativo a tratar as questões constitucionais de forma mais criteriosa.

Outro fator destacado por Tushnet que contribui para o reconhecimento do papel do Legislativo como intérprete da Constituição consiste em notar o incremento no âmbito do legislativo de especialistas na matéria constitucional que auxiliam os legisladores. Um dos motivos que estimularia o parlamentar a cercar-se de pessoas versadas no direito constitucional seria a circunstância de que no debate político travado no âmbito parlamentar e com os membros do executivo não é raro que argumentos de ordem constitucional sejam ventilados para apoiar ou rejeitar determinada idéia, de forma que é necessário o conhecimento das questões constitucionais para que os argumentos respectivos sejam apresentados.<sup>108</sup>

Tushnet faz uma observação de extrema pertinência: não são poucos os exemplos de propostas legislativas absurdas, que evidentemente não atentam para os aspectos constitucionais, propostas por alguns parlamentares que buscam na maioria das vezes apenas atrair a atenção popular. Todavia, a avaliação da qualidade do legislativo como intérprete constitucional deve ser feita levando em conta a instituição como um todo, e não o despenho individual de alguns parlamentares.<sup>109</sup>

---

<sup>108</sup> TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights: Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2008, p. 98. Sobre o tema da capacitação institucional do Congresso para a interpretação constitucional, há ainda importante trabalho de Elizabeth Garret e Adrian Vermeule, que desenvolvem propostas de idéias que possam melhorar o desempenho do Congresso no trabalho de interpretação constitucional e que possam ser aceitas independentemente do sentido da orientação política que se queira seguir. Algumas destas propostas são: o aperfeiçoamento do sistema de informações que possam municiar os congressistas e a formação de assessorias técnicas compostas por profissionais especializados no estudo de questões constitucionais. GARRETT, Elizabeth; VERMEULE, Adrian. Institutional design of a Thayerian Congress. *Duke Law Journal*, n. 50, 2001, p. 1277-1333.

<sup>109</sup> Ibid. p.99

Uma proposta relevante cogitada por Tusnet seria a possibilidade de serem combinados os dois sistemas de *judicial review*, de forma que o modelo forte seria reservado a determinados conteúdos constitucionais (como valores substantivos que requeressem maior proteção judicial) e o modelo fraco poderia ser reservado para outros conteúdos constitucionais. Trata-se de idéia baseada na concepção de que há dispositivos constitucionais mais relevantes do que outros.

Desde logo, o autor aponta as dificuldades deste tipo de abordagem, pois ainda que fosse reconhecida certa hierarquia axiológica entre dispositivos constitucionais, é certo que todos os dispositivos são integrantes do texto constitucional. Desta forma, como escolher quais mereceriam uma maior ou menor proteção pela *judicial review*? Outra dificuldade seria a possibilidade dos tribunais abdicarem de suas responsabilidades no processo de interpretação das matérias sujeitas ao modelo fraco, bem como o conseqüente risco do legislativo não atentar para as considerações contidas nas decisões sujeitas ao controle fraco.<sup>110</sup>

Outro importante autor que advoga idéias muito caras aos postulados do constitucionalismo popular é Jeremy Waldron. O autor discorda do pressuposto de que a jurisdição constitucional seria o caminho mais apropriado para a defesa de direitos fundamentais (um dos caminhos mais utilizados para a defesa da supremacia judicial). A base de sua argumentação consiste na constatação de que o intenso pluralismo que reina nas sociedades contemporâneas acaba por resultar em intenso desacordo entre os indivíduos no que se refere à definição dos contornos dos próprios direitos fundamentais. Diante de tal desacordo, não haveria sentido em atribuir a uma instituição que não goza de legitimidade democrática a tarefa de definir os direitos fundamentais. Desta forma, Waldron sustenta que a *judicial review* padeceria de um vício insanável de ilegitimidade democrática, de forma que o autor procura investir seus esforços na construção de bases teóricas que possam resgatar aquilo que denominou de “dignidade da legislação”<sup>111</sup>, ou seja, o ideal de

<sup>110</sup> Ibid. 34.

<sup>111</sup> O conceito foi desenvolvido por Waldron em uma de suas obras mais conhecidas que traz o mesmo nome: *A Dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Em trabalho mais recente, Waldron procura investir novas forças na configuração de alguns princípios procedimentais gerais que a atividade legislativa precisa observar para que as leis possam desfrutar de legitimidade junto a uma sociedade democraticamente organizada. WALDRON, Jeremy. Principles of legislation. In: *The least examined branch: the role of legislatures in the constitutional state*. BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi. (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 15/32.

participação política igualitária que garante que os indivíduos possam ingressar como entes autônomos no processo democrático de definição dos direitos fundamentais.<sup>112</sup>

A exemplo do que ocorreu com Tushnet, em trabalho mais recente<sup>113</sup> é possível identificar um certo abrandamento das críticas de Waldron à *judicial review*. É certo que o autor ratifica, neste novo trabalho, a ideia que permeia toda sua obra de que a *judicial review* possui uma natureza intrinsecamente antidemocrática. Todavia, o autor defende a ideia de que a *judicial review* somente seria injustificável<sup>114</sup> em um estado democrático desde que estivessem presentes quatro condições para o funcionamento normal de uma democracia: 1) instituições democráticas em regular funcionamento e eleitas pelo sufrágio universal; 2) instituições judiciais em bom funcionamento para resolver demandas individuais; 3) um compromisso geral na sociedade de necessidade de respeito dos direitos fundamentais, inclusive das minorias; 4) um desacordo razoável e de boa-fé entre os integrantes da sociedade acerca do conteúdo dos direitos.<sup>115</sup>

Waldron sustenta que em determinadas situações a ausência do bom funcionamento de uma ou mais destas condições pode gerar casos de democracias patológicas, em que a *judicial review* poderia em tese cumprir um papel relevante na defesa de direitos fundamentais, desde que sua adoção fosse justificada à luz do grau específico de deterioramento das instâncias representativas em cada contexto, bem como de acordo com o grau de participação das minorias políticas.<sup>116</sup>

Outro autor norte-americano que defendeu ideias bem próximas aos postulados do constitucionalismo popular é Robert Justin Lipkin, em trabalho publicado em 2006.<sup>117</sup> A análise do citado artigo é de grande valia para o presente

<sup>112</sup> Para maiores detalhes da teoria crítica de Waldron acerca da jurisdição constitucional, ver o excelente trabalho de BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 134/146. Conrado Hübner Mendes também realiza ótimo trabalho de análise da teoria de Waldron em MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 81/110.

<sup>113</sup> WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, vol. 115, 2006, p. 1356.

<sup>114</sup> *Ibid.* p. 1353.

<sup>115</sup> *Ibid.* p. 1360.

<sup>116</sup> *Ibid.* 1404.

<sup>117</sup> LIPKIN, Robert Justin. Which Constitution? Who decides? The problem of judicial supremacy and the interbranch solution. *Cardozo Law Review*, v. 28, n.3, p. 1056-1132, 2006.

trabalho, pois o autor expressamente sustenta a tese de que a adoção pelo sistema norte-americano da possibilidade da correção legislativa de decisões da Suprema Corte poderia ser a solução para os problemas de ordem democrática gerados pela *judicial review*.

Para o autor, uma democracia republicana até admite que as decisões adotadas pelo eleitorado possam ser objeto de filtros que reflitam criticamente as decisões adotadas pela maioria. A *judicial review* pode ser encarada como um desses filtros, porém a consideração de que o Judiciário seria o árbitro definitivo dos conteúdos constitucionais implicaria em afirmar a ausência de *accountability*<sup>118</sup> do mencionado poder, circunstância incompatível com a democracia republicana,<sup>119</sup> que necessariamente traz em seu centro a idéia de respeito às decisões populares.

Com o escopo de superar o impasse formado, o autor não aposta em soluções internas relacionadas ao poder judicial (como a doutrina da *judicial self restraint*), mas sim na solução externa relativa à possibilidade da correção legislativa da jurisprudência empreendida pelo Congresso. Assim, embora não sustente a extinção da *judicial review*, o autor apresenta a correção legislativa como instrumento legítimo para que o povo ocupe a posição de árbitro final dos significados constitucionais.<sup>120</sup> Vale destacar que Lipkin deixa claro que uma das razões principais que justificam a solução da *congressional override* para superar entendimentos jurisprudenciais consiste na intensa dificuldade relativa ao processo de emenda à Constituição norte-americana.<sup>121</sup> Para o autor, a possibilidade da correção legislativa forçaria a população a se envolver mais com os debates em torno da formação dos conceitos constitucionais, contribuindo para que a Constituição de certa forma voltasse às suas raízes populares.<sup>122</sup> Lipkin lista uma série de motivos que justificam a limitação da *judicial review*, ao invés de sua extinção. Um dos motivos principais consiste no reconhecimento de que a argumentação judicial possui um valor em si.<sup>123</sup>

---

<sup>118</sup> Ibid. p. 1064-1065.

<sup>119</sup> Ibid. p. 1056.

<sup>120</sup> Ibid. p. 1059

<sup>121</sup> Ibid. p. 1080.

<sup>122</sup> Ibid. p. 1121.

<sup>123</sup> Ibid. p. 1110

Segundo o autor, é possível vislumbrar duas concepções de correções legislativas: uma em sentido forte e outra em sentido fraco. Em sentido fraco, a correção legislativa autoriza o Congresso a editar a lei corretiva que pode ser derrubada posteriormente pela Suprema Corte. Já na versão forte, não haveria possibilidade da Suprema Corte invalidar a lei corretiva - neste caso o Congresso ocuparia a posição de árbitro final da questão.<sup>124</sup>

Para Lipkin, mesmo na versão fraca a correção legislativa possuiria méritos. Em primeiro lugar, destaca o papel do Congresso como um dos participantes do processo de construção dos significados constitucionais, rejeitando a noção de que os tribunais teriam o papel de intérprete exclusivo. Além disso, na hipótese do Congresso explicitar as razões da correção legislativa, para invalidar a lei corretiva, o Tribunal deveria tecer considerações acerca das razões do Legislativo de modo a justificar os motivos da rejeição da lei corretiva. Neste sentido, estaria formado um diálogo entre o Congresso e o Judiciário.<sup>125</sup> Lipkin sustenta que tal modelo não foi seguido pela Suprema Corte nos dois casos já mencionados de correção legislativa: *United States v. Eichamn* e *City of Boerne v. Flores*. Nestes casos, a corte invalidou as leis corretivas baseada somente na consideração de que as mesmas divergiam do entendimento já fixado pela corte nos precedentes que geraram a correção legislativa.<sup>126</sup>

Como já aduzido, no modelo de correção legislativa forte, o legislativo poderia editar ato normativo para superar entendimento jurisprudencial que não poderia ser invalidado pelo Tribunal. Lipkin levanta uma série de questões que fatalmente seriam formuladas em decorrência da adoção do modelo, tais como: quem poderia propor a correção legislativa; qual o *quorum* necessário para a aprovação; se o Congresso poderia revogar uma lei corretiva de forma a restabelecer o entendimento jurisprudencial que se pretendeu superar. Lipkin não procura responder cada uma das questões ventiladas, preferindo investir em tecer considerações acerca de como a idéia da correção legislativa poderia funcionar em situações concretas já ocorridas na história das decisões judiciais da Suprema Corte.

---

<sup>124</sup> Ibid. 1112

<sup>125</sup> Ibid. p. 1113.

<sup>126</sup> Ibid. p. 1113.

Assim, o autor critica a postura adotada pela Suprema Corte ao invalidar o *Flag Protection Act* em *United States v. Eichamn*, pois na hipótese a corte ignorou a condição do Congresso de intérprete legitimado da Constituição. Lipkin vislumbra a possibilidade de um cenário diferente para tal decisão. Neste caso, a corte analisaria a constitucionalidade do FPA sob uma ótica que valorizasse mais o aspecto institucional do que o aspecto da interpretação constitucional. Ainda que a corte considerasse que objetivamente a melhor solução interpretativa seria considerar que a proteção da liberdade de expressão admite a queima da bandeira nacional, a corte poderia reconhecer a constitucionalidade do FPA.<sup>127</sup> Tal decisão estaria baseada no argumento de que ele representou uma correção legislativa que seria compatível com a noção de uma democracia republicana, na qual a questão institucional acerca de quem decide o conteúdo de uma cláusula constitucional prevalece em relação às questões de natureza interpretativa.<sup>128</sup>

#### 1.3.4.2 Críticas de ordem institucional à supremacia judicial

A *judicial review* e, por derivação, a doutrina da supremacia judicial, tem sofrido nos últimos tempos críticas que não concentram argumentos na questão democrática já de longa data debatida pela doutrina norte-americana, mas sim em aspectos ligados ao próprio caráter institucional do Judiciário e de sua relação com os demais poderes.

Nesta linha, é verdadeiramente paradigmático o artigo “ Interpretation and Institutions”<sup>129</sup>, de Cass Sunstein e Adrian Vermeule. O objetivo principal do trabalho é advertir para a circunstância de que as diversas teorias formuladas acerca da interpretação das leis em geral e da Constituição frequentemente ignoram o aspectos e eventuais limitações de ordem institucional, que se manifestam não

<sup>127</sup> Ibid. p. 1119.

<sup>128</sup> As críticas de Lipkin à supremacia judicial foram novamente debatidas em estudo mais recente. LIPKIN, Robert Justin. We are all judicial activists now. *Univeristy of Cincinnati Law Review*, v. 77, 2008, p. 181-232.

<sup>129</sup> SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Michigan Law Review*, vol. 101, p. 885/951, 2003.

apenas em relação ao órgão que promove a interpretação (como o Judiciário), mas também no que se refere à relação dinâmica entre os poderes e aos efeitos sistêmicos que a interpretação pode ocasionar.<sup>130</sup>

Uma das conseqüências da desconsideração do aspecto institucional na atividade de interpretação consiste em produzir uma visão idealizada do intérprete - especialmente do juiz - que não corresponde às limitações reais que o juiz pode revelar no caso concreto.<sup>131</sup> Desta forma, para os autores, qualquer teoria de interpretação do Direito deve considerar o aspecto da capacidade institucional e os efeitos dinâmicos da interpretação, sob pena de ser incompleta.<sup>132</sup>

Para efeito da análise do tema em exame - correção legislativa da jurisprudência - é de grande revelo mencionar a tese desenvolvida pelos autores acerca da influência dos aspectos institucionais na determinação da chamada " first-best theory" , ou seja, a teoria escolhida pelo intérprete como a melhor para a solução da questão a ser interpretada.

Sunstein e Vermeule sustentam que os problemas de ordem interpretativa não podem ser solucionados somente a partir da escolha espontânea da melhor teoria pelo intérprete, pois as considerações de ordem institucional devem influenciar tal escolha. E em determinadas situações, os aspectos de ordem institucional podem indicar que o melhor caminho seja o intérprete deixar de adotar a melhor teoria em prol de uma teoria de qualidade teoricamente inferior que venha a atender os aspectos institucionais de forma mais adequada. Muitas vezes, a simples consideração dos aspectos institucionais já poderia ser suficiente para decidir o caso em debate, sem que seja necessário escolher a teoria interpretativa subjacente, pois pessoas de correntes teóricas distintas poderiam concordar com a solução adotada apenas por força dos argumentos de ordem institucional.<sup>133</sup>

---

<sup>130</sup> Ibid. 950/951.

<sup>131</sup> Ibid. p. 904.

<sup>132</sup> Ibid. p. 888.

<sup>133</sup> Ibid. p. 904. No direito brasileiro, Vanice Lírio do Valle resumiu de forma muito feliz o pensamento dos autores acerca do ponto, valendo ser destacado o seguinte trecho: " Em verdade, a construção de SUNSTEIN e

VERMEULE tem muito do pragmatismo americano (a expressão aqui se usa no seu sentido vulgar), e trabalha com um conceito importado das ciências econômicas, a saber, a existência - e necessária consideração como alternativa aceitável - não só de uma solução que seja a de qualidade máxima (*first best solution*), mas também

de uma opção que, ainda que não de qualidade máxima, possa oferecer uma composição ao tema/conflito que melhor concilie outros valores que não de ser igualmente ponderados, como a construção de consenso em torno

Um dos exemplos fornecidos por Sunstein e Vermeule de aplicação de tal raciocínio ocorreria exatamente nas hipóteses de interpretações judiciais que poderiam gerar *correções legislativas* no futuro. A questão levantada pelos autores é relativa à possibilidade de que investigações empíricas buscassem responder se determinada decisão judicial que adotasse uma perspectiva formalista produzisse um resultado manifestamente equivocado seria ou não corrigida pelo Legislativo e qual seriam os custos<sup>134</sup> desta atividade legislativa. Além disso, a teoria de interpretação adotada pelo Judiciário poderia em tese variar de acordo com o grau de atenção que o Congresso empresta a determina matéria objeto da decisão judicial. Matérias que o Congresso não costuma prestar muita atenção (na qual a possibilidade de correção legislativa seria menor) poderiam justificar uma teoria menos formalista. Já matérias em que o Congresso demonstra atenção poderiam justificar decisões de cunho mais formalista.<sup>135</sup>

#### 1.4 A doutrina do diálogo constitucional

As razões expostas anteriormente demonstram que a adoção da supremacia judicial não significa a assunção da idéia de que a atuação judicial de interpretação da Constituição na *judicial review* seria um processo que sufocasse por completo o poder das maiorias democráticas de condução das políticas de um país.

---

da hipótese problemática e da escolha aventada, a otimização dos custos envolvidos nessa mesma atividade de superação dos impasses, a harmonização entre os agentes envolvidos não só na sua formulação como também na sua execução em concreto etc.” In: “Constitucionalismo americano e a incorporação teórica dos *separation of power games*.” VALLE, Vanice Lírio do. *Constitucionalismo americano e a incorporação teórica dos separation of power games*. In: *Teoria da Mudança Constitucional*. Sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa. Duarte, Fernanda; Vieira, José Ribas. (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 6/8.

<sup>134</sup> Neste ponto, vale salientar que Vanice Lírio do Valle traz observação pertinente que o termo “custo” no contexto não é necessariamente o custo financeiro, mas sim o custo da própria correção legislativa empreendida pelo Congresso: “A referência a custo – expressão que normalmente determina um récuo de suspeita em relação aos estudiosos do Direito – em verdade se dá em uma dimensão maior do que o custo financeiro, compreendendo em verdade o custo social decorrente de uma *eventual futura intervenção corretiva de parte do Legislativo, por exemplo, para superar (pela edição de lei nova) um equívoco jurisdicional de construção exegética*, ou ainda, o custo também social da provocação de um dissenso no seio da sociedade tendo em consideração uma decisão afastada dos anseios ou princípios retores, ou consensuados nessa mesma coletividade.” (grifo nosso) Ibid. Nota de rodapé

167.

<sup>135</sup> No trecho em que tais idéias são desenvolvidas, os autores sugerem que estudos empíricos sejam desenvolvidos para comprovarem tais teorias, e mencionam como contribuição neste sentido um dos mais importantes artigos escritos nos Estados Unidos sobre a correção legislativa da jurisprudência, que será objeto de análise mais aprofundada posteriormente. O artigo é *Overriding Supreme Court statutory decisions*. *Yale Law Journal*, 101 (2), 1991, p. 331-417, de William N. Eskridge Jr.

Da mesma forma, as críticas à supremacia judicial, embora ressaltem o papel do Legislativo como intérprete legitimado (ou o mais legitimado) da Constituição ou ainda apontem limitações de ordem institucional à atividade judicial não resultam necessariamente no completo afastamento das instâncias judiciais do processo de interpretação constitucional.

Tais conclusões levam à possibilidade de investir no desenvolvimento de uma teoria que possa oferecer uma espécie de *terceira via* à doutrina da separação judicial e à doutrina da prevalência do Legislativo em matéria de interpretação constitucional. No constitucionalismo contemporâneo, a doutrina do diálogo constitucional parece ser a melhor alternativa capaz de atingir tal objetivo.

#### 1.4.1 A doutrina do diálogo constitucional no direito canadense

O marco do desenvolvimento da teoria do diálogo constitucional no Canadá costuma ser apontado como sendo a publicação, em 1997, de artigo de Peter W. Hogg e Allison Bushell.<sup>136</sup> O estudo tinha como escopo analisar as implicações da *judicial review* em relação aos dispositivos contidos na denominada *Charter of Rights*<sup>137</sup>, promulgada em 1982 e que continha a declaração de direitos fundamentais daquele país.

Neste estudo, foi desenvolvida a idéia de que a *judicial review* exercida com fulcro nas disposições da *Charter* estaria legitimada. Destacou-se que, em diversas decisões declaratórias de inconstitucionalidade de leis que teriam violado a *Charter*, os julgados da Suprema Corte deixavam espaços para que o Legislativo editasse novas leis para o atingimento da política pretendida pela lei considerada

---

<sup>136</sup> HOGG, Peter W.; BUSHELL, ALLISON A..The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the Charter isn't such a bad thing after all). *Osgoode Hall Law Journal*, v. 35, n.1, p. 75-124, 1997.

<sup>137</sup> Para uma análise histórica do desenvolvimento do Direito Constitucional no Canadá e da *judicial review*, ver HOGG, Peter W.. Canada: From privy council to Supreme Court. In: *Interpreting Constitutions: a comparative study*. Goldsworthy, Jeffrey. (ed.). Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 55-105. Neste estudo, é destacada a circunstância de que a promulgação da "Charter of Rights" em 1982 provocou o incremento significativo da *judicial review* naquele país. p. 58.

inconstitucional. Tal circunstância propiciava a formação de um diálogo entre Legislativo e Judiciário acerca da melhor forma de adaptar a política pretendida aos direitos consagrados na *Charter*.<sup>138</sup>

Uma das conclusões mais relevantes desta tese é a de que o Judiciário não teria necessariamente a última palavra em matéria de interpretação constitucional, pois integraria juntamente com as casas legislativas um diálogo público com o escopo de definir a melhor forma de compatibilizar as políticas pretendidas pelo Governo com os direitos garantidos pela *Charter*, havendo espaço portanto para que o Legislativo editasse novas leis com o intuito de superar a decisão judicial.<sup>139</sup>

Ainda de acordo com o estudo de Peter W. Hogg e Allison Bushell, a teoria do diálogo constitucional é reforçada pelo conteúdo de dois dispositivos da *Charter of Rights*. O primeiro consiste na seção no. 1, que foi interpretada pela Suprema Corte do Canadá no sentido de estabelecer que uma lei somente viola os direitos contidos na *Charter* na hipótese de não satisfazer dois requisitos: 1) falta de demonstração da existência de interesse suficientemente importante para limitar os direitos; 2) não demonstração de que a medida é adequada ao atingimento do fim e de que houve a menor ingerência no direito protegido, além da circunstância de que os efeitos da medida seriam proporcionais aos objetivos almejados pela lei.<sup>140</sup>

O segundo dispositivo que contribuiria para a afirmação da teoria do diálogo constitucional seria o contido na seção 33 da *Charter*, conhecido como *override clause* ou *notwithstanding mechanism*. Ele permite que o Parlamento adote uma cláusula que afirme a validade de atos normativos mesmo na hipótese de contrariarem alguns dispositivos expressamente indicados na *Charter*. O mecanismo somente pode durar durante cinco anos, sendo admitida a prorrogação por uma vez.<sup>141</sup>

---

<sup>138</sup> Ibid. p. 101.

<sup>139</sup> TREMBLAY, Luc B.. The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures. *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, n. 4, p. 617-648, 2005, p. 617. e LECLAIR, Jean. Judicial review in canadian constitutional law: A brief overview. *The George Washington International Law Review*, v. 36, n. 3, p. 543-555, 2004, p. 548.

<sup>140</sup> Tais parâmetros foram estabelecidos no precedente *R. v. Oakes* (1986) 1 S.C.R 138-140, conforme destacado por Jean Leclair, op. cit, p. 548

<sup>141</sup> Charter of Rights, section 33, 3-4.

A teoria do diálogo constitucional teve boa acolhida no âmbito da Suprema Corte do Canadá, tendo sido referida expressamente em alguns julgados, tais como *Vriend v. Alberta*<sup>142</sup>. Já em *R. v. Mills*<sup>143</sup>, a Suprema Corte utilizou a doutrina do diálogo constitucional para reconhecer a validade de lei que contrariava parâmetros adotados pela própria corte em precedente anterior (*R. v. O'Connor*<sup>144</sup>) acerca da matéria.

É certo que, na própria doutrina canadense, a teoria do diálogo constitucional sofre críticas. Nesta linha, Luc Tremblay defende a tese de que a relação entre o Judiciário e o Parlamento não pode ser entendida como sendo um autêntico diálogo, pois os juízes necessariamente precisam adotar suas decisões com base em suas próprias convicções e não com base na deferência a outros órgãos do Governo, tais como o Parlamento. Disso resulta que a interpretação final dos dispositivos constitucionais necessariamente caberá aos juízes.<sup>145</sup>

Crítica semelhante é formulada por Jean Leclair, que entende ser a doutrina do diálogo tal como proposta pela Suprema Corte do Canadá dificilmente compatível com a própria noção de separação de poderes, que, em benefício da proteção da liberdade dos cidadãos, estaria baseada muito mais na idéia de *oposição* entre os poderes do que no ideal de *cooperação* característico da teoria do diálogo.<sup>146</sup>

Em obra já mencionada, Mark Tushnet também tece considerações críticas acerca da experiência constitucional canadense. O autor afirma que quando em determinado sistema se observa que o legislativo reverte de forma freqüente as decisões adotadas na *judicial review*, em verdade estar-se-ia diante de um regime de supremacia parlamentar disfarçado. Ao revés, se determinado sistema prevê a possibilidade formal de o legislativo superar entendimentos adotados na *judicial review*, porém tal prerrogativa é exercida apenas em casos muito raros, estar-se-ia

---

<sup>142</sup> 1. S.C.R. 493 (1998).

<sup>143</sup> 3. S.C.R. 668 (1999)

<sup>144</sup> 4. S.C.R. 411 (1995)

<sup>145</sup> TREMBLAY, Luc B.. The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures. *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, n. 4, p. 617-648, 2005, p. 636.

<sup>146</sup> LECLAIR, Jean. Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien. *Revue du Barreau du Québec*, no. esp., p. 377-420, 2003.

diante de um sistema de *judicial review* forte. Esta última hipótese, segundo Tushnet, caracterizaria melhor o sistema canadense atual.<sup>147</sup>

Com efeito, embora haja a possibilidade formal de o legislativo adotar o dispositivo da seção 33 da *Charter*, o custo político que a adoção deste mecanismo causaria acaba desencorajando o legislativo a fazê-lo, especialmente há hipótese da *judicial review* ter especificado o conteúdo de um determinado direito. Tanto é assim que o governo nacional do Canadá nunca invocou a norma da Seção 33 e há naquele país certa convenção não formal de que o dispositivo não deve ser usado.<sup>148</sup> Analisando a história da inclusão da Seção 33 na *Charter* de 1982, Tushnet menciona que sua inclusão foi motivada com o intuito de assegurar a aprovação da *Charter* por correntes políticas que temiam o enfraquecimento do legislativo e do poder das províncias (especialmente a do Quebec) com a consagração de direitos em um documento formal.

#### 1.4.2 A doutrina do diálogo constitucional no direito norte-americano

A expressão “ diálogo constitucional” começou a ganhar destaque no cenário norte-americano com a publicação em 1988 da obra de Louis Fisher, *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*.<sup>149</sup> Nesta obra, o autor desenvolve a idéia de que a interpretação constitucional não é uma responsabilidade apenas dos juízes da Suprema Corte norte-americana, sendo um processo político que envolve também os demais poderes do Estado e o público em geral.<sup>150</sup>

<sup>147</sup> TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights: Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2008. , p. 47

<sup>148</sup> Ibid. p. 59. Também destacando que a cláusula é praticamente não utilizada na prática constitucional canadense, WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, vol. 115, p. 1346-1406, 2006, p. 1356. LAJOIE, André; BERGADA, Cécile; GÉLINEAU, Éric. Legislatures as constitutional interpretation: Another dialogue. In: *The least examined branch: the role of legislatures in the constitutional state*. BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi. (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 385/395.

<sup>150</sup> HARRIGER, Katy J.. Cues and miscues in the constitutional dialogues. *The Review of Politics* v. 60, n. 3, 1998, p. 497. Em trabalho mais recente, Louis Fisher ratifica a idéia de que a interpretação dos termos constitucionais é um processo continuado que envolve os diversos atores políticos do país, buscando desconstruir a noção de que os significados da Constituição são o resultado apenas dos pronunciamentos judiciais. FISHER, Louis. Judicial finality or an ongoing colloquy ? In: *Making policy, making law: an interbranch perspective*. MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb. (ed.). Washington, D.C.: Georgetown University Press, p. 153-169, 2004. p. 153-169.

Em trabalho mais recente, Fisher ratifica tal teoria, mencionando que na própria obra clássica de Bickel já seria possível vislumbrar a defesa de um perfil da jurisdição constitucional mais aberto ao diálogo com os outros poderes.<sup>151</sup> Fisher critica explicitamente a idéia adotada por Schauer e Alexander no artigo já mencionado no presente estudo<sup>152</sup>, de que a supremacia judicial seria um método de assegurar a estabilidade na interpretação constitucional, pois a história demonstra que o fato da Suprema Corte ter decidido determinado tema não o retira do âmbito do debate político nacional. Na verdade, a estabilidade da interpretação dos dispositivos constitucionais só seria realmente assegurada por meio de um processo de interpretação compartilhada entre os poderes.

A doutrina da supremacia judicial, de acordo com Fisher, teria sido encorajada por posturas adotadas pelo próprio Congresso, que nas últimas décadas teria de certa forma incorporado erroneamente à idéia de que a Suprema Corte teria a última palavra em matéria constitucional, de forma que apenas nas matérias de âmbito infraconstitucional o Congresso poderia atuar de maneira mais independente.<sup>153</sup> Desta forma, haveria certa divisão de tarefas de forma que os assuntos constitucionais teriam sua resolução definitiva no âmbito da Suprema Corte enquanto os assuntos legais seriam resolvidos no Legislativo. Fisher afirma que a história constitucional norte-americana não autoriza tal divisão artificial de tarefas.

Outro autor norte-americano que desenvolveu a idéia de diálogo para a compreensão do processo de interpretação constitucional foi Barry Friedman.<sup>154</sup> Buscando superar os questionamentos recorrentes acerca da legitimidade democrática da *judicial review*, o autor advoga a noção de que a interpretação dos dispositivos constitucionais, especialmente dos direitos fundamentais, também deve ser desenvolvida por intermédio de um contínuo diálogo entre os três poderes. Neste

---

<sup>151</sup> FISHER, Louis. Interpreting the Constitution: more than what the Supreme Court says," *Extensions*. Carl Albert

Congressional Research and Studies Center, University of Oklahoma, 2008.

<sup>152</sup> SCHAUER, Frederick; ALEXANDER, Larry. On extrajudicial constitutional interpretation. *Harvard Law Review*, v. 110, p. 1359-1387, 1997.

<sup>153</sup> Em sentido semelhante, destacando que a postura do Congresso de excessiva timidez em relação às questões constitucionais contribuiu para o avanço da Suprema Corte na declaração de inconstitucionalidade das leis, DEVINS, Neil. Congress as Culprit. How lawmakers spurred on the court's anti-congress crusade. *Duke Law Journal*, v. 51, 2001, p. 435-464.

<sup>154</sup> FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. *Michigan Law Review*, vol. 91, n. 4, p. 577/562, 1993.

processo de diálogo, a Suprema Corte desfruta de uma posição de importância (especialmente como incentivadora do diálogo), mas não de exclusividade. A Corte não funciona como um mero órgão que declara direitos, mas sim como um integrante do diálogo público com outros poderes em um processo de definição e redefinição contínua dos direitos.

Exemplificando a forma como a visão do diálogo poderia funcionar na prática, Friedman fornece o exemplo das decisões adotadas pela Suprema Corte na polêmica envolvendo a liberdade de expressão e a queima da bandeira nacional, que envolveu uma hipótese de correção legislativa da jurisprudência, conforme já mencionado.

Logo após a primeira decisão da Suprema Corte sobre o tema, adotada em *Texas v. Johnson*, havia o sentimento generalizado de que a posição da corte contrariava a opinião pública geral do povo norte-americano, tanto que o Congresso editou o *Flag Protection Act*, invalidado pela Suprema Corte em *United States v. Eichamn*. Após a segunda decisão da Suprema Corte, houve tentativas frustradas no Congresso no sentido de adotar uma emenda constitucional para reverter o entendimento da corte. Uma justificativa apontada por Friedman que possivelmente explicaria tal fracasso seria exatamente a constatação de que, após o desenvolvimento do diálogo entre a Corte e o Legislativo, parcela da população que antes negaria a noção de que a liberdade de expressão incluiria a possibilidade de queimar a bandeira nacional pode ter refletido melhor acerca do tema e constatado que a Suprema Corte tinha razão ao adotar a postura de proteção ao direito.

Friedman rejeita a idéia de que a teoria do diálogo constitucional, ao reconhecer que a Suprema Corte seria apenas mais uma das parceiras do diálogo, conduziria ao perigo de que a Corte pudesse adotar decisões sem qualquer tipo de limite. Na verdade, para Friedman, o reconhecimento de que o juiz opera *dentro* do sistema do diálogo constitucional (no qual outros atores também participam) já impõe por natureza limites à sua atuação, pois reconhece que a atividade da *judicial review* é exercida dentro de um sistema político, não estando destacada do mesmo.

Outro autor que advoga posição muito próxima aos postulados da doutrina do diálogo constitucional é Abner S. Greene, que questiona as considerações desenvolvidas por Schauer e Alexander nos estudos já mencionados acerca da obrigatoriedade dos outros poderes seguirem necessariamente a interpretação fixada pela Suprema Corte em matéria constitucional. Para o autor, a própria estrutura constitucional norte-americana sugere o reconhecimento de “ múltiplos repositórios de poder” , sendo a *judicial review* apenas um destes. O reconhecimento de que os outros poderes necessariamente deveriam seguir sempre a interpretação constitucional fixada pela Suprema Corte implicaria em uma concentração de poder indesejada pela própria estrutura constitucional.<sup>155</sup>

Greene sustenta que a visão dialógica da interpretação constitucional é bem mais compatível com o reconhecimento de que a Constituição consagra o sistema de múltiplos repositórios de poder.<sup>156</sup> A visão do diálogo cumpriria outra importante função que seria propiciar mecanismos de *desafio* a decisões da Suprema Corte que sejam equivocadas. Do contrário, apenas dois caminhos seriam possíveis para reverter decisões equivocadas: o difícil caminho (no direito norte-americano) da emenda constitucional ou a possibilidade da própria Corte superar seu entendimento (*overruling*). Ocorre que o segundo caminho se torna bastante difícil se os outros poderes não adotarem a postura de desafiar os entendimentos jurisprudenciais considerados equivocados.<sup>157</sup>

A idéia do diálogo constitucional também produziu ecos importantes em trabalhos recentes da ciência política norte-americana, nos quais foram destacadas as interações contínuas entre os poderes em matérias de ordem constitucional, bem como em temas infraconstitucionais.

Nesta linha, destaca-se a doutrina de Jeb Barnes, que a partir de uma nova leitura da visão tradicional da separação de poderes, introduz a noção de que as definições sobre os diversos temas em debate na seara política decorrem de um

---

<sup>155</sup> GREENE, Abner S.. Against interpretive obligation (to the Supreme Court). *Fordham Law Review*, v. 75, p. 1661-1670, 2006.

<sup>156</sup> Ibid. p. 1665.

<sup>157</sup> Ibid. p. 1666.

processo de interação contínua entre os poderes.<sup>158</sup> Barnes destaca que o modelo tradicional de separação de poderes poderia levar à conclusão de que o Legislativo possui a supremacia em relação ao processo político em geral. Esta supremacia é justificada pela defesa da chamada premissa majoritária, que entende caber ao Legislativo tal supremacia em razão do mesmo ser composto por membros eleitos democraticamente, ao contrário do que ocorre com o Judiciário. Nesta linha, surge a conhecida expressão de Bickel acerca da dificuldade contra-majoritária que a *judicial review* experimenta, pois trata-se de decisão adotada por agentes não eleitos que podem contrariar a premissa majoritária.<sup>159</sup>

Prosseguindo, Barnes salienta que a idéia de que o Legislativo seria um poder mais democrático em função da eleição de seus membros já foi questionada por diversos estudiosos. Na ciência política, os adeptos da “public choice”, por exemplo,

defendem a idéia de que os membros do Congresso buscam maximizar seus próprios interesses políticos e estão sujeitos à pressão dos grupos sociais organizados, não representando a vontade geral da população. O autor procura não ingressar em polêmicas do gênero e prefere afirmar que a eleição do Congresso constitui um dos ingredientes da democracia norte-americana, que é composto por outros fóruns de debates – incluindo o Judiciário. Este não deve ser visto, portanto,

como uma exceção ao regime democrático apenas pelo fato de que seus membros não são eleitos. Todos os poderes compõem, em conjunto, a democracia norte-americana.<sup>160</sup>

O próprio sistema de freios e contrapesos que caracteriza a separação de poderes na Constituição americana já demonstra que a disposição de que o poder de definição sobre a forma de regular determinado tema não seja adjudicado a um único poder, mas sim dividido entre os vários poderes que devem interagir de forma contínua.<sup>161</sup> O autor questiona, desta forma, se a regra majoritária deve mesmo ser considerada tão importante na análise da relação entre os poderes, na medida em

---

<sup>158</sup> BARNES, Jeb. Adversarial legalism, the rise of judicial policymaking, and the separation-of-powers doctrine. In: *Making policy, making law: an interbranch perspective*. MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb. (ed.). Washington, D.C.: Georgetown University Press, 2004.

<sup>159</sup> Ibid. p. 42.

<sup>160</sup> Ibid. p. 43-44

<sup>161</sup> Ibid. p. 47.

que a Constituição norte-americana possui diversos mecanismos que buscam exatamente combater uma possível “ tirania da maioria” .

O reconhecimento de que o processo de decisão política deva resultar da interação entre os poderes significa que: 1) há diversos pontos de acesso aos grupos sociais interessados que pretendem fazer prevalecer seus argumentos na esfera política; 2) é reduzida a possibilidade de ser adotada uma decisão unilateral de um poder; e 3) o consenso público acerca de determinada questão tende a ser moldado pela interação contínua dos poderes, que trocam experiências entre si.<sup>162</sup>

Assentada a tese de que o modelo tradicional de separação de poderes merece ser repensado, Barnes procura investigar quais os parâmetros devem ser utilizados para avaliar a qualidade do processo de interação entre os três poderes. Conclui no sentido de que tal avaliação deve necessariamente buscar responder se tal processo de interação efetivamente promove a proteção de alguns valores básicos da democracia norte-americana, tais como o incentivo da participação das diversas opiniões no processo de deliberação coletiva acerca de determinado tema.<sup>163</sup>

Em outro artigo, efetuado em conjunto com Mark. C. Miller, Barnes reforça a noção de que nenhum dos poderes deveria ser reconhecido como dominante no que se refere ao processo de elaboração e concretização das leis em geral. O que se verifica na prática é que há um diálogo constante entre as instituições de forma a moldar as soluções para determinado tema. Em diversas ocasiões, este diálogo entre as instituições resulta em um ganho considerável de qualidade do próprio processo democrático, na medida em que seja aberto à participação dos diversos grupos interessados na solução das questões debatidas.<sup>164</sup>

---

<sup>162</sup> BARNES, Jeb. Adversarial legalism, the rise of judicial policymaking, and the separation-of-powers doctrine. In: *Making policy, making law: an interbranch perspective*. MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb. (ed.). Washington, D.C.: Georgetown University Press, 2004, p. 47.

<sup>163</sup> Ibid. p. 48

<sup>164</sup> BARNES, Jeb; Miller, Mark C.; Governance as dialogue. In: *Making policy, making law: an interbranch perspective*. MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb. (ed.). Washington, D.C.: Georgetown University Press, 2004. p. 202/207. Em trabalho mais recente, Jeb Barnes ratifica as considerações explicitadas, no sentido de que a análise das decisões da Suprema Corte não pode ser feita por meio de uma perspectiva isolada mas sim considerando sua integração em um sistema político abrangente que engloba a participação dos outros poderes na formulação e definição dos temas políticos em debate na sociedade norte-americana. BARNES, Jeb. Bringing the courts back in: interbranch perspectives on the role of courts in american politics and policy making. *Annual Review of Political Science*. v. 10, p. 25-43, 2007.

Neste cenário, a questão principal não deve ser definir qual dos poderes possui o papel de protagonista no processo de construção da legislação, pois já foi assentado que tal processo é o resultado da interação entre os diversos poderes. A questão é saber em que medida este diálogo entre os poderes serve ou não de forma satisfatória para proteger valores democráticos como a participação popular e a responsividade política das instituições.<sup>165</sup>

A questão, portanto, é saber se o diálogo travado entre os poderes: 1) são abertos à efetiva participação de todos os grupos interessados ou se o debate é restrito aos interessados de maior poderio econômico; 2) resultam em um clima belicoso entre os poderes ou em um clima de busca do consenso; 3) resultam em equilíbrio que produz entendimentos estáveis ou em desequilíbrio que produz insegurança; 4) conduz à eficiência.<sup>166</sup>

Outro autor da ciência política norte-americana que desenvolveu importante trabalho que pretende entender as interações entre Judiciário e Legislativo na interpretação constitucional é J. Mitchell Pickerill.<sup>167</sup>

Pickerill procura desmistificar um entendimento comum de que quando o Judiciário, no exercício da *judicial review*, reconhece a inconstitucionalidade de uma lei, a matéria em questão teria sido definitivamente decidida, ou seja, que a *judicial review* representaria o fim do debate acerca da questão. A experiência mostra, contudo, que tal afirmativa não é exata, pois é possível imaginar diversas possibilidades de reação do Legislativo contra a decisão judicial, desde a edição emendas constitucionais até a edição de uma nova lei que pretenda implementar política semelhante à da lei declarada inconstitucional, porém com a observância dos parâmetros definidos na decisão judicial que seriam capazes de compatibilizá-la com o texto constitucional.<sup>168</sup>

---

<sup>165</sup> Ibid. p. 206

<sup>166</sup> Ibid. p. 206/207.

<sup>167</sup> PICKERILL, J. Mitchell. *Constitutional deliberation in congress*. Duke: Duke University Press, 2004.

<sup>168</sup> Ibid. p. 24.

Segundo Pickerill, os estudos que tratam das respostas do Congresso às decisões judiciais muitas vezes superestimam as hipóteses de correções legislativas (ou seja, leis que pretendem repelir o precedente jurisprudencial), não atentando para a circunstância de que em significativas situações o Congresso procura fazer concessões aos parâmetros estabelecidos pelo Judiciário, modificando a lei que foi objeto da *judicial review* para acomodar as preferências judiciais sobre o tema.<sup>169</sup> Assim, segundo imagem simbólica bastante interessante, Pickerill defende que a *judicial review* não seria necessariamente um bloqueio à atividade legislativa, funcionando mais como um redutor de velocidade ou um desvio do projeto inicial da legislação.

Assim, de forma exemplificativa, por intermédio de levantamento de dados empíricos que buscaram mapear as reações do Congresso à *judicial review* no período de 1954-1997, Pickerill aduz que em 38% dos casos não houve qualquer tipo de resposta à decisão judicial; e em 36% dos casos o Congresso alterou a lei para acomodar as preferências da Suprema Corte.<sup>170</sup>

Desta forma, uma das conclusões mais relevantes de Pickerill é a de que os membros do Congresso de forma geral não se preocupam em desafiar as decisões da Suprema Corte e sempre que possível buscam adaptar a legislação aos parâmetros fornecidos pelas decisões judiciais. Isto porque no cotidiano da política, argumentos de ordem constitucional não costumam fazer parte das considerações prioritárias dos parlamentares, ao contrário do que ocorre, naturalmente, na Suprema Corte. Tais constatações, todavia, não levam Pickerill a defender uma posição de supremacia judicial em relação à interpretação constitucional. Em verdade, o modelo defendido por Pickerill é o de uma *primazia judicial* na interpretação constitucional, em razão da circunstância de que a dinâmica das atividades políticas no Congresso não propiciaria que as questões constitucionais ocupassem uma posição de destaque, pois as questões de conveniência de políticas públicas seria a principal

---

<sup>169</sup> Ibid. p. 34. Em sentido semelhante, há importante estudo desenvolvido por Nancy C. Staudt, René Lindstädt e Jason O'Connor, que analisando dados empíricos relativos às decisões da Suprema Corte em matéria tributária no período de 1954-2005, concluiu que as correções legislativas representam parcela pequena das reações do Congresso, sendo bastante comum a aceitação do entendimento jurisprudencial e sua transformação em norma formal. STAUDT, Nancy C.; LINDSTÄDT, René; O'CONNOR, Jason. Judicial decisions as legislation: congressional oversight of Supreme Court tax cases, 1954-2005. *New York University Law Review*, v. 82, p. 1340-1402.

<sup>170</sup> Ibid. p. 42.

preocupação dos parlamentares. Não obstante, o Congresso não está exonerado de proceder às considerações de ordem constitucional, *sendo inclusive cogitada a possibilidade de reação legislativa às interpretações judiciais da Constituição*.<sup>171</sup>

Pickerill ressalta, por meio de dados empíricos, que o exercício da *judicial review* possui o efeito de forçar o Congresso a levar em consideração aspectos de interpretação constitucional quando da elaboração das leis. Tal conclusão de certa forma contraria o entendimento manifestado por alguns autores (dos quais Tushnet seria um exemplo, conforme já mencionado) que sustentam a idéia de que a atuação da *judicial review* desestimularia o Congresso a enfrentar as questões constitucionais com mais cuidado. Em outros termos, no processo legislativo, os parâmetros estabelecidos pela *judicial review* podem influenciar de forma decisiva a forma de elaboração das leis.<sup>172</sup>

Para exemplificar tal afirmação, Pickerill pesquisou dados relativos ao tema do federalismo no direito norte-americano. Concluiu no sentido de que enquanto perdurou no âmbito da Suprema Corte uma postura de significativa deferência judicial às decisões do Congresso, ou seja, de pouco exercício efetivo da *judicial review* (o que se verificou entre meados da década de 30 e início da década de 90), os debates constitucionais em torno da questão federalista praticamente desapareceram no âmbito do Congresso. Somente quando a Suprema Corte passou a exercer de forma mais atuante a *judicial review* (a partir da década de 1990) os debates constitucionais em torno do tema foram intensificados no âmbito do Congresso.<sup>173</sup>

---

<sup>171</sup> Ibid. p. 152/153.

<sup>172</sup> Ibid. p. 27.

<sup>173</sup> Ibid. p. 131. No mesmo sentido, WHITTINGTON, Keith E.; DEVINS, Neal; HICKEN, Hutch. The Constitution and congressional committees. In: *The least examined branch: the role of legislatures in the constitutional state*. BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi. (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 401.

## 1.5 Correção Legislativa da Jurisprudência e Supremacia Judicial no Direito Constitucional Brasileiro

Tendo analisado as principais correntes doutrinárias acerca do papel do Judiciário e do Legislativo como intérpretes da Constituição, cabe neste momento buscar compreender como tais teorias poderiam ser analisadas à luz do ordenamento constitucional brasileiro.

Para cumprir tal desiderato, podemos afirmar que o reconhecimento da força normativa da Constituição tornou-se uma idéia indiscutivelmente vitoriosa no ordenamento jurídico brasileiro após a promulgação da carta de 1988. Ademais, desde o início da vigência da Constituição, a jurisdição constitucional foi vista pela doutrina brasileira como o principal caminho que garantiria a consagração do postulado da supremacia da Constituição,<sup>174</sup> sendo inegável o sensível incremento da jurisdição constitucional<sup>175</sup> nos anos de vigência da atual Constituição.

Pode-se afirmar, portanto, que a partir da nova ordem constitucional inaugurada em 1988, a teoria da supremacia judicial na interpretação da Constituição surgiu como uma espécie de decorrência natural da combinação entre as noções de força normativa da Constituição e de jurisdição constitucional.

O próprio texto positivo da Constituição de 1988 fornece embasamento para a doutrina da supremacia judicial, ao estabelecer no art. 102, *caput*, que ao Supremo Tribunal Federal cabe, “ *precipualemente, a guarda da Constituição*” bem como a

---

<sup>174</sup> A associação entre as idéias da força normativa da Constituição e a jurisdição constitucional é uma noção amplamente consagrada pela doutrina brasileira contemporânea. A título exemplificativo, a lição de BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 84: “ A Constituição, portanto, é dotada de superioridade jurídica em relação

a todas as normas do sistema e, como conseqüência, nenhum ato jurídico pode subsistir validamente se for com ela incompatível. Para assegurar essa supremacia, a ordem jurídica contempla um conjunto de mecanismos conhecido como *jurisdição constitucional*, destinados a, pela via judicial, fazer prevalecer os comandos contidos na Constituição. Parte importante da jurisdição constitucional consiste no *controle de constitucionalidade*, cuja finalidade é declarar a invalidade e paralisar a eficácia dos atos normativos que sejam incompatíveis com a Constituição.” (grifos no original)

<sup>175</sup> Luís Roberto Barroso aponta como causa determinante da expansão da jurisdição constitucional no Brasil a ampliação do direito de propositura da ação direta de inconstitucionalidade. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 9, 2007, p.7 Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 7 dez. 2007.

alínea “ a” do mesmo dispositivo consagra a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade das leis.

Todavia, afirmar que o direito constitucional brasileiro consagra a doutrina da supremacia judicial não significa por óbvio concluir que o Legislativo não seja também legitimado para empreender a interpretação da Constituição. O reconhecimento do Legislativo como intérprete legitimado da Constituição constitui, como é intuitivo, um passo lógico para o reconhecimento no direito brasileiro da legitimidade da própria correção legislativa da jurisprudência, que nada mais é do que o um exercício interpretativo produzido pelo Legislativo em oposição ao entendimento judicial.

São variados os caminhos que justificam a legitimidade do Legislativo como intérprete constitucional no direito constitucional brasileiro. A importância do papel do Poder Legislativo como intérprete da Constituição ganha especial relevo pelo caráter nitidamente compromissório do texto constitucional de 1988, que procurou conciliar ideologias e projetos diversos e transferiu, de forma explícita ou não, significativa parcela do trabalho de densificação das normas constitucionais para o legislador futuro.<sup>176</sup>

É de interesse notar que na própria elaboração da teoria da constituição dirigente por Canotilho, que exerceu enorme influência na elaboração da Constituição de 1988 e na doutrina brasileira subsequente à sua promulgação, o

---

<sup>176</sup> O cenário de intensa participação das diversas forças políticas no processo constituinte que resultou no caráter compromissório da Carta de 1988 é destacado por diversos autores, como SARMENTO, Daniel. Daniel Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: *Livre e Iguais*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 180. Há trabalhos importantes da ciência política brasileira que buscam detalhar o cenário constituinte e ajudam a compreender melhor a razão do caráter compromissório e extremamente analítico do texto de 1988. Neste sentido, conferir SOUZA, Márcia Teixeira de. O Processo decisório na Constituição de 1988: práticas institucionais. *Lua Nova*, n. 58, p. 37-59, 2003. A autora demonstra no estudo que as divergências em torno da elaboração da Constituição já começaram na própria definição do modo de aprovação dos enunciados constitucionais. De início, prevaleceu a tese de ampla participação de todos os parlamentares na composição dos dispositivos constitucionais por intermédio de diversas comissões temáticas (sem adotar um texto base); após, a comissão de sistematização procurou dar maior unidade aos diversos dispositivos aprovados. Houve todavia a reação do bloco suprapartidário que ficou conhecido como “ Centrão” , que insurgiu-se contra o poder destacado da comissão de sistematização e conseguiu modificar as regras decisórias de forma a aumentar o poder do plenário constituinte, especialmente pelo instrumento do destaque de votação em separado. Desta forma, segundo a autora, “ o *modus faciendi* da Constituição de 1988 revelou-se particularmente atribulado em virtude da dificuldade de se articular um pacto nos termos de um projeto constitucional a ser protagonizado pelos partidos políticos.” Uma interessante análise teórica dos diferentes processos (e seus respectivos benefícios) que podem ser adotados para a feitura de uma Constituição foi desenvolvida por ELSTER, John. Legislatures as constituent assemblies. In: *The least examined branch: the role of legislatures in the constitutional state*. BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi. (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 181/197.

papel do Legislador foi bastante destacado, sendo tema central da teoria a necessidade do Legislativo adotar providências no sentido de dar cumprimento aos comandos constitucionais.<sup>177</sup> Para desempenhar esta tarefa, é evidente que o Legislador deveria ser considerado como um intérprete legitimado da Constituição.

Ressalte-se que o reconhecimento da legitimidade do Legislativo como intérprete da Constituição compõe o núcleo central de um dos mais relevantes princípios de interpretação constitucional que é o da presunção de constitucionalidade das leis, pelo qual o Judiciário só deve declarar a inconstitucionalidade de uma lei se houver manifesta contrariedade ao texto constitucional.<sup>178</sup>

Vale ressaltar ainda que, no Brasil, há pelo menos dois argumentos de direito constitucional positivo em favor da legitimidade da atividade interpretativa do legislador e, por conseqüência, da viabilidade da correção legislativa da jurisprudência.

Em primeiro lugar, o art. 102, §2º da Constituição da República, ao dispor sobre os destinatários do efeito vinculante das decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade e em ação declaratória de constitucionalidade, omite o Poder Legislativo. Desta forma, não há impedimento constitucional no sentido de obstar que o legislador edite norma de conteúdo idêntico ou similar a ato normativo outrora declarado inconstitucional.<sup>179</sup>

---

<sup>177</sup> BERCOVICI, Gilberto. A Constituição dirigente e a crise da teoria da Constituição. In: *Teoria da Constituição. Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 117: “Tendo

em vista essa concepção de Constituição, Canotilho vai ter como preocupações centrais no seu trabalho a defesa da não-disponibilidade da Constituição pelo legislador e a questão da discricionariedade legislativa.”

<sup>178</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 177. No mesmo sentido, MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 220: “O fundamento desse cânone hermenêutico é, evidentemente, uma atitude de respeito ou de deferência judicial ao legislador, que também exerce competência funcional de aplicação da constituição e, portanto, também deve realizar interpretações do sentido das normas constitucionais no exercício da função legislativa.”

<sup>179</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 195: “No direito brasileiro, a rigor técnico, não há como impedir que o órgão legislativo volte a prover acerca da matéria e, ao fazê-lo, incorra em inconstitucionalidade da mesma natureza.”

Trata-se de entendimento já assentado pelo Supremo Tribunal Federal em alguns julgados. No julgamento do Agravo Regimental na Reclamação 2.617-5 MG (DJ 23/02/2005), o Ministro Cezar Peluso assentou que conclusão diversa:

comprometeria a relação de equilíbrio entre o tribunal constitucional e o legislador, reduzindo este a papel subalterno perante o poder incontrolável daquele, com evidente prejuízo do espaço democrático-representativo da legitimidade política do órgão legislativo. E, como razão de não melhor tomo, a proibição erigiria mais um fator de resistência conducente ao inconcebível fenômeno da fossilização da Constituição.<sup>180</sup>

Em sentido semelhante, o art. 103-A da Constituição da República, incluído pela Emenda Constitucional no. 45/04, também não incluiu o Poder Legislativo no rol de destinatários da súmula vinculante formulada pelo Supremo Tribunal Federal. Desta forma, não há óbice constitucional que o legislador edite um ato normativo em sentido contrário ao entendimento consubstanciado na súmula.<sup>181</sup>

O reconhecimento da legitimidade do Poder Legislativo no processo de interpretação constitucional também pode ser justificado à luz da conhecida teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição formulada por Peter Häberle, que desfruta de grande aceitação pela doutrina brasileira. Sustenta o autor alemão que a interpretação constitucional caracteriza-se como um processo eminentemente pluralista e que o elenco dos intérpretes da constituição não pode ser reduzido a um número fechado, abrangendo não apenas os órgãos estatais, mas todos os cidadãos. Ao discorrer sobre tal pluralidade de intérpretes, Häberle enfatiza o papel do Legislativo.<sup>182</sup>

<sup>180</sup> Cumpre ainda mencionar trecho significativo do voto do Ministro Sepúlveda Pertence no julgado citado: “ Considero salutar que o efeito vinculante não alcance o legislador de modo a impedir-lhe a reedição de norma similar ou de conteúdo idêntico. É que, quando o Supremo Tribunal conclui pela constitucionalidade, não estando o próprio Supremo vinculado, a questão pode ser reaberta. Mas não, assim, quando o Supremo declara inconstitucional a lei: aí, a única forma de o tema constitucional, em atenção, às vezes, às mutações constitucionais que a própria História impõe, voltar ao Tribunal é que o legislador edite norma similar.”

<sup>181</sup> TAVARES, André Ramos. *Perplexidades do novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 11, p. 6, 2007. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 dez. 2007: “ Em síntese, pois, poderá haver a edição de lei com conteúdo exatamente idêntico ao de outra objeto de súmula que lhe atrelava a nota de inconstitucionalidade, por exemplo, ou que lhe atribuía eficácia diversa da nova previsão. Nessas situações, consideradas legítimas pela sistemática adotada para a extensão dos efeitos da própria súmula, pode-se considerar que o Legislativo estará a reabrir (uma espécie de legitimidade indireta) a discussão anteriormente encerrada pela edição da súmula vinculante.”

<sup>182</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: contribuição para a interpretação pluralista e “ procedimental”*

da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 27:

“ O

processo político não é um processo liberto da Constituição; ele formula pontos de vistas, provoca e impulsiona desenvolvimentos que, depois, se revelam importantes da perspectiva constitucional, quando, por exemplo, o juiz constitucional reconhece que é missão do legislador, no âmbito das alternativas compatíveis com a Constituição,

Há ainda outro fator que ratifica a legitimidade do Legislativo exercer o papel de intérprete da Constituição. É que no constitucionalismo brasileiro é visível o papel destacado do Executivo na formação da agenda das matérias em discussão no Legislativo.<sup>183</sup> Assim sendo, em muitas ocasiões, uma correção legislativa de jurisprudência pode representar o resultado de um esforço conjunto entre dois poderes do Estado que dispõem de legitimidade popular, circunstância que inegavelmente amplifica a legitimidade democrática da medida legislativa.

Em relação à possibilidade de correções legislativas serem editadas com o intuito de superar entendimentos jurisprudenciais acerca de dispositivos constitucionais, parece não haver dúvida razoável na doutrina.<sup>184</sup> As divergências podem surgir em relação aos limites de atuação legítima do Poder Legislativo na utilização do instrumento em estudo, consoante as considerações abordadas ao longo de todo o presente trabalho.

É fora de dúvida que o fator primordial do incremento do fenômeno da correção legislativa no direito constitucional brasileiro foi o incremento da própria jurisdição constitucional. Parcela significativa das correções legislativas teve como causa propulsora declarações de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

---

atuar desta ou daquela forma. O legislador cria uma parte da esfera pública (Öffentlichkeit) e da realidade da Constituição, ele coloca acentos para o posterior desenvolvimento dos princípios constitucionais. *Ele atua como elemento precursor da interpretação constitucional e do processo de mutação constitucional.* (grifo nosso).

<sup>183</sup> O papel destacado do Executivo na agenda política do Legislativo é destacado por diversos estudos da ciência política brasileira. Ver, por exemplo, LIMONGI, Fernando. *A Democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório*. *Novos Estudos*: Cebrap, p. 17-41, 2006, p. 34: “ Como vimos, a

Constituição de 1988 assegura ao Executivo a prerrogativa exclusiva de iniciar legislação nas áreas de política mais importantes. Ou seja, o presidente controla a agenda.”

<sup>184</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 74: “ Salvo em relação às matérias protegidas por cláusulas pétreas, a última palavra acerca de qual deve ser o

direito constitucional positivo em dado momento é do Congresso Nacional, no exercício de seu poder constituinte derivado. De fato, discordando o Poder Legislativo da inteligência dada pelo Supremo Tribunal Federal a uma norma constitucional, poderá sempre emendá-la, desde que seja capaz de preencher o quorum de três quintos dos membros de cada casa, observando os demais requisitos do processo legislativo próprio (CF, art. 60 e parágrafos).” Idéia semelhante foi explicitada pelo mesmo autor em BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 232: “ O controle de constitucionalidade se exerce,

precisamente, para assegurar a preservação dos valores permanentes sobre os ímpetos circunstanciais. Remarque-se, porque relevante, que a última palavra poderá ser sempre do Legislativo. É que, não concordando com a inteligência dada pelo Judiciário a um dispositivo constitucional, poderá ele, no exercício do poder constituinte derivado, emendar a norma constitucional e dar-lhe o sentido que desejar.”

Outro fator importante que propicia a expansão da correção legislativa é o caráter excessivamente detalhista do texto constitucional de 1988. Tratando a Constituição, com riqueza de detalhes, de dispositivos referentes a temas variados, muitas vezes relacionados a assuntos típicos da política ordinária, a implementação de determinadas políticas pode depender da superação de determinado entendimento jurisprudencial por meio de emendas à Constituição.

Para comprovar tal afirmativa, basta observar que boa parte das emendas à constituição que continham correções legislativas em seu bojo foram relacionadas a matérias reguladas com riquezas de detalhes pela Constituição, tais como servidor público e sistema tributário.<sup>185</sup>

Muito embora haja propostas na doutrina brasileira de desconstitucionalização de alguns temas constitucionais como forma de reduzir os problemas de viés democrático trazidos pelo texto analítico da Constituição<sup>186</sup>, é de revelo acentuar que os aportes da ciência política brasileira dão conta de que há forte tendência no sentido de manutenção do caráter detalhista do texto constitucional, pois as propostas de desconstitucionalização encontram sérias resistências políticas no Congresso Nacional. Neste sentido, propostas de desconstitucionalização de alguns temas advogados por parcela da doutrina brasileira, mesmo que sejam em tese vantajosas, do ponto de vista do desenho constitucional brasileiro, encontrariam limitações de ordem política.<sup>187</sup>

Aliás, estudos recentes da ciência política dão conta de que, em relação ao texto original de 1988, ao invés do movimento de desconstitucionalização, o que se

<sup>185</sup> SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: *Livre e Iguais*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 181.: “ Em certas áreas, como Previdência Social, regime dos servidores públicos e sistema tributário, o nível de detalhamento chega às raias do absurdo.”

<sup>186</sup> Ibid. p. 189: “ Agora, do ponto de vista do design institucional do país, não temos dúvida de que a Constituição realmente precisa de uma “ lipoaspiração” . Mas que fique claro: a gordura constitucional que, na nossa opinião, deve ser extirpada, nada tem a ver com os compromissos substantivos da Carta de 1988 com a justiça social e a igualdade material.”

<sup>187</sup> Neste sentido, analisando especialmente as reformas constitucionais empreendidas nos governos de Fernando Henrique Cardoso, MELO, Marcus André. *Reformas constitucionais no Brasil: instituições políticas e processo decisório*. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 186: “ As evidências discutidas demonstram que a hipótese de trabalho levantada neste trabalho é amplamente confirmada: as reformas que implicaram desconstitucionalização de dispositivos constitucionais encontram forte resistência devido à falta de credibilidade das promessas de introduzir modificações por via de legislação ordinária e complementar. Isso se deve, conforme discutido, ao fato de que essa legislação está sujeita a regras procedimentais menos severas, que garantem ao Executivo ampla preponderância.”

verificou na prática, especialmente durante os governos de Fernando Henrique Cardoso, foram emendas constitucionais que aumentaram a quantidade de matérias previstas no texto.<sup>188</sup>

Outro relevante aspecto que contribui para o florescimento da correção legislativa consiste na própria natureza das normas constitucionais. Em geral, tais normas são veiculadas por meio de expressões semânticas dotadas de amplo grau de abstração, conferindo ao intérprete um significativo espaço de discricionariedade.<sup>189</sup> Exatamente pelo fato das cláusulas constitucionais comportarem a possibilidade de diferentes interpretações, abre-se espaço para que o Judiciário adote uma linha interpretativa diversa daquela julgada mais adequada pelo Poder Legislativo, criando o terreno propício para a correção legislativa.

Em resumo, pode-se afirmar que a doutrina da supremacia judicial no que se refere à interpretação constitucional desfruta de amplo amparo doutrinário e no próprio direito positivo brasileiro. Todavia, o desenho constitucional brasileiro fornece variados elementos que consagram o entendimento de que o Legislativo também é um intérprete legitimado da Constituição, tendo o poder inclusive de empreender correções legislativas da jurisprudência, observadas determinadas limitações.

É hora, contudo, de transcender as considerações de ordem descritiva do cenário constitucional brasileiro para ingressar em terreno mais difícil, que consiste na avaliação crítica do papel institucional do Judiciário e do Legislativo no processo de interpretação constitucional, bem como avaliar como a correção legislativa da jurisprudência pode ser entendida no âmbito deste cenário.

---

<sup>188</sup> COUTO, Cláudio Gonçalves; ARANTES, Rogério Bastos. Constituição, governo e democracia no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 21, n. 61, 2006, p. 63: " Noutras palavras, as mudanças constitucionais

do período FHC incidiram mais significativamente sobre dispositivos de *policy* do que em dispositivos de *polity*, o que corrobora a hipótese com a qual estamos trabalhando desde o início: a agenda política e governamental brasileira segue sendo uma agenda constituinte, não porque sucessivos presidentes quiseram mutilar os princípios fundamentais ou por outra razão exógena, mas porque a própria Carta os obrigou a alterar a Constituição para implementar as políticas públicas. Mais do que isso, o grande legado constitucional da era FHC foi ter acrescentado 250 novos dispositivos de *policy* à Carta brasileira, constitucionalizando mais a agenda governamental e estendendo o desafio de formar coalizões legislativas majoritárias à base de 3/5 aos governos posteriores.

<sup>189</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 107/108.

Tal avaliação crítica sugere diversas perguntas. A supremacia judicial cumpre um papel importante no cenário constitucional brasileiro? Mesmo admitida a tese de que a supremacia judicial é uma realidade, qual a melhor forma de ser exercida a supremacia judicial, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal? As críticas de ordem democrática e de ordem institucional à supremacia judicial, formuladas no direito norte-americano, são aplicáveis à realidade brasileira? A correção legislativa da jurisprudência contribui para o aprimoramento da ordem constitucional brasileira? Há espaço para a aplicação de alguns postulados da doutrina do diálogo constitucional?

Ao menos para responder à indagação pertinente ao papel da jurisdição constitucional e da supremacia judicial no direito constitucional brasileiro, pensamos ser suficiente para o escopo do presente trabalho a adoção do pensamento de Dieter Grimm manifestado em importante estudo sobre as relações entre a jurisdição constitucional e a democracia.<sup>190</sup>

No estudo, Grimm defende que “ não há nem uma contradição fundamental nem conexão necessária entre controle judicial de constitucionalidade e democracia” . Desta forma, saber se determinado país deve adotar a jurisdição constitucional é questão pragmática, que depende de fatores temporais e circunstanciais e que deve ser adotada por meio de “ um juízo de custo-benefício” .<sup>191</sup>

Para demonstrar a ausência de conexão necessária entre jurisdição constitucional e democracia, Grimm reforça a existência de países que, embora não adotem o controle de constitucionalidade clássico, são estados inegavelmente democráticos, como o Reino Unido e a Holanda. Além disso, o respeito efetivo pela Constituição dependeria menos de alternativas institucionais e mais de aspectos culturais ligados à forma como a população e a classe política em geral manifesta o desejo de cumprir a Constituição.<sup>192</sup>

---

<sup>190</sup> GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. *Revista de Direito do Estado*, n. 4, p. 3-22, 2006.

<sup>191</sup> *Ibid.* p.6.

<sup>192</sup> *Ibid.* p. 9.

Utilizando tais argumentos para iluminar a análise do papel da jurisdição constitucional no cenário constitucional brasileiro, parece ser lícito afirmar que, no atual estágio da história brasileira, efetividade da Constituição e supremacia judicial advinda da jurisdição constitucional são idéias praticamente interdependentes. Em outras palavras, a supremacia judicial na interpretação constitucional cumpre um papel de extrema relevância para a garantia da força normativa da Constituição.

Tal afirmativa também é baseada em aspectos históricos. A acidentada experiência constitucional brasileira até a promulgação da Constituição de 1988 foi marcada pela falta de efetividade das diversas constituições e subversões da ordem institucional democrática, que não contribuíram para a consolidação ou o amadurecimento de um sentimento na população e na classe política de respeito cultural à ordem constitucional, mencionado por Grimm no estudo citado.<sup>193</sup>

Desta forma, os argumentos em favor da supremacia judicial articulados pelos autores norte-americanos mencionados no presente estudo, afiguram-se como aplicáveis à realidade constitucional brasileira. Seja pela vertente da necessidade prática de definição de um intérprete que possa dirimir as controvérsias em matéria constitucional (na linha dos argumentos de Schauer e Alexander), seja pela via da importância da jurisdição constitucional na defesa dos direitos fundamentais (conforme a doutrina de Dworkin), a supremacia judicial encontra justificativa no direito constitucional brasileiro. E sua justificativa pode ainda, conforme explicitado, ser reforçada pela história constitucional brasileira de falta de efetividade da Constituição.

O reconhecimento de que a supremacia judicial no Brasil encontra justificativas que transcendem o direito constitucional positivo não induz contudo à assunção de um modelo forte de supremacia judicial, em que o Supremo Tribunal Federal seria visto necessariamente como o protagonista da interpretação

---

<sup>193</sup> Em sentido semelhante, PIRES, Thiago Magalhães. Crônicas do subdesenvolvimento: jurisdição constitucional e democracia no Brasil. *Revista de Direito do Estado*, n. 12, 2008, p. 198-199: " Em um país que

ainda luta para consolidar a sua democracia, às voltas com um grave déficit de representatividade, é adequado que a sociedade civil possa contar com mais um instrumento de controle sobre as maiorias políticas. Tanto melhor se o julgamento for feito por um órgão imparcial e independente."

constitucional, sendo a atividade interpretativa do Legislativo sempre considerada subalterna em relação à atividade desenvolvida judicialmente.

Pelo contrário, as características mais destacadas da Constituição de 1998— caráter compromissório, extensão, regulação de diversos temas da política ordinária com riquezas de detalhes, etc. — recomenda que o exercício da supremacia judicial seja exercido com atenção redobrada às implicações de ordem democrática e que não despreze o papel do Legislativo como intérprete legitimado da Constituição. Entendimento contrário pode ensejar a retirada injustificada de significativa parcela de poder das maiorias políticas democraticamente eleitas.<sup>194</sup>

O cuidado com o aspecto democrático, mesmo em um ambiente marcado pela supremacia judicial como a jurisdição constitucional brasileira atual, justifica-se até mesmo levando-se em consideração os temperamentos que os autores norte-americanos citados articularam em relação à própria doutrina da supremacia judicial.

Desta forma, como já mencionado, Schauer explicitou que sua defesa da supremacia judicial não trazia grandes questionamentos de ordem democrática, pois estaria baseado em um conceito de Constituição modesta, que contivesse em geral apenas regras de procedimento para que as maiorias democráticas adotassem as decisões substantivas (na linha da Constituição norte-americana), ou seja, sem o pressuposto de que a Constituição seria o local de todos os temas políticos em debate na sociedade.

Ora, diversas qualificações podem ser utilizadas para a Constituição brasileira de 1988. Mas certamente “modesta” não é uma delas. Trata-se de uma típica

Constituição dirigente, que traz regras detalhadas de ordem substantiva sobre os temas mais relevantes do país. Desta forma, se a supremacia judicial no Brasil não é

---

<sup>194</sup> A crítica à excessiva concentração na interpretação judicial da Constituição foi bem explicitada por SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, n.9, 2009, p. 95-131: “Ademais, esta obsessão com a interpretação judicial da Constituição tende

a obscurecer o papel central de outras instâncias na definição do sentido da Constituição - como o Legislativo, o Executivo, e a própria esfera pública informal. Trata-se de um desvio que gera conseqüências negativas tanto no plano descritivo como na esfera normativa. Sob o prisma descritivo, transmite-se uma imagem muito parcial do fenômeno constitucional, que não é captado com todas as suas nuances e riquezas, já que o foco se concentra apenas sobre a ação de um dentre os vários agentes importantes que povoam a seara da hermenêutica constitucional. Sob o ângulo normativo, favorece-se um governo à moda platônica, de sábios de toga, que são convidados a assumir uma posição paternalista diante de uma sociedade infantilizada”

exercida nem de longe em um ambiente de “ Constituição modesta” , não é difícil

concluir que as críticas de cunho democrático ao exercício da jurisdição constitucional em nosso país são facilmente potencializadas e devem ser rigorosamente consideradas.<sup>195</sup>

Da mesma forma, a linha de defesa da supremacia judicial adotada por Dworkin (nos argumentos de princípios, ou seja, para proteção de direitos fundamentais) é bem mais facilmente defendida no âmbito da Constituição norte-americana, que traz poucas regras relacionadas aos argumentos de política. Mas no caso da Constituição brasileira de 1988, que é plena de regras de *policies*, o questionamento democrático da jurisdição constitucional é bem mais difícil de ser superado.

Nesta linha de raciocínio, a preocupação de buscar um grau de interação adequado entre a jurisdição constitucional e o princípio democrático constitui tema que passou a ocupar a doutrina brasileira apenas recentemente.

É interessante notar que, embora os Estados Unidos possuam uma das constituições mais sintéticas do mundo, as discussões em torno da legitimidade democrática da jurisdição constitucional despertam de longa data intensos e acalorados debates na doutrina e na jurisprudência. Ora, se em um país de constituição sintética, que retira do poder de deliberação das majorias políticas um número limitado de temas, a dificuldade contra-majoritária da *judicial review* e a questão da supremacia judicial são tão fortemente debatidas, com muito mais razão tais questões devam ser ainda mais intensamente estudadas no Brasil, que dispõe de uma das constituições mais analíticas do mundo e que retira, desta forma, um espaço muito maior de deliberação das majorias políticas democráticas.

É bastante compreensível, todavia, o fato de que as discussões em torno da legitimidade democrática da jurisdição constitucional somente foram desenvolvidas recentemente pela doutrina brasileira. Críticas de ordem democrática à jurisdição

---

<sup>195</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista de Direito do estado*, n.12, 2008, p. 62: “ A equação é simples: e tudo é matéria constitucional, o campo de liberdade dado ao corpo político é muito pequeno. Qualquer movimento mais brusco dos administradores ou dos legisladores gera um incidente de inconstitucionalidade, que por, regra, deságua no Supremo.”

constitucional só podem florescer, obviamente, em um ambiente de jurisdição constitucional atuante, algo que o Brasil só passou a conhecer após a redemocratização consolidada em 1988. E mais: jurisdição constitucional atuante pressupõe um antecedente lógico, que é o reconhecimento da efetividade das normas constitucionais, circunstância que também só foi verificada após a promulgação da carta de 1988.

Nesta linha de raciocínio, o presente trabalho busca contribuir para o debate na doutrina brasileira sobre o tema da legitimidade democrática da jurisdição constitucional, por intermédio da análise de um dos instrumentos mais contundentes de questionamento da supremacia judicial na interpretação constitucional e de afirmação da legitimidade interpretativa do legislador, que é a correção legislativa da jurisprudência.

Cumpre, todavia, deixar claro que a defesa da condição do Legislativo como intérprete legitimado da Constituição no direito brasileiro independe do juízo de valor que se possa fazer em relação ao grau de legitimidade democrática real que o Legislativo possa desfrutar atualmente em nosso país. Em outros termos, não se está afirmando que deva ser reconhecido um papel de relevância à interpretação constitucional realizada pelo Legislativo em virtude de sua suposta aptidão em traduzir limpidamente os reais anseios populares e desenvolver o projeto constitucional de 1988. As evidentes mazelas do nosso atual sistema político e eleitoral são bastante conhecidas e não precisam ser detalhadas no presente trabalho, mas é inegável que elas reduzem a legitimidade real do Legislativo brasileiro junto à sociedade.<sup>196</sup>

Neste ponto, deve-se ter bastante cuidado ao procurar importar para o Brasil algumas críticas democráticas manifestadas pela doutrina do constitucionalismo popular norte-americano. Como restou assentado no item que tratou do tema, uma das idéias básicas que suportam as teorias de tal corrente doutrinária é justamente a

---

<sup>196</sup> MOISÉIS, José Álvaro. Cultura política, instituições e democracia. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 23, n. 66, 2008, p. 11-43: “ Nesse contexto, a análise dos dados aponta para a existência de conexão entre a ambivalência a respeito de valores políticos, a insatisfação com a democracia e a desconfiança de instituições, como partidos e Congresso Nacional. Não deveria surpreender, nessa situação, que o país seja um campeão de baixos índices de identificação partidária, de avaliação negativa do Congresso Nacional e de incapacidade dos eleitores de lembrar-se dos políticos em quem votaram nas últimas eleições.”

existência de um sentimento de respeito à Constituição que teria nascido desde os primórdios da construção daquele país (conforme procura ressaltar, com riqueza de dados históricos, Larry Kramer) e que estaria de certo modo impregnado na sociedade norte-americana e, por consequência, também no sistema político e parlamentar, de sorte que a intervenção excessiva do Judiciário neste processo seria injustificada.<sup>197</sup>

Desta forma, ainda que o sistema político e eleitoral norte-americano possa também apresentar suas mazelas, é inegável que naquele país a noção de efetividade da Constituição é um fenômeno muito mais antigo, praticamente contemporâneo à promulgação da Carta, ou seja, já ultrapassa dois séculos. No Brasil, a idéia de efetividade da Constituição somente foi consolidada a partir da Constituição de 1988. Logo, ainda não houve tempo de se firmar entre nós aquele sentimento cultural difuso na sociedade de natural respeito à Constituição (mencionado por Grimm) que acaba contaminando as próprias instâncias de representação popular.

Assim, a defesa da legitimidade da atividade interpretativa constitucional do Legislativo pode ser assumida no Brasil por intermédio de um viés *mais pragmático do que idealista*, no sentido de que tal legitimidade seria recomendada pela própria natureza extensiva e detalhista do texto constitucional de 1988. Diante de tal cenário, a assunção de um modelo maximizador da doutrina da supremacia judicial em nosso país traria prejuízos evidentes de ordem democrática, além de desconsiderar as eventuais limitações institucionais do próprio Judiciário.

Deve ser ressaltado, aliás, que as críticas quanto à capacidade institucional do Judiciário formuladas pela doutrina norte-americana parecem bastante adequadas à experiência constitucional brasileira. Arriscamos a dizer, inclusive, que

---

<sup>197</sup> SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: *Vinte anos da Constituição de 1988*. SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENJOIN, Gustavo. (org.). Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p. 320: “ Seria pouco realista, por exemplo, adotar no Brasil uma teoria como o “ constitucionalismo popular” de autores como Jeremy Waldron, Mark Tushnet e Larry Kramer, que enfatizam a “ dignidade da legislação” para postularem a “ retirada da Constituição dos tribunais” e sua devolução ao próprio povo, com base no argumento de que faltaria ao Judiciário a legitimidade democrática para dar a última palavra em matéria de interpretação constitucional. As conhecidas mazelas do nosso Poder Legislativo tornam absolutamente injustificável qualquer confiança excessiva no processo político como meio de garantia da Constituição.”

o desenho constitucional brasileiro constitui um solo ainda mais fértil para o florescimento das críticas de ordem institucional à supremacia judicial. Isto se dá também em função do caráter analítico da Constituição de 1988, que trata de matérias diversificadas e garante diversos direitos sociais, que somente podem ser atendidos plenamente por intermédio de políticas públicas, em que a participação do Executivo e do Legislativo se tornam fundamentais.

Desta forma, outro limite importante no Brasil ao desempenho da supremacia judicial na interpretação constitucional deve ser a consideração dos aspectos institucionais. Isto significa que o intérprete judicial deve levar em conta não apenas suas eventuais limitações de conhecimento acerca de determinadas matérias de cunho técnico, mas também as implicações sistêmicas da decisão na esfera de atribuições das outras instituições (Executivo e Legislativo).<sup>198</sup>

Nesta linha de raciocínio, as limitações institucionais decorrentes da interpretação judicial devem ser encaradas como uma *justificativa a mais para o reconhecimento da legitimidade interpretativa constitucional do Legislativo*, além das considerações de ordem democrática. Diante da consolidação de determinado entendimento jurisprudencial que não tenha atentado para características técnicas de determinada matéria, bem como para as implicações sistêmicas e para as conseqüências no âmbito dos demais poderes, deve ser reconhecido ao Legislativo a possibilidade de elaborar uma nova regulação mais explícita do tema, que venha a contemplar os aspectos ignorados pela “visão de túnel”<sup>199</sup> típica da interpretação

<sup>198</sup> Ibid. p. 319 “ No caso dos direitos sociais, por exemplo, sabe-se que a sua concretização dá-se através de

políticas públicas, cuja elaboração e implementação dependem, para o seu êxito, do emprego de conhecimentos específicos. Os poderes Executivo e Legislativo – sobretudo o primeiro – possuem em seus quadros pessoas com

a necessária formação especializada para assessora-los na tomada das complexas decisões requeridas nesta área, que frequentemente envolvem aspectos técnicos, econômicos e políticos diversificados. O mesmo não ocorre no Judiciário. Os juízes não têm, em regra, tais conhecimentos especializados necessários, nem contam com uma estrutura de apoio adequada para avaliação das políticas públicas.” Da mesma forma, VITA, Álvaro de.

Sociedade democrática e democracia política. *Política e sociedade*, Revista de Sociologia Política, UFSC, n. 11, 2007, p. 162: “ O direito à educação fundamental “ com garantia de padrão de qualidade” é uma cláusula da

Constituição brasileira (BRASIL, 1998, artigo 205, inciso VII), que também constitui um dos elementos centrais do que aqui estou denominando “ igualdade equitativa de oportunidades” . Mas, para ser colocada em prática, essa

cláusula depende muito mais da ação dos legislativos e das políticas adotadas por autoridades públicas eleitas do que da ação de tribunais ou do Ministério Público.” MARINS, Leonardo Vieira. Interpretação constitucional e desenho institucional. A jurisdição constitucional entre o ativismo e a autocontenção. *Revista de Direito Estado*, n. 12, 2008, p. 161: “ Como se afirmou, o resultado do trabalho judicial no âmbito da implementação das políticas públicas guarda estreita relação com a dificuldade do magistrado de compreender o contexto em que seu trabalho se insere e observar os resultados produzidos pela sua decisão.”

<sup>199</sup> A expressão é utilizada para explicar o fato de que a decisão judicial em geral se ocupa de aspectos particulares das demandas, sem preocupações com os efeitos sistêmicos que podem produzir. Captando de forma precisa tal circunstância, WEBBER, Jeremy. Democracy and contemporary constitutionalism. In: *The least*

judicial. Isto pode implicar, inclusive, em uma hipótese de correção legislativa da jurisprudência.

Por fim, se pudéssemos extrair uma conclusão das diversas doutrinas advogadas pelos autores norte-americanos acerca da dicotomia entre a supremacia judicial e supremacia legislativa na interpretação da Constituição, diríamos que os excessos de ambos devem ser evitados.

Aliás, como restou ressaltado, há uma tendência de ambos os lados de relativizarem as posições extremadas. Assim, exemplificando, ao mesmo tempo em que Schuaer defende a supremacia judicial, argumenta que a mesma deve ser exercida no âmbito de uma “constituição modesta”; Dworkin defende a supremacia judicial, mas nos argumentos de princípios, relativos a direitos fundamentais, não em relação às *policies*; Tushnet, que chegou a advogar explicitamente a extinção da própria *judicial review*, já admite a ponderação da mesma com os influxos interpretativos do Legislativo; Robert Lipkin não advoga a extinção da *judicial review*, mas defende a correção legislativa da jurisprudência como forma de vencer o dilema democrático provocado pela mesma.

No constitucionalismo brasileiro atual não vemos o perigo de uma visão extremada da supremacia do Legislativo na interpretação da Constituição, tendo em vista o alto prestígio que a jurisdição constitucional atingiu em nosso país. Há todavia claramente a possibilidade da adoção em nosso país de uma visão extremada da supremacia judicial, que pode trazer conseqüências danosas para a democracia brasileira.<sup>200</sup> Urge portanto investigar os caminhos que possam impedir a

---

*examined branch: the role of legislatures in the constitutional state.* BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi. (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 45. Na doutrina brasileira, vale mencionar a lição de GOLDBERG, Daniel K. *Controle de políticas públicas pelo judiciário: welfarismo em um mundo imperfeito*. Disponível em <[www.ipea.gov.br](http://www.ipea.gov.br)>. Acesso em 5 mai. 2009, p. 71: “ O juiz que decide determinar ao Estado que

custeie o tratamento de um paciente nem sempre (para desespero dos economistas) leva em consideração de onde vêm os recursos para fazer frente ao tratamento. O juiz que concede uma concordata suspensiva não sabe o impacto na situação financeira dos credores da moratória concedida como favor legal ao devedor. O tribunal que limita o reajuste de preços em determinada carteira de seguros-saúde nem sempre sabe o que ocorrerá com os segurados de outras carteiras, como resultado de sua decisão. E mesmo que o juiz ou o operador do direito tenham acesso a todas essas informações, nem sempre eles podem considerar fatores relacionados a terceiros na decisão que tomam no âmbito da lide composta por autor e

rêu.”

<sup>200</sup> Neste sentido, tecendo profundas críticas à legitimidade democrática do controle de constitucionalidade no Brasil, LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. *Jurisdição constitucional: um problema da teoria da democracia política*. In: *Teoria da Constituição*. Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 224: “ A judicialização da política demonstra de maneira mais clara como a apropriação,

consolidação de uma supremacia judicial maximalista em nosso país.<sup>201</sup> E a correção legislativa da jurisprudência parece ser um dos caminhos democraticamente legítimos para cumprir tal escopo.

#### 1.5.1 Supremacia judicial e diálogo constitucional podem conviver no sistema constitucional brasileiro?

Como ressaltado, embora a tese da supremacia judicial na interpretação constitucional desfrute de ampla aceitação no direito brasileiro, deve-se evitar uma visão extremada de tal doutrina, de forma que ao Legislativo deve ser reconhecida também a função de importante intérprete constitucional, especialmente em razão do caráter analítico do texto constitucional.

O conjunto de idéias desenvolvidas até aqui apontam desta forma no sentido de buscar uma composição razoável entre as forças interpretativas judiciais e legislativas da Constituição.

Para cumprir tal objetivo, a doutrina do diálogo constitucional, mencionada anteriormente, parece realmente sedutora. A idéia central da teoria do diálogo de que a interpretação constitucional não é fruto da decisão isolada de um poder, mais sim de uma interação contínua entre os poderes do Estado na busca progressiva da melhor definição dos contornos dos institutos constitucionais parece ser um caminho suscetível de resolver diversos problemas relacionados às visões extremadas de supremacia judicial e supremacia legislativa.

Nesta linha, a teoria do diálogo constitucional pode ser encarada como uma tentativa de solucionar um grave problema que advém da adoção extremada de uma

---

pelos cortes constitucionais, da esfera do político em desfavor do poder legislativo tem se efetivado, e quais seus resultados na qualidade da democracia.”

<sup>201</sup> Sem ingressar no mérito da decisão adotada pelo STF no caso mencionado, é certo que um dos sinais mais eloquentes do risco de uma supremacia judicial exacerbada na interpretação constitucional seja o voto do Ministro Celso de Mello no MS 26.603 (DJ 3/10/2007), que cuidou da hipótese da perda de mandato por infidelidade partidária. Citando lição de Francisco Campos, o Ministro afirmou que nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição funcionaria também o poder constituinte. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Revista de Direito do estado*, n.12, 2008, p. 71.

das doutrinas – a da supremacia judicial ou da supremacia parlamentar. Tanto uma como outra podem significar uma idealização de cada um dos poderes que não corresponde à realidade das instituições.

A supremacia judicial poderia ser justificada a partir de uma visão idealizada do Judiciário como o poder permanentemente afastado do ambiente político ordinário e sempre pronto para proteger as minorias contra os rompantes de uma maioria de ocasião. A visão do juiz “hércules” de Dworkin, como agente capaz de sempre encontrar por intermédio da leitura moral da Constituição a única solução correta para cada caso, parece simbolizar tal tipo de idealização. Por outro lado, a supremacia legislativa poderia ser justificada também a partir de uma visão romantizada do legislador como a encarnação da vontade popular, na linha rousseauiana, como se os órgãos majoritários sempre manifestassem a vontade popular em sua pureza.

Tais visões idealizadas, contudo, são desafiadas constantemente quando defrontadas com a prática das instituições e com precedentes, inclusive no caso brasileiro. A idéia de que o Judiciário encontra-se em estado de afastamento permanente do ambiente político ordinário é questionada constantemente na doutrina norte-americana, especialmente em função das nomeações de juízes federais pelo Presidente, havendo estudos que analisam as posições judiciais em correlação com o perfil republicano ou democrata. A visão de que o Judiciário sempre é o poder que melhor protege as minorias é desafiada por precedentes como *City of Boerne*, já mencionado, em que a Suprema Corte invalidou a aplicação em âmbito federal do RFRA, ato legislativo que possuía como um dos escopos principais a proteção de minorias religiosas.<sup>202</sup>

A visão do Legislativo como encarnação da vontade popular é também confrontada com os fatos cotidianos. Os teóricos da “public choice” no âmbito da ciência política põem em xeque tal afirmativa ao mencionar como os grandes interesses de corporações impõem suas preferências na arena legislativa em

---

<sup>202</sup> Esta é a tese central de trabalho de Michael W. McConnell, que utilizando o exemplo de *City of Boerne v. Flores* destaca como a prática pode não confirmar a teoria de que o Judiciário é sempre o poder que melhor protege as minorias. MCCONNELL, Michael W.. Religious freedom, separation of powers, and the reversal of roles. *Brigham Young University Law Review*, 2001, p. 165.

detrimento do interesse público. Há importantes trabalhos doutrinários que indicam que o simples fato dos membros do Legislativo serem eleitos por voto popular não indica que suas decisões necessariamente traduzam de forma fiel os anseios populares.<sup>203</sup> A legitimidade representativa do Congresso Nacional no Brasil também é questionada por diversos ângulos.

Desta forma, a idéia do diálogo constitucional pode ser justificada como uma decorrência natural da adoção de uma postura de *desencantamento em relação às visões idealizadas do Judiciário e do Legislativo*. Assumindo que ambos possuem mazelas que maximizam a possibilidade de erros de ambos os lados, a postura do diálogo, ao afirmar que nenhum dos dois poderes possui o dom natural da “melhor interpretação constitucional”, procura possibilitar que o erro interpretativo cometido por um possa ser rediscutido ou corrigido pelo outro, por intermédio de uma contínua interação em busca da melhor solução constitucional para o caso.

A idéia do diálogo constitucional permanece pouco explorada pela doutrina constitucionalista brasileira.<sup>204</sup> Já é possível, contudo, verificar algumas manifestações doutrinárias que introduzem a noção do diálogo no constitucionalismo brasileiro.

<sup>203</sup> Neste sentido, de forma exemplificativa, Jane S. Schacter, que destaca a circunstância de que há dados empíricos na ciência política norte-americana que indicam que os eleitores raramente estão bem informados ou interessados nas atividades parlamentares dos representantes eleitos. Desta forma, a dicotomia tradicional de que parlamentares são eleitos e juízes não são eleitos, desenvolvida tradicionalmente para justificar o caráter contramajoritário da jurisdição constitucional não é tão exata. SCHACTER, Jane S.. Political accountability, proxy accountability, and the democratic legitimacy of legislatures. In: *The least examined branch: the role of legislatures in the constitutional state*. BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi. (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 2006 p. 45-75. Em sentido semelhante, URBINATI, Nadia. O que torna a representação democrática? *Lua Nova*, n. 67, 2006, p. 224: “É por isso que a representação é “problemática” quando analisada em relação à democracia. Ela é problemática porque não pode nunca ser corroborada por e concebida nos termos de representantes que saibam efetivamente o que as pessoas desejam, e porque as expectativas das pessoas e as realizações de seus representantes jamais irão corresponder com exatidão. Ao mesmo tempo em que desafia o cognitivismo, a representação democrática depende de muito mais do que simplesmente procedimentos eleitorais. Ela requer robusta autonomia local e liberdade de expressão e associação, bem como certa igualdade básica de condições materiais.”

<sup>204</sup> São escassas, na doutrina brasileira, menções à teoria do diálogo constitucional. Exceções podem ser feitas aos trabalhos de BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova*, v. 61, p. 5-24, 2004. No trabalho, encontra-se trecho significativo com citação expressa à obra de Louis Fisher: “Ao contrário do que afirmam os tribunais, o direito constitucional não é monopólio do judiciário. O direito constitucional e a interpretação constitucional são fruto de uma ação coordenada entre os poderes políticos e o judiciário. Nenhuma instituição, muito menos o judiciário, pode ter a palavra final nas questões constitucionais.” (p. 21) e de PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Na obra também mencionada expressamente a obra de Fisher: “O estabelecimento de um “diálogo constitucional” entre as Cortes e a sociedade civil é, certamente, um dos mais importantes caminhos para a legitimação democrática do Poder Judicial”. Para uma análise dos aportes que tal teoria fornece para a compreensão das relações entre Legislativo e Executivo (não tratada nesse estudo) em relação ao instituto da medida provisória, ver SAMPAIO, Marco Aurélio. Medida provisória, diálogo constitucional e a falácia de usurpação de poderes legislativos pelo executivo. *Revista de Direito do Estado*, n. 4, p. 107-139, 2006.

Rodrigo Brandão, ao analisar as hipóteses de emendas constitucionais superadoras da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, adverte para a circunstância de que tal atividade somente seria possível em tese se a norma constitucional alterada não ostentasse a natureza de cláusula pétrea. Pode ocorrer, contudo, que o Legislativo avance tal espaço, de forma que há o risco de embate entre os poderes, que poderia ser resolvido ou atenuado por intermédio de uma proposta de *diálogo institucional*, na qual o debate acerca de eventual excesso do Judiciário no controle de determinada emenda constitucional poderia ser reaberto pela edição de nova emenda, assim como emenda constitucional que superasse jurisprudência do STF acerca de cláusula pétrea poderia ser objeto de controle de constitucionalidade pelo Tribunal.<sup>205</sup>

Guilherme Soares também defende que a interpretação constitucional dos direitos fundamentais obedeça a um processo de cooperação dialógica entre os poderes do Estado e o próprio povo, no qual o Judiciário deve desempenhar um papel de fomentador do diálogo e de guardião da qualidade do processo democrático que resultou na lei ou na emenda constitucional objeto do exame de constitucionalidade. O Judiciário não deve conceber para si a posição de proprietário dos conceitos constitucionais, sendo recomendável a adoção de uma postura minimalista, de forma a estimular o debate sério e responsável pelas instâncias políticas representativas acerca das normas constitucionais, inclusive as cláusulas pétreas.<sup>206</sup>

---

<sup>205</sup> BRANDÃO, Rodrigo. Rigidez constitucional e pluralismo político. In: *Vinte anos da Constituição de 1988*. SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENJOIN, Gustavo. (org.). Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p. 289.

<sup>206</sup> SOARES, Guilherme. *Os Direitos, os juízes e o povo: A cláusula pétrea dos direitos e garantias individuais e o controle judicial de constitucionalidade das emendas à Constituição de 1988*. 2006. Tese (Doutorado em Direito)-Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p. 340: " Nenhum

ramo do Estado pode querer para si uma posição de precedência sobre os direitos dos cidadãos. A imagem da interpretação constitucional não deve ser a de uma estrutura escalonada em que algum órgão ocupa o ápice. Deve ser a de um esquema de cooperação dialógica em que os poderes públicos, tendo em conta suas particularidades institucionais, colaboram entre si e com os demais cidadãos. Ninguém interfere nesse diálogo desde fora. Tampouco existem vozes privilegiadas dentro dele. Trata-se de um diálogo entre iguais que tenta satisfazer o compromisso essencial de uma Constituição democrática: o governo segundo razões de estima pública.

"

Daniel Sarmento, em trabalho recente, critica a visão de que o Judiciário deve ser visto como o grande ou único intérprete da Constituição, pois, conforme suas palavras

Esta leitura descarta a autocontenção judicial bem como tende a desprezar a possibilidade de que sejam travados construtivos diálogos interinstitucionais entre diversos órgãos estatais para a definição da melhor interpretação dos ditames constitucionais.<sup>207</sup>

Na ciência política brasileira não se pode deixar de destacar a fundamental contribuição de Conrado Hübner Mendes para o desenvolvimento do tema em questão.<sup>208</sup> Suas idéias se aproximam daquelas defendidas no presente trabalho.

Hübner sustenta a tese de que o ideal do diálogo constitucional seria uma alternativa viável para o impasse entre as teorias que defendem a supremacia judicial e a supremacia do parlamento no que se refere à tarefa da definição do conteúdo de direitos fundamentais em uma democracia. Após analisar cuidadosamente os argumentos favoráveis e contrários a cada uma das posições, Hubner apresenta a idéia do diálogo como uma terceira via possível entre os dois extremos.

O autor adverte que a teoria do diálogo possui versões diferentes de acordo com os autores, mas identifica duas idéias comuns nas diversas versões: 1) a negativa do monopólio judicial na interpretação constitucional, que deve ser exercida também pelos outros poderes; 2) a rejeição da idéia de “ última palavra” na interpretação constitucional, ou ao menos, que o Judiciário a detenha por meio da *judicial review*.<sup>209</sup>

Uma interessante classificação proposta por Hübner acerca das teorias do diálogo consiste em divid-las em duas categorias gerais: 1) diálogo no interior da decisão judicial; 2) diálogo como produto necessário da separação de poderes. A

---

<sup>207</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, n.9, 2009, p. 95-131.

<sup>208</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política)-Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo.

<sup>209</sup> *Ibid.* p. 98/99

primeira seria caracterizada por posturas doutrinárias que recomendam a adoção pelo Judiciário de uma postura de diálogo com os demais poderes no âmbito do processo de interpretação. A segunda trata o diálogo como uma decorrência natural do desenho institucional do Estado, que não depende da abertura de qualquer dos poderes para o diálogo.<sup>210</sup>

Na primeira categoria, Hübner enquadra as já mencionadas virtudes passivas da *judicial review* articuladas na obra de Alexander Bickel. Através do exercício das virtudes passivas, que está ligada à idéia de prudência, a corte poderia modular suas decisões de acordo com o impacto causado no seio político, ou, em algumas ocasiões, a prudência recomendaria que a corte adotasse a técnica de não decidir, de forma que a questão controvertida possa alcançar um grau de amadurecimento maior na sociedade. Ao não decidir, a corte poderia estimular o estabelecimento de um *colóquio* entre os outros poderes e a sociedade. Hübner identifica nestas idéias traços incontestáveis da noção atual de diálogo constitucional.<sup>211</sup>

Também na categoria de “ diálogo no interior da decisão” , Hübner inclui a teoria do minimalismo judicial defendida por Cass Sunstein<sup>212</sup>, que advoga, em síntese, a noção de que as decisões judiciais devem ocupar-se basicamente com a solução da hipótese concreta em julgamento por intermédio de fundamentações teóricas particulares que não necessitem de elevado grau de abstração. A idéia básica consiste em decidir apenas o que for estritamente necessário para a solução do caso específico, de forma a não embarraçar a continuidade do debate nas instâncias democráticas acerca de temas de fundo envolvidos na decisão. É justamente neste ponto – a decisão judicial possibilitar a continuidade do diálogo - que a idéia minimalista possui contato com a noção do diálogo constitucional.

<sup>210</sup> Ibid. p. 99

<sup>211</sup> Ibid. p. 105: “ Ao evitar decidir, a corte estimula um colóquio (colloquy) com os outros poderes e a sociedade. Mantém-se dentro da tensão entre princípio e conveniência, modera extremos e previne que a sociedade se divida. Esse colóquio tende a gerar uma pressão por ação legislativa que, não raro, é mais efetiva que uma ordem judicial inflexível, nos moldes de um decreto. A decisão deve ser a exceção; o exercício de virtudes passivas, a regra, um meio termo entre o judicialismo autoritário e a democracia. A corte deve ter sabedoria para deixar o colóquio decantar novos valores, e decidir somente quando a solução pareça uma decorrência natural desse processo.”

<sup>212</sup> A tese do minimalismo judicial defendida por Sunstein possui diversas variações e nuances que deixaram de ser aqui explicitadas por fugirem ao escopo do presente trabalho. Para a análise mais completa da teoria, ver SUNSTEIN, Cass. *One case at a time*. Judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

Na segunda categoria, chamada de “ diálogo como produto necessário da separação de poderes” , Hübner inclui a doutrina de autores como Louis Fisher, Keith Whittington, Mitchell Pickerill e Barry Friedman, já referenciados no presente trabalho. Como linha comum destes autores, Hübner destaca a noção de que a Constituição não é instrumento de interpretação exclusiva do Judiciário, que constitui apenas um dos atores da interpretação no âmbito de um sistema complexo de interações entre os demais poderes.<sup>213</sup> Também nesta categoria, Hübner tece considerações acerca do debate canadense, já mencionado no presente trabalho, em torno da doutrina do diálogo constitucional.

As considerações propositivas de Hübner caminham no sentido de desenvolver a idéia de que a definição dos direitos fundamentais é mais bem obtida por um processo de interação contínua entre Judiciário e Legislativo, de forma que a atuação de um não exclua a participação do outro no processo de construção dos conceitos, o que corresponde às idéias centrais das teorias do diálogo constitucional. Tal mecanismo é extraído a partir do reconhecimento da falibilidade inerente às instituições políticas, tal como sustentado por John Rawls em seu conhecido conceito de “ justiça procedimental imperfeita” .<sup>214</sup> A adoção do ideal do diálogo seria uma maneira de potencializar a qualidade das decisões da democracia sem negar a falibilidade de suas instituições decisórias.<sup>215</sup>

Segundo Hübner, a noção do diálogo é reforçada pelos aportes da ciência política empírica que demonstram que a independência judicial, entendida como o isolamento das cortes constitucionais do ambiente político ordinário, não mais se sustenta. A corte constitucional, em verdade, participaria de um complexo sistema de forças políticas no âmbito da separação de poderes. Ao proferir suas decisões, procura antever as respostas potenciais que os demais poderes poderiam adotar, de forma a calcular qual o espaço possível de ser ocupado no âmbito da separação de poderes.<sup>216</sup> Neste processo de interação entre Judiciário e Legislativo, não seria possível descrever teoricamente de forma precisa os espaços de atuação legítima de

<sup>213</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política)-Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo., p.125.

<sup>214</sup> *Ibid.* p. 162.

<sup>215</sup> *Ibid.* p. 164-165.

<sup>216</sup> *Ibid.* p. 182.

cada um dos poderes na definição dos direitos fundamentais, pois neste jogo de interação entre as instituições “*não é possível prever constitucionalmente o momento em que uma, e não outra, gozará de maior legitimidade para tomar as grandes decisões.*”<sup>21</sup>

7

Para Hübner, concebida neste sentido, a separação de poderes teria uma face virtuosa que seria a de permitir que Judiciário e Legislativo possam “desafiar” um ao outro no processo de definição dos conteúdos constitucionais, desde que tal “desafio deliberativo” seja justificado por “razões de melhor qualidade”, como forma

de aumentar a qualidade das decisões democráticas. E para melhor definir qual seria a razão de melhor qualidade, Hübner recorre novamente a Rawls, que cunhou o conhecido conceito de “razão pública”<sup>218</sup>. Esta seria o critério substantivo que iria

apontar, no desenvolvimento do diálogo constitucional, qual dos poderes adotou a decisão que deve prevalecer acerca de determinado tema.<sup>219</sup> A idéia do diálogo constitucional, portanto, propiciaria uma espécie de *competição saudável entre Legislativo e Judiciário* para saber qual atinge a decisão mais próxima da razão pública.

A pergunta natural que se coloca após tal afirmação é: e se corte constitucional e parlamento esforçarem-se ao máximo para atingir a razão pública e ainda assim persistir o desacordo? Hübner não deixa de procurar responder a tal indagação, afirmando que se um sistema adota o controle de constitucionalidade a tendência é de que a última palavra provisória ficaria com o Judiciário. Porém, se é reconhecido ao Legislativo a possibilidade de reiniciar o diálogo por meio de novas

---

<sup>217</sup> Ibid. p. 185

<sup>218</sup> Todas as ricas nuances do conceito de razão pública desenvolvido por John Rawls ao longo de sua trajetória filosófica não poderiam ser descritas no presente trabalho, por fugir do tema em exame. Em curtíssima abordagem, podemos resumir que a razão pública busca atingir um ponto de convergência mínimo entre as diversas doutrinas abrangentes adotadas pelos cidadãos de forma a justificar as decisões em uma sociedade democrática. Neste sentido, destaca Hübner: “A razão pública, portanto, impõe um limite: podemos conceber vários tipos de razões para justificar decisões coletivas, mas somente será legítima aquela que não dependa de uma doutrina abrangente.” Ibid. .196.

<sup>219</sup> Ibid. p. 205: “Empiricamente, a exata delimitação do poder de revisão judicial não se define a priori, mas na interação. Ou seja, depende tanto de suas decisões quanto das do parlamento. Quer dizer que não há arranjo formal pré-fixado? Se essa pergunta se refere aos detalhes das atribuições de cada um, sim. O que está pré-fixado é a lógica flexível da separação de poderes, não as suas minúcias, que variarão no decorrer do tempo. A qualidade deliberativa desse jogo pode fundamentar a legitimidade dessas mutações, *desde que a razão pública seja o idioma da instituição cuja decisão prevalece.*” Grifo nosso

medidas, a estabilização de um tema coletivo somente seria atingida plenamente com a acomodação entre os dois poderes.<sup>220</sup>

Seguindo a linha de raciocínio, Hübner defende que o modelo de interação ideal entre os poderes capaz de produzir boas decisões é aquele que adota uma atitude deliberativa, “ *que fala e escuta, com o objetivo da persuasão*” e não o que

adota uma atitude adversarial, “ *que fala para se impor*” .<sup>221</sup> A teoria desenvolvida por

Hübner possui, portanto, como ponto central a idéia de que o diálogo e a interação entre Legislativo e Judiciário seriam aptos a produzirem decisões de melhor qualidade acerca do conteúdo dos direitos fundamentais.

Todavia, para sabermos se a idéia central da teoria do diálogo constitucional seria compatível com o direito constitucional brasileiro, não basta reconhecer o potencial harmonizador inegável que tal teoria é capaz de provocar na interpretação constitucional. É preciso definir se o diálogo constitucional é uma doutrina aceitável à luz do ordenamento constitucional positivo brasileiro. Tal definição é bastante relevante para o escopo do presente trabalho, pois a correção legislativa da jurisprudência pode ser compreendida como uma das manifestações (não a única) mais eloqüentes da idéia de diálogo constitucional.

Três perguntas são importantes para esclarecer melhor a questão em foco: a teoria do diálogo constitucional é compatível com o ordenamento constitucional positivo brasileiro? Empiricamente, pode-se afirmar que no direito brasileiro há manifestações concretas do diálogo constitucional? A teoria do diálogo constitucional possui amparo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal?

No que se refere à primeira indagação, entendemos que as considerações explicitadas acima acerca da legitimidade interpretativa do Legislador respondem afirmativamente. Como foi ressaltado, embora o direito constitucional positivo

---

<sup>220</sup> Ibid. p. 205.

<sup>221</sup> Ibid. p. 211: “ Ao tratar de um modelo de interação que se oriente por princípios deliberativos e que se preocupe em criar uma “ cultura de justificação” de justificação para além de um puro jogo de forças, tento defender um tipo mais desejável de “ reatividade política” , onde o bom argumento cumpra algum papel. Se parlamentos e cortes adotam uma atitude deliberativa e levam em conta os argumentos expostos por cada um, desafiando-se reciprocamente quando consideram que têm uma melhor alternativa, é provável que produzam respostas mais criativas do que num modelo conflitivo e adversarial.”

brasileiro adote expressamente a supremacia judicial na interpretação constitucional, a interpretação legislativa da Constituição pode ser afirmada por diversos caminhos, inclusive o da correção legislativa da jurisprudência.

Pode-se perguntar: mas se a teoria do diálogo constitucional parece ser compatível com o direito constitucional brasileiro, qual a razão de advogarmos que no Brasil supremacia judicial e diálogo constitucional precisariam conviver? A razão de sustentarmos a supremacia judicial como um dado inafastável da interpretação constitucional brasileira possui mais ligação com a questão prática de saber *quem detém a última palavra na interpretação constitucional* do que com a questão de *quem é mais legitimado para empreender a interpretação constitucional*. As duas questões são semelhantes, mas não se confundem.<sup>222</sup>

No direito brasileiro, a supremacia judicial é um dado inafastável da interpretação constitucional, pela razão singela de que cabe ao Supremo Tribunal Federal o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais no que se refere aos limites materiais tratados no art. 60, §4º da Constituição. Assim, pode-se dizer que ao menos em relação aos temas que constituem cláusulas pétreas, embora o diálogo constitucional não esteja impedido de ocorrer, inclusive pela via de correções legislativas, há um limite importante ao desenvolvimento do diálogo que é o poder judicial de dar a última palavra sobre o tema na hipótese do mesmo dispor sobre cláusula pétrea.<sup>223</sup>

Sendo assim, seria equivocado sustentar a possibilidade de reconhecimento do diálogo constitucional no Brasil? Se adotarmos um conceito de diálogo constitucional que pressupõe plena igualdade entre os participantes e ausência de um grau de hierarquia decisória entre os mesmos, diríamos que ao menos em

---

<sup>222</sup> A diferença entre as duas perguntas pode ser resumida numa afirmação emblemática do juiz Robert A. Jackson da Suprema Corte norte-americana proferida em *Brown v. Allen*, 344 U.S. 443, 540 (1953): “ We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final.”

<sup>223</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Revista de Direito do estado*, n.12, 2008, p. 63: “ Deve-se destacar, no caso brasileiro, a competência para apreciar a constitucionalidade de emendas à Constituição, quando estas ameaçarem a integridade do amplo rol de cláusulas pétreas, estabelecido por força do artigo 60, par. 4º da Constituição. Esta atribuição conferiu ao Supremo a autoridade para emitir a última palavra sobre temas constitucionais em nosso sistema político, reduzindo a possibilidade de que o Tribunal venha a ser circundado pelo Congresso Nacional, caso este discorde de um de seus julgados, como acontece em muitos países.”

relação aos temas que constituem cláusulas pétreas, um autêntico diálogo constitucional não poderia ser reconhecido no Brasil.

Pensamos, contudo, que o fato da idéia central do diálogo constitucional ser inaplicável, no Brasil, em determinadas circunstâncias, não invalida a possibilidade do reconhecimento de sua aplicação de maneira geral no direito constitucional brasileiro. Além disso, mesmo nas hipóteses em que o Supremo Tribunal Federal exerce o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais (inclusive as de cunho corretivo da jurisprudência) relacionadas aos temas relativos às cláusulas pétreas, considerações democráticas recomendam a adoção de uma postura judicial de deferência em relação às escolhas interpretativas do Legislativo, o que não deixa de constituir um traço característico que remete à postura adotada pelos poderes na teoria do diálogo constitucional.

Demonstrada a compatibilidade da idéia central do diálogo constitucional com o ordenamento constitucional positivo brasileiro, precisamos avançar em direção à segunda indagação apontada: há dados empíricos que indicam a ocorrência de manifestações suscetíveis de serem enquadradas na teoria do diálogo constitucional? Em outros termos, temos casos concretos em que a definição de contornos de institutos constitucionais não se limitaram às decisões emanadas pelo Judiciário, mas que também tiveram a participação da atividade interpretativa do Legislativo?

Conforme já mencionado, com base nos conceitos já desenvolvidos no presente trabalho, podemos compreender a correção legislativa da jurisprudência como uma das manifestações possíveis do diálogo constitucional. A mecânica da correção legislativa da jurisprudência pressupõe um antecedente lógico, que é a existência de entendimento jurisprudencial acerca de determinado tema de natureza constitucional. Discordando da solução dada pelo Judiciário ao tema, o Legislativo pode então editar uma emenda constitucional que altere o texto constitucional com o intuito de superar o entendimento jurisprudencial. Mesmo após a edição da emenda constitucional corretiva, o debate ainda não foi necessariamente encerrado, no caso do direito brasileiro, pois pode caber ao Judiciário o controle de constitucionalidade

da emenda constitucional de forma a verificar eventual violação ao conteúdo de cláusula pétrea.

Note-se que no enredo da correção legislativa da jurisprudência, há uma idéia subjacente que permeia todo seu desenrolar e que possui nítida conexão com a tese central do diálogo constitucional: a interpretação judicial de um tema constitucional não necessariamente encerra o debate sobre o assunto<sup>224</sup>, visto que a legitimidade interpretativa que se reconhece ao Legislador possibilita que o mesmo busque prosseguir no debate sobre o tema e busque a alteração de tal interpretação.

Desta forma, sendo a correção legislativa da jurisprudência uma das manifestações do diálogo constitucional, para atender à pergunta formulada acerca de elementos empíricos que confirmem a existência do diálogo constitucional na prática brasileira podemos mencionar as diversas hipóteses de correção legislativa em matéria constitucional ocorrida em nosso país.

No regime constitucional posterior à Constituição de 1988, pelos menos *seis emendas constitucionais* aprovadas pelo Congresso Nacional continham dispositivos editados com o claro propósito de superar o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal Superior Eleitoral. Neste sentido cumpre citar:

a) A Emenda Constitucional no. 19/98 deu nova redação ao inciso XI do art. 37 da Constituição para estabelecer que “ *as vantagens pessoais e de qualquer natureza*” deveriam ser consideradas para o fim de fixação do teto remuneratório dos servidores públicos, com o claro propósito de corrigir o entendimento do Supremo Tribunal Federal na ADIN no. 14 (RTJ 130: 475/484) de que as vantagens pessoais não estariam abraçadas pelo teto remuneratório;

b) A Emenda Constitucional no. 20/98 conferiu nova redação ao art. 195, inciso I, da Constituição, para estabelecer na alínea “ a” que a contribuição social

---

<sup>224</sup> Conforme já exposto, trata-se de ponto bastante destacado por PICKERILL, J. Mitchell. *Constitutional deliberation in congress*. Duke: Duke University Press, 2004.

exigida dos empregadores seria incidente sobre a “ *folha de salários e demais*

*rendimentos do trabalho pagos ou creditados a qualquer título, à pessoa jurídica que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício*” . A alteração teve o intuito de superar o entendimento jurisprudencial do STF que, analisando o texto anterior no qual havia referência apenas à expressão “ folha de salários” , entendeu ser

inconstitucional a cobrança de contribuição previdenciária relativa aos trabalhadores autônomos pela Lei 7.787/89 (RE 166.772-9 DJ 12/05/94);

c) A Emenda Constitucional no. 29/00, cuja nova redação dada ao art. 156 §1º da Constituição Federal explicitou a possibilidade da progressividade fiscal do IPTU, contrariando o entendimento do Supremo Tribunal Federal;

d) A nova redação ao art. 155 §2º, IX, alínea “ a” da Constituição Federal

conferida pela Emenda Constitucional no. 33/01 estabeleceu a incidência do ICMS sobre a entrada de bem ou mercadoria importadas do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, contrariando o entendimento do STF;

e) A Emenda Constitucional no. 39/02 introduziu o art. 149-A na Constituição Federal prevendo a contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública, contrariando o entendimento do STF que não autorizava a cobrança da taxa de iluminação pública;

f) A Emenda Constitucional no. 52/06 deu nova redação ao §1º do art. 17 da Constituição Federal para superar o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral que considerou vedada a prática de coligações de partidos políticos diversas em âmbito nacional e local (Resolução no. 21.002 de 2002).

Nos últimos anos também foram verificadas correções legislativas pela via da edição de leis ordinárias tratando de questões que foram objeto de súmulas do Supremo Tribunal Federal. Nesta linha:

a) A Lei 10.628/2002 acrescentou o parágrafo 1º ao art. 84 do Código de Processo Penal para determinar que a competência especial por prerrogativa de

função no processo penal condenatório prevaleceria mesmo após cessar a investidura na função, procurando desta forma revigorar o entendimento consubstanciado na Súmula 394 do STF, que havia sido cancelada pelo Tribunal. No julgamento da ADIN 2860, o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional a mencionada inovação;

b) A Lei 11.301/2006 acrescentou o parágrafo segundo ao art. 67 da Lei 9.394/96 para estabelecer que “ *para os efeitos do disposto no § 5º do art. 40 e no § 8º do art. 201 da Constituição Federal, são consideradas funções de magistério as exercidas por professores e especialistas em educação no desempenho de atividades educativas, quando exercidas em estabelecimento de educação básica em seus diversos níveis e modalidades, incluídas, além do exercício da docência, as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico.*” A lei contraria frontalmente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consubstanciada na Súmula 726 pela qual “ *para efeito de aposentadoria especial de professores não se computa o tempo de serviço prestado fora da sala de aula.*”

Cumprido aduzir que além das correções legislativas já aprovadas, tramitam atualmente no Congresso Nacional outras propostas legislativas com o intuito de superar entendimentos jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal. Como exemplo, podemos citar:

a) Proposta de Emenda à Constituição no. 333/2004, que pretende alterar a redação do art. 29-A da Constituição da República para modificar a forma de cálculo do número de vereadores. Cuida-se de proposta que nitidamente pretende superar o entendimento firmado pelo STF no RE 197.917/SP (DJ 07/05/2004), que adotou critério que resultou na redução do número de vereadores em todo país, e na Resolução no. 21702/04 do TSE, que buscou dar aplicabilidade à mencionada decisão;

b) Proposta de Emenda à Constituição no. 581/2006, que pretende alterar o art. 150, VI, “ d” , que assegura a imunidade tributária aos livros, jornais e periódicos, para estabelecer que a imunidade abrangeria as contribuições sociais, contrariando

o entendimento do Supremo Tribunal Federal que já decidiu ser a imunidade mencionada restrita aos impostos (RE 342.336-3, DJ 11/06/2006);

c) Proposta de Emenda à Constituição no. 358/2005, que pretende acrescentar o art. 97-A à Constituição para estabelecer que a competência especial por prerrogativa de função em relação aos atos exercidos na função pública subsiste ainda que o inquérito ou ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função; cuida-se de evidente reação ao julgamento da ADIN 2860 pelo STF, que julgou inconstitucional dispositivo semelhante acrescentado ao Código de Processo Penal pela Lei 10.628/02.

Os exemplos mencionados tornam lícito concluir que mesmo empiricamente é possível sustentar a tese de que diversos temas constitucionais no Brasil não são decididos apenas com base nas interpretações judiciais, pois frequentemente o Legislativo atua com o escopo de modificar o entendimento consagrado. Isso reforça o argumento a favor da existência de traços da teoria do diálogo constitucional no direito brasileiro.

Cumpram-se ainda que a idéia do diálogo constitucional não se esgota nas hipóteses de correção legislativa da jurisprudência. Há situações em que, diante da consagração de um entendimento jurisprudencial acerca de matéria constitucional, o Legislativo acata a interpretação judicial, seja por intermédio de emendas constitucionais que incorporam ao texto constitucional o entendimento jurisprudencial, ou ainda por meio da alteração de normas legais.

Ora, também nestas hipóteses entendemos que está presente a idéia do diálogo constitucional. O diálogo não precisa resultar necessariamente em discordância (correção legislativa), mas pode também resultar no assentimento do Legislativo em relação a entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>225</sup>

---

<sup>225</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 67: "O próprio legislador, não raro, busca inspiração na jurisprudência para regular certos assuntos, ou para aprimorar e atualizar as normas já existentes."

A seguir apontamos alguns exemplos concretos no direito constitucional brasileiro destas manifestações, que podem assim reforçar nosso argumento empírico em favor da existência de traços da doutrina do diálogo constitucional em nosso país.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 163.204/SP<sup>226</sup>, havia assentada a tese que era inadmissível a acumulação de proventos de aposentadoria com vencimentos decorrentes da titularidade de cargos públicos, salvo nas hipóteses das exceções de acumulação de cargos públicos previstas na própria Constituição. A Emenda Constitucional no. 20/98 tornou expressa tal regra por meio do §10 ao art. 37 da Constituição.<sup>227</sup>

Em outra hipótese, o Supremo Tribunal Federal definiu no HC 88.240<sup>228</sup> que, em razão do Pacto de São José da Costa Rica e do art. 5º, inciso §2º da Constituição Federal, a única hipótese que subsiste no direito brasileiro de prisão por dívida é do devedor de alimentos. O art. 5º, inciso LXVII, da CF ainda prevê a possibilidade de prisão civil do depositário infiel. Encontra-se em tramitação no Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição no. 312/2008, que pretende conferir nova redação ao dispositivo mencionado para que seja excluída a menção do depositário. Na proposta, há expressa menção ao precedente do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

Outra hipótese: o Senado Federal adotou a Resolução no. 67/05 (DOU 8/12/05), que alterou a redação de dispositivos da Resolução no. 43/01 (que dispõe sobre as operações de crédito interno e externo dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive concessão de garantias, seus limites e condições de autorização, nos termos de competência conferida pela Constituição Federal no art. 52, VII). Em apertada síntese, as alterações efetuadas pela Resolução no. 67/05<sup>229</sup>

<sup>226</sup> Rel. Min. Carlos Velloso, Pleno, julgado em 9/11/1994.

<sup>227</sup> O exemplo é apontado por VALLE, Vanice Lírio do. *Constitucionalismo americano e a incorporação teórica dos separation of power games*. In: *Teoria da mudança constitucional*. Sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa. Duarte, Fernanda; Vieira, José Ribas. (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005, nota de rodapé 194.

<sup>228</sup> Rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, julgado em 7/10/08, DJ 24/10/08.

<sup>229</sup> Cumpre aduzir que a Resolução do Senado Federal n. 43/01 foi alterada, em relação ao mesmo tema, por outras resoluções além da n. 67/05, com o intuito de modificar a data de início da vigência das novas exigências trazidas pela Resolução n. 67/05. Assim é que a Resolução n. 21 de 4 de julho de 2006 estabeleceu como data de início da mencionada exigência 1º de janeiro de 2007. A Resolução n. 40 de 15 de dezembro de 2006 estabeleceu a data de 1º de maio de 2007. A Resolução n. 6 de 4 de junho de 2007 (DOU 5/6/07) estabeleceu a

pretenderam estabelecer a obrigatoriedade de que Estados, Distrito Federal e Municípios, como condição para celebração de operações de crédito, deveriam comprovar não apenas a situação de regularidade própria, mas também das entidades da administração indireta.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal já havia adotado em alguns precedentes a tese de que a administração direta de um ente político não poderia sofrer sanções decorrentes de eventuais descumprimentos de obrigações de entidades da administração indireta (dotadas de personalidade jurídica própria), em razão do postulado da intranscendência subjetiva das relações obrigacionais e das sanções jurídicas correlatas, de forma que a imposição de sanções aos entes políticos nesta situação violaria o próprio devido processo legal. Trata-se de entendimento explicitado em pelo menos em dois precedentes: na Ação Ordinária no. 1.033<sup>230</sup> e na Ação Cautelar no. 266<sup>231</sup>.

Por intermédio da Resolução no. 48 de 23 de dezembro de 2008 (DOU 24/12/2008), o Senado Federal suprimiu a exigência em exame. Na justificativa do projeto de resolução que resultou na mencionada norma (PRS no. 66 de 2008), elaborado pelo Senador Eduardo Azeredo, há expressa referência aos dois precedentes mencionados do Supremo Tribunal Federal como argumento favorável à tese de que a exigência formulada anteriormente seria descabida. O parecer da comissão de assuntos econômicos do Senado acerca do projeto (elaborado pelo Senador Romero Jucá) também ressaltou a existência de precedentes do Supremo Tribunal Federal respaldando a tese do projeto de resolução.<sup>232</sup>

Outro exemplo de decisão adotada pelo Supremo Tribunal Federal que não ocasionou uma correção legislativa, mas sim a incorporação do entendimento jurisprudencial pelo Legislador, que adaptou a legislação para adequá-la ao entendimento jurisprudencial, ocorreu em relação ao tema da progressão de regime

---

data de 1º de janeiro de 2008 e a Resolução n. 49/07 havia fixado o início de sua exigibilidade para 1º de janeiro de 2009.

<sup>230</sup> Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJ 16/06/2006.

<sup>231</sup> Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJ 28/10/04.

<sup>232</sup> Neste sentido, o seguinte trecho do citado parecer: “ A verificação de adimplência somente dos órgãos da administração direta encontra amparo nas manifestações do Judiciário, como mostra a justificação do projeto.”

prisonal nos crimes hediondos.<sup>233</sup> Como se sabe, o STF no HC 82959/SP (DJ 01/09/2006) julgou inconstitucional o §1º do art. 2º da Lei 8072/90, que vedava a mencionada progressão de regime de pena. O Congresso Nacional editou em seguida a Lei 11.464/07, estabelecendo os critérios para a progressão do regime. A mencionada decisão do STF foi objeto dos debates legislativos que originaram a norma (Projeto de Lei 6793/06).<sup>234</sup>

Resta, portanto, responder à terceira questão formulada: pode-se afirmar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal inclina-se em sentido favorável à teoria do diálogo constitucional? Ou seja, a jurisprudência do STF vê com bom olhos tentativas do Legislativo de modificação, mesmo por intermédio de lei ordinária, de entendimentos jurisprudenciais consolidados naquele Tribunal?

Sobre o tema, há pelo menos dois julgados do STF verdadeiramente simbólicos. A análise dos precedentes revela uma discrepância de posicionamentos jurisprudenciais acerca de questões semelhantes levadas à apreciação do Tribunal.

O primeiro precedente, certamente um dos mais relevantes do Supremo Tribunal Federal em matéria de correção legislativa da jurisprudência, ocorreu por ocasião do julgamento da ADIN no. 2860-DF (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19/12/2006). No caso, discutia-se a constitucionalidade das alterações promovidas pela Lei 10.628/02, que acrescentou o parágrafo 1º ao art. 84 do Código de Processo Penal para determinar que a competência especial por prerrogativa de função no processo penal condenatório prevaleceria mesmo após cessar a investidura na função. Tal disposição contrariava de forma frontal o entendimento do STF sobre o tema advindo com o cancelamento da Súmula no. 394, ocorrido por

---

<sup>233</sup> É de se notar, contudo, que houve no Congresso Nacional tentativa de correção legislativa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal por meio da Proposta de Emenda à Constituição no. 521/2006, que pretendia conferir nova redação ao art. 5º, inciso XLIII da Constituição para vedar expressamente a progressão de regime de pena nos crimes hediondos, em evidente reação à decisão do STF no HC 82959/SP (no próprio texto da proposta de emenda houve menção expressa ao precedente do STF). A Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, acolhendo parecer do Deputado Benedito de Lira, reconheceu entretanto a inadmissibilidade da emenda em razão da inconstitucionalidade material, por violação art. 60, §4º da CF. O parecer sustentou a tese de que o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI) seria uma cláusula pétrea. Houve também menção no parecer à decisão do Supremo Tribunal Federal que havia considerado inconstitucional o §1º do art. 2º da Lei 8072/90. (Parecer publicado no Diário da Câmara dos Deputados de 15 de abril de 2008).

<sup>234</sup> Neste sentido, o parecer da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, efetuado pelo Deputado Luiz Eduardo Greenhalgh.

ocasião do julgamento do INQ 647-QO.<sup>235</sup> Em outros termos, a inovação legislativa pretendia restabelecer em parte a jurisprudência assentada na súmula mencionada, que fora posteriormente cancelada.<sup>236</sup>

Tal escopo restou expressamente delimitado nos debates legislativos que originaram a norma em exame, oriunda do Projeto de Lei 6295/02, do Deputado Bonifácio de Andrada. Houve inclusive a menção, nas razões da proposição legislativa, de que a proposta legislativa vinha em sentido idêntico à solução preconizada pelo Ministro Sepúlveda Pertence (acompanhado pelos Ministros Nelson Jobim, Néri da Silveira e Ilmar Galvão) no julgado que resultou no cancelamento da Súmula 394 (INQ no. 687-4).<sup>237</sup>

No julgamento da mencionada ADIN 2860, prevaleceu por maioria o entendimento preconizado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, que considerou inconstitucional a inovação legislativa. Em seu voto, o Ministro assentou a tese de que o legislador não pode se valer de lei ordinária para “ *alterar jurisprudência*

*assente do Supremo Tribunal Federal, fundada direta e exclusivamente na interpretação da Constituição da República*” . Nesta hipótese, cuidar-se-ia de

inconstitucionalidade formal, pois uma norma inferior estaria tentando ditar a interpretação de uma norma de hierarquia superior. Destacou ainda o Ministro que

quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisdição constitucional, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental.

<sup>235</sup> Rel. Min. Sidney Sanches, Pleno, j. 25/8/99, DJ 8/10/2001.

<sup>236</sup> Os detalhes das discussões travadas no STF por ocasião do cancelamento da Súmula 394 foram bem examinados por MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 281/286.

<sup>237</sup> Neste sentido, o seguinte trecho da justificação do projeto de lei: “ A proposição ora apresentada, não é, pelo visto, a de restabelecer o inteiro teor do enunciado na Súmula no. 394, mas apenas e tão somente o de recobrar seu o princípio basilar, sem dúvida já enraizado no constitucionalismo brasileiro, assegurando, para garantir a tranquilidade do exercício do cargo ou do mandato, a prerrogativa de foro para além da cessação do exercício funcional apenas quando se tratar de crime cometido no exercício do cargo ou a pretexto de exercê-lo. Aliás, quando da decisão que cancelou a Súmula no. 394, o eminente Ministro Sepúlveda Pertence apresentou sugestão idêntica, no que foi acompanhado pelos Ministros Nelson Jobim, Néri da Silveira e Ilmar Galvão (...)” Diário da Câmara dos Deputados, 5 de abril de 2002, p. 13601/13602. O posicionamento do Ministro Sepúlveda Pertence no julgado em questão também foi destacado no Relatório do Deputado André Benassi, aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

O Ministro Eros Grau discordou da posição adotada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, destacando que o legislador também se afigura como intérprete legítimo da Constituição, sendo lícita a edição de ato normativo que contraste entendimento do STF. Desta forma, não haveria na hipótese caso de inconstitucionalidade por vício formal.

Baseado especialmente nas lições de Loewenstein, o Ministro Eros Grau aduziu que

coartar a faculdade do Poder Legislativo, de atuar como intérprete da Constituição, isso nos levaria a supor que nossos braços, como as árvores - na metáfora de LOEWENSTEIN - alcançam o céu. Eis, no caso, a nossa função: verificarmos se a lei ordinária é adequada à Constituição - interpretando também, é óbvio, a Constituição.

Com este raciocínio, o Ministro destacou a possibilidade de o Congresso editar norma em sentido diverso da interpretação do STF apenas quando não se tratar de hipótese em que a Corte tenha decidido pela inconstitucionalidade de uma lei. Logo, na hipótese em exame, caberia ao STF examinar apenas se a Lei 10.628/02 teria ou não ampliado a competência jurisdicional atribuída pela Constituição para o julgamento de determinadas autoridades.

O Ministro Gilmar Mendes também afirmou em seu voto a possibilidade de o legislador ordinário editar lei em sentido diverso do preconizado na jurisprudência do STF, afastando a tese de inconstitucionalidade formal na hipótese. Para corroborar a tese, mencionou a conhecida doutrina de Peter Häberle acerca da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, propugnando no sentido de que o Supremo Tribunal Federal estivesse “ *aberto não somente às mudanças legislativas, mas sobretudo, ao modo pelo qual essa legislação deve ser interpretada à luz das alterações sociais, históricas e culturais.*” Em outro trecho bastante significativo para o exame do tema em questão, destacou o Ministro Gilmar Mendes que

*não é possível presumir, portanto, a inconstitucionalidade dos dispositivos atacados simplesmente porque eles contrariam a “última palavra” conferida pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema. O que pretendo ressaltar, pelo contrário, é o fato de que se o legislador federal (re)incide, cria ou regula essa matéria constitucional de modo inteiramente diverso, o “diálogo”, o debate institucional deve continuar.*

A tese adotada pelo Ministro Sepúlveda Pertence prevaleceu no julgamento e a ADIN foi julgada procedente, vencidos os ministros Eros Grau, Gilmar Medes e Ellen Gracie.

Para o tema em exame no presente trabalho, a fundamentação do acórdão é de maior interesse do que o resultado final quanto ao mérito do julgamento. É viável defender a inconstitucionalidade material da tentativa perpetrada pela Lei 10.628/02 de estender a prerrogativa de foro mesmo após o término da função pela autoridade pública (argumentando que a lei aumentou o âmbito de competências exaustivamente elencadas na Constituição) e ainda assim criticar o fundamento principal da decisão majoritária, que foi a consideração de que seria inviável a edição de lei ordinária com o intuito de estabelecer interpretação constitucional diversa da preconizada pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>238</sup>

A fundamentação adotada pelo STF neste julgado gera a impressão de que o Tribunal não está aberto ao diálogo constitucional com os demais Poderes do Estado acerca da interpretação das cláusulas constitucionais. A tese vencedora apoiou-se muito pouco em considerações acerca da violação da lei em exame com o texto constitucional (inconstitucionalidade material) e destacou de forma mais contundente a circunstância de que a lei contrariou entendimento do STF, significando verdadeira inconstitucionalidade formal, o que violaria a condição do Tribunal de intérprete maior da Constituição.

Em outros termos, a mera circunstância do Legislativo ter adotado uma interpretação diversa daquela vigente no *momento* no Supremo Tribunal Federal funcionou como uma espécie de *questão preliminar* que uma vez decidida impediu que o Tribunal pudesse analisar o mérito da questão, qual seja, a compatibilidade *material* da medida legislativa com a Constituição.

---

<sup>238</sup> Neste sentido, SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, n.9, 2009, p. 95-131: “ Na questão de fundo abordada naquele caso, entendo que o STF estava certo. Tratava-se de invalidar uma norma legal que estendera o foro de prerrogativa de função a ex-ocupantes de cargos públicos, visando a restaurar antiga jurisprudência do STF, sedimentada na Súmula 394 do Tribunal, que acabara de ser cancelada. O princípio republicano não era compatível com tal medida, que configurava nítido privilégio. O que me parece inaceitável e profundamente anti-democrático, com a devida vênia, não é o resultado alcançado pela Corte - com o qual concordo - mas o argumento empregado, de que o legislador não pode interpretar a Constituição.”

Luís Roberto Barroso afirma que a decisão é sujeita a críticas, visto que se a norma constitucional (art. 102, I, “ b” ) comportava mais de uma interpretação razoável, conforme deixava clara a própria variação da jurisprudência do STF ao longo do tempo sobre a questão, seria discutível impedir que o legislador pudesse escolher entre uma delas, como fez por intermédio da Lei 10.628/02. A hipótese seria caracterizada como verdadeira mutação constitucional materializada pela atuação legislativa.<sup>239</sup>

Note-se que na hipótese em julgamento não se tratava sequer de caso de declaração de inconstitucionalidade de lei anterior efetuada pelo STF com posterior edição de ato normativo semelhante em sentido contrário, situação em que seria mais fácil sustentar a tese da supremacia da interpretação conferida pelo Judiciário sobre determinado dispositivo da Constituição.<sup>240</sup>

Tais conclusões adotadas neste precedente tornariam possível o entendimento de que a tendência do STF seria negar a possibilidade de estabelecimento de um diálogo constitucional com o Legislativo, ao menos na hipótese em que este se valesse de lei ordinária para modificar entendimento jurisprudencial fixado pelo STF na interpretação de dispositivo constitucional.

Não obstante, é curioso notar que apenas quatro meses antes da decisão adotada na ADIN no. 2860, o Supremo Tribunal Federal havia decidido questão semelhante em sentido diametralmente oposto, por ocasião do julgamento da ADIN no. 3289.<sup>241</sup> Na hipótese, tratava-se de ação direta de inconstitucionalidade contra a Lei 11.036/04, que convertera a Medida Provisória no. 207 de 13/08/2004. O objetivo da medida foi conferir o *status* de Ministro de Estado ao Presidente do Banco Central do Brasil, de forma a assegurar a competência especial por prerrogativa de foro, cabendo ressaltar que o parágrafo único do art. 2º da mencionada espécie normativa estendeu a prerrogativa de foro aos atos administrativos praticados pelos ex-ocupantes do mesmo cargo no exercício da função.

---

<sup>239</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 133/134.

<sup>240</sup> Ainda nesta hipótese, como é cediço, nada impediria que o Supremo Tribunal Federal reexaminasse a questão à luz da nova lei editada e modificasse seu entendimento anterior para declarar a constitucionalidade da lei, situação em que seria verificada verdadeira “ mutação constitucional” sem alteração do texto.

<sup>241</sup> Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. 15/09/2005, DJ 03/02/2006.

Em outros termos, a Lei 11.036/04 possuía escopo idêntico ao da Lei no. 10.628/02 (declarada inconstitucional na ADIN no. 2860): restabelecer a jurisprudência que vigorava sob a égide da Súmula no. 394 do STF, para os ocupantes e ex-ocupantes do cargo de Presidente do Banco Central. Não obstante, a decisão do STF na ADIN no. 3289 foi reconhecer, por maioria<sup>242</sup>, a constitucionalidade da inovação legislativa.<sup>243</sup>

Em outro julgado bastante recente, o Supremo Tribunal Federal acatou uma clara correção legislativa de seu entendimento jurisprudencial consubstanciado em súmula por intermédio da edição de lei ordinária, contrariando frontalmente a posição defendida na ADIN no. 2860.

Como já foi mencionado, o Supremo Tribunal Federal, em diversos precedentes, interpretando o disposto no art. 40, §5º, da Constituição Federal, havia fixado o entendimento de que a redução dos requisitos de tempo de contribuição e idade para efeito de aposentadoria do professor abrangeria apenas o tempo de serviço prestado pelo professor em sala de aula.<sup>244</sup> O entendimento acabou sendo cristalizado pela Súmula 726, publicada no DJ de 9/12/2003, pela qual “ *para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora da sala de aula*” . A Lei 11.301/2006 acrescentou o parágrafo segundo ao art. 67 da Lei 9.394/96 para estabelecer que:

para os efeitos do disposto no § 5º do art. 40 e no § 8º do art. 201 da Constituição Federal, são consideradas funções de magistério as exercidas por professores e

<sup>242</sup> Vencidos na integralidade os Ministros Carlos Britto, Marco Aurélio, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence e parcialmente o Ministro Celso de Mello.

<sup>243</sup> A divergência entre os julgados que tratavam de temas semelhantes foi bem destacada por MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 291: “ O que chama a atenção na decisão do Tribunal, contudo, nas extensas duzentas e vinte e seis páginas ao longo das quais os Ministros deduziram seus votos e debateram a questão, é a intrigante ausência de qualquer referência à decisão proferida nas ADIN no 3.289 e 3.290, quando situação idêntica foi examinada e resultou em solução absolutamente antagônica. Nem mesmo o Ministro Gilmar Mendes, que fora seu Relator e que saiu em defesa da extensão da prerrogativa de foro aos ex-ocupantes de cargos também no julgamento das ADINs nos 2.860 e 2.797, deduzindo extenso voto sobre o assunto, mencionou julgado tão semelhante e recente.”

<sup>244</sup> Neste sentido, ADIN no. 2253, Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 26/10/2001; AGRG no REXT 276.040-4, Primeira Turma, DJ 19/10/2001, *verbis*: “ EMENTA: APOSENTADORIA ESPECIAL DE PROFESSOR.

CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO EM ATIVIDADES FORA DE SALA DE AULA. IMPOSSIBILIDADE. Entendimento pacificado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em julgamentos proferidos por seu Plenário e por suas duas Turmas, no sentido da exigência do efetivo exercício de funções que são próprias do magistério, em sala de aula, para aposentadoria especial de professor. Agravo regimental desprovido.”

especialistas em educação no desempenho de atividades educativas, quando exercidas em estabelecimento de educação básica em seus diversos níveis e modalidades, incluídas, além do exercício da docência, as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico.

A parte final do dispositivo é clara tentativa de corrigir o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal consubstanciado na Súmula 726, pois pretendeu incluir no âmbito de aplicação do art. 40, §5º da Constituição Federal as atividades de direção de unidade escolar, coordenação e assessoramento pedagógico, que não são exercidas em sala de aula, fato que contrariava o entendimento contido na Súmula.<sup>245</sup>

A norma em tela foi objeto da ADIN no. 3.772, proposta pelo Procurador-Geral da República. Uma das alegações ventiladas na ação foi exatamente o descompasso entre a inovação legal e o entendimento jurisprudencial do STF consagrado na Súmula 726.

Se o Supremo Tribunal Federal adotasse o mesmo entendimento consagrado na ADIN 2.860, poder-se-ia esperar que a Lei 11.301/06 também teria sua inconstitucionalidade reconhecida pelo Tribunal, pois as hipóteses são bastante semelhantes. Em ambos os casos, o Legislador pretendeu, por via de edição de lei ordinária, modificar entendimento jurisprudencial do STF baseado em interpretação de norma constitucional. No caso da Lei 11.301/06, a correção legislativa da jurisprudência era ainda mais evidente, pois se tratava de tentativa de reverter entendimento consagrado em súmula vigente do Tribunal.

Ocorre que a ADIN no. 3772<sup>246</sup> foi julgada apenas parcialmente procedente para, mediante interpretação conforme à Constituição, excluir da aposentadoria

<sup>245</sup> A Lei no. 11.301/06 teve sua origem no Projeto de Lei no. 4671/2004, da Câmara dos Deputados. Nos registros dos debates legislativos que originaram a espécie legislativa não houve menção à Súmula no. 726 do Supremo Tribunal Federal, mesmo no parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Na apresentação do projeto de lei, houve menção a precedente da 2ª Turma do STF (RE 196.707-2, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 3/8/2000), que reconhecia a aposentadoria em tempo diferenciado para a atividade orinetação educacional, como uma das justificativas para a aprovação do projeto, sob a alegação de que o STF adotaria um conceito ampliado de “funções de magistério”. Não obstante, entendemos que o precedente ventilado constituiu julgado isolado, que não representava a jurisprudência dominante no âmbito do STF, consagrada na Súmula no. 726.

<sup>246</sup> Relator para acórdão Ministro Ricardo Lewandowski, DJ 27/03/2009. Restaram vencidos os Ministros Carlos Britto (Relator), Carmen Lúcia e Joaquim Barbosa, que julgavam procedente a ação e a Ministra Ellen Gracie, que julgava totalmente improcedente a ação.

especial apenas os especialistas em educação mencionados na alteração legislativa. Vale conferir a ementa do julgado:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE MANEJADA CONTRA O ART. 1º DA LEI FEDERAL 11.301/2006, QUE ACRESCENTOU O § 2º AO ART. 67 DA LEI 9.394/1996. CARREIRA DE MAGISTÉRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL PARA OS EXERCENTES DE FUNÇÕES DE DIREÇÃO, COORDENAÇÃO E ASSESSORAMENTO PEDAGÓGICO. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 40, §4º, E 201, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INOCORRÊNCIA. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE, COM INTERPRETAÇÃO CONFORME. I - A função de magistério não se circunscreve apenas ao trabalho em sala de aula, abrangendo também a preparação de aulas, a correção de provas, o atendimento aos pais e alunos, a coordenação e o assessoramento pedagógico e, ainda, a direção de unidade escolar. II - As funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico integram a carreira do magistério, desde que exercidos, em estabelecimentos de ensino básico, por professores de carreira, excluídos os especialistas em educação, fazendo jus aqueles que as desempenham ao regime especial de aposentadoria estabelecido nos arts. 40, § 4º, e 201, § 1º, da Constituição Federal. III - Ação direta julgada parcialmente procedente, com interpretação conforme, nos termos supra.

A decisão adotada, portanto, apesar de excluir expressamente os especialistas em educação, manteve a aplicação preconizada pela Lei 11.301/06 da aposentadoria especial no que se refere aos professores que exercem cargos de direção de unidade escolar, coordenação e assessoramento pedagógico, o que contraria o teor da Súmula no. 726 do STF. Em outras palavras, o STF admitiu que por meio de lei ordinária houvesse modificação, ainda que parcial, de entendimento consagrado pelo Tribunal de interpretação de dispositivos constitucionais.

Contudo, apesar do entendimento adotado no mencionado precedente adotar linha diversa da acolhida no julgamento da ADIN no. 2.860, inexistiu no acórdão referências à questão da legitimidade do Legislador adotar por meio de lei ordinária entendimento diverso daquele fixado pelo STF na interpretação de dispositivo constitucional. Não se cogitou, portanto, ao contrário do que foi afirmado pela maioria vencedora na ADIN no. 2860, de inconstitucionalidade formal da lei corretiva da jurisprudência. A questão central debatida ao longo dos votos dos ministros foi a questão de mérito, ou seja, a interpretação do alcance dos dispositivos constitucionais que atribuíam requisitos de aposentadoria diferenciados para os professores.

Não estamos realmente convencidos do acerto da decisão da maioria vencedora em relação ao *mérito* da questão. O voto vencido do Ministro Carlos Britto trouxe substanciosos argumentos muito bem articulados em prol da manutenção da

jurisprudência fixada na Súmula no. 726, ou seja, a favor da tese de que a Constituição somente procurou abranger, para efeito de aposentadoria diferenciada, o tempo de serviço exercido pelo professor em sala de aula. A análise do mérito da questão, todavia, não é importante para o escopo do presente trabalho e não será abordada.<sup>247</sup>

Importa-nos, para efeito do presente trabalho, radiografar o mencionado precedente e buscar identificar no mesmo traços da presença da idéia do diálogo constitucional. E estes realmente se fazem presentes. Na hipótese, o STF admitiu a modificação de interpretação de dispositivo constitucional que havia sido consagrada em súmula por intermédio de lei ordinária. Ou seja, na hipótese, ao contrário do que ocorreu na ADIN no. 2860, a simples circunstância de a lei editada contrariar entendimento jurisprudencial consolidado pelo STF não funcionou como espécie de questão preliminar que impedia a análise do mérito. Ao contrário, diante da lei de correção legislativa da jurisprudência, o STF admitiu *rediscutir* a questão e acabou atingindo um resultado final diverso daquele preconizado no entendimento jurisprudencial precedente.

Logo, os precedentes mencionados do STF trazem entendimentos diversos em relação à legitimidade do Legislativo empreender por lei ordinária alteração de entendimento jurisprudencial do Tribunal acerca de dispositivo constitucional, não sendo possível definir, no momento, qual a linha jurisprudencial que o STF adotará na matéria em questão.

O fato é que a nosso ver supremacia judicial, supremacia legislativa e teoria do diálogo constitucional não são opções que se excluam mutuamente quando se procura solucionar a questão de saber quem deve ser o intérprete mais legitimado dos temas constitucionais e, portanto, definir as hipóteses legítimas de correção legislativa da jurisprudência. Em verdade, a relação entre tais teorias não se opera necessariamente pela lógica da exclusão mútua. A solução para o problema da “última palavra”, ao menos no caso do direito brasileiro, parece estar justamente na

---

<sup>247</sup> Sustentando a inconstitucionalidade da lei em questão, MARTINS, Bruno Sá Freire. A eficácia temporal e a inconstitucionalidade da lei n. 11.301/2006. *Revista de Previdência Social*, v.30, nº 308, p. 469-473, 2006.

tentativa de ser viabilizada a convivência entre a supremacia judicial e a idéia do diálogo constitucional.

O fato de um sistema constitucional claramente adotar a tese da supremacia judicial (como no caso da Constituição de 1988) da interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal em questões de natureza constitucional não significa que tal supremacia não possa ser exercida com deferência às opiniões dos outros poderes<sup>248</sup>, o que caracterizaria a adoção ainda que parcial da tese do diálogo constitucional.

O exercício da jurisdição constitucional pelo STF é exercido de forma bastante diversa se adotada a tese da supremacia judicial sem os temperamentos da teoria do diálogo constitucional. A adoção da supremacia judicial extremada conduz a uma postura de antipatia irrefletida a leis que tenham o viés corretivo da jurisprudência da corte em matéria constitucional, não criando um clima propício para que a corte possa reavaliar o acerto do próprio entendimento jurisprudencial que gerou a reação do legislativo. A tendência da corte será rejeitar de início a correção legislativa sob a argumentação única de que desrespeitou a postura adotada pelo STF que constitui o intérprete final da Constituição, sem preocupar-se com as razões que levaram o Legislador a adotar tal norma corretiva, ou seja, sem possibilitar que temas de relevância possam ser rediscutidos. Trata-se da postura adotada pela maioria vencedora no caso da ADIN no. 2860.

Já o exercício da jurisdição constitucional pelo STF com a supremacia judicial temperada pela teoria do diálogo constitucional conduz a uma postura significativamente diversa. As correções legislativas não são examinadas com

---

248 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Seleções Jurídicas Advocacia Dinâmica*, COAD, 2009, p. 34-40: “ A Constituição não pode ser ubíqua. Observados os valores e fins

constitucionais, cabe à *lei*, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa

vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes

de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição.” PIRES, Thiago Magalhães. Crônicas

do subdesenvolvimento: jurisdição constitucional e democracia no Brasil. *Revista de Direito do Estado*, n. 12, p. 203: “ Neste ponto, é de extrema importância que os juízes atuem dentro dos limites erigidos pelo texto da

Constituição e pelos parâmetros e métodos desenvolvidos pela doutrina, cientes, ademais, de que desempenham uma função contramajoritária. Tudo isso exige uma autocontenção do Judiciário e, conseqüentemente, um certo grau de deferências às opções políticas da maioria.”

antipatia, mas como uma oportunidade do próprio Tribunal rever o entendimento jurisprudencial que gerou a reação legislativa, considerando que a interpretação conferida pelo legislador é razoável e compatível com um sentido possível do texto constitucional, verificando inclusive a possibilidade de ter se operado uma mutação constitucional. Em razão da supremacia judicial, a correção legislativa pode até ser rejeitada pelo STF, mas não o será com base apenas em um critério puramente formal – ou seja – pelo simples fato de ter contrariado a interpretação do Tribunal. A

rejeição da correção legislativa se dará com base em argumentação que ratificará a postura adotada pela corte no precedente que gerou a reação legislativa, combinada com a circunstância de que o legislador ofereceu uma solução alternativa que é *materialmente* incompatível com a Constituição, segundo a interpretação conferida pela corte.

Em outros termos, a adoção da supremacia judicial temperada pela teoria do diálogo garante que a rejeição pelo Supremo Tribunal Federal de correções legislativas seja obrigatoriamente fundamentada à luz dos aspectos materiais da questão envolvida, ou seja, possibilita que a questão em exame possa ser novamente revisitada pelo Tribunal após ter sido objeto de deliberação pelo Legislativo.

Ou seja, no direito constitucional brasileiro, a adoção do sistema da supremacia judicial das decisões do STF pode representar o *limite* mais relevante à teoria do diálogo constitucional, mas não o seu *afastamento* da jurisdição constitucional brasileira.

### 1.5.2 Diálogo constitucional: um novo nome para idéias antigas?

O escopo do presente trabalho é focar os *aspectos institucionais* da interpretação constitucional, desenvolvendo argumentos em prol da participação de todos os poderes, e não apenas o Judiciário, no processo de construção dos conceitos constitucionais, o que constitui a idéia central da doutrina do diálogo

constitucional, enxergando a correção legislativa da jurisprudência como uma das manifestações de tal doutrina.

É inegável, contudo, que o reconhecimento da legitimidade do Legislador adotar escolhas interpretativas legítimas no seio da interpretação constitucional não é propriamente uma novidade advinda com o reconhecimento atual da idéia de diálogo constitucional. Diversas ferramentas metodológicas antigas da teoria geral da interpretação constitucional já indicavam a legitimidade das escolhas legislativas em tema de interpretação dos dispositivos constitucionais, recomendando que no exercício da *judicial review* o Judiciário deveria considerar necessariamente tais aspectos.

O princípio da presunção de constitucionalidade das leis, já referenciado no presente trabalho, a doutrina da auto-contenção judicial e a doutrina das questões políticas<sup>249</sup> são exemplos de tais ferramentas. Em todas elas está latente a idéia comum de que o exercício da *judicial review* deve ser exercido com a consideração de que o Legislativo é um intérprete legitimado da Constituição.

Sendo assim, a doutrina do diálogo constitucional traria as mesmas idéias tradicionais com uma nova roupagem? Em nossa avaliação, o diálogo constitucional, embora apresente semelhanças com as mencionadas técnicas tradicionais de interpretação constitucional, não se confunde propriamente com as mesmas. Isto porque tais técnicas tradicionais são ferramentas da *interpretação judicial*, ou seja, são utilizadas na medida em que o intérprete judicial se disponha a utilizá-las. Pressupõe, desta forma, uma *disposição* do Judiciário de empregar tais ferramentas. Nestas hipóteses, utilizando a linguagem já mencionada de Conrado Hübner, a idéia do diálogo, acaso presente, se manifestaria “ no interior da decisão judicial” .

Pensamos, contudo, que a faceta mais virtuosa do ideal do diálogo constitucional seja exatamente a mencionada por Hübner como o “ diálogo como produto necessário da separação de poderes” . Nesta linha de racínio,

o\_\_\_\_\_

<sup>249</sup> Acerca da doutrina da auto-contenção judicial e a doutrina das questões políticas, na doutrina brasileira, há o excelente trabalho de MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

estabelecimento do diálogo constitucional não depende da *adoção* pelo Judiciário de técnicas interpretativas que propiciem uma postura de deferência em relação às interpretações legislativas, sendo visto como uma *decorrência natural* da separação de poderes. Tal faceta possui a vantagem ainda de desmistificar, conforme os aportes da ciência política, a idéia de que a atividade da interpretação constitucional pelo Judiciário estaria encastelada em uma torre afastada das interações políticas oriundas de suas decisões.

Em outras palavras, por intermédio das técnicas tradicionais de interpretação judicial mencionadas, a legitimidade interpretativa do Legislativo pode ser reconhecida sob a condição de que o Judiciário assim o permita, no âmbito do exercício de sua supremacia judicial. Seria como se no exercício da *judicial review* a corte constitucional dissesse: *embora a interpretação judicial desfrute de supremacia, nós entendemos que o Legislador nesta hipótese adotou uma das interpretações possíveis do dispositivo constitucional, de forma que não iremos reconhecer a inconstitucionalidade da espécie normativa.*

Na teoria do diálogo constitucional, a legitimidade interpretativa do Legislativo não é vista como aceitável apenas sob a condição de atender à “supervisão judicial” ,

mas sim como uma componente necessária do sistema de forças que caracteriza a separação de poderes, cujos reflexos são verificados também no âmbito da interpretação constitucional. Assim, o Legislativo não se engaja no diálogo sobre a construção dos conceitos constitucionais apenas quando tem a sua *entrada gentilmente permitida* pelo Judiciário – o Legislativo já é um *participante*

*constitucionalmente legítimo do diálogo* e assim deve ser tratado no exercício da jurisdição constitucional.

## 2 ASPECTOS GERAIS DA CORREÇÃO LEGISLATIVA DA JURISPRUDÊNCIA

### 2.1 Funções da Correção Legislativa da Jurisprudência no Estado Democrático de Direito

A correção legislativa da jurisprudência, como já explicitado, materializa um processo de interação entre os poderes do Estado. Em seu núcleo encontra-se a idéia de desacordo, ou seja, de insatisfação do Legislativo com o entendimento adotado pelo Judiciário acerca de um tema específico.

Desta forma, no âmbito do Estado Democrático de Direito, no qual o respeito às decisões judiciais pelos demais poderes constitui um dos pilares, a correção legislativa da jurisprudência, materializada por meio de emendas constitucionais ou leis infraconstitucionais, afigura-se como um meio legítimo de manifestação de insatisfação do Legislativo com a consolidação de determinado entendimento jurisprudencial julgado inadequado.

Em termos práticos, a correção legislativa da jurisprudência significa que a solução final de determinado assunto controvertido não ocorrerá necessariamente no âmbito do Judiciário. Se os órgãos deliberativos considerarem que a solução da questão se deu de forma incorreta pelo Judiciário, uma nova discussão da matéria pode ocorrer em âmbito legislativo, podendo resultar em um ato legislativo que regule o tema de forma diversa da que foi definida pela jurisprudência.

Acerca de tal aspecto, cumpre enfatizar as lições de Marcelo Neves, que propõe uma releitura do princípio da separação de poderes pelo desenvolvimento da tese de que o Estado Democrático de Direito legitima-se pela *circularidade e pluralidade* dos procedimentos eleitoral, legislativo-parlamentar, jurisdicional e político-administrativo. A pluralidade dos procedimentos exprimiria o dissenso

existente na esfera pública, permitindo que os valores e interesses presentes nesta esfera sempre tivessem permanentemente acesso ao Estado:

Assim sendo, os diversos procedimentos, estruturados circularmente, permitem que os valores e interesses presentes na esfera pública, assim como as exigências de esferas autônomas da sociedade, tenham sempre meios de acesso ao Estado de Direito. O controle recíproco entre os procedimentos impede uma decisão definitiva excludente. Seja em outro momento procedimental ou em outro tipo de procedimento (por exemplo, a declaração de inconstitucionalidade proposta por uma minoria parlamentar), os interesses, valores e exigências provisoriamente excluídos podem ressurgir como vitoriosos, exceto nos casos em que se pretende destruir a própria ordem da pluralidade procedimental.<sup>250</sup>

A noção desenvolvida por Marcelo Neves nos parece plenamente aplicável ao figurino da correção legislativa da jurisprudência, que é perfeitamente caracterizável como um dos instrumentos do processo de “circularidade dos procedimentos democráticos” no âmbito do Estado de Direito aludido pelo autor, impedindo a configuração de uma “decisão definitiva excludente”. Em outros termos, determinado interesse que tenha sido contrariado pela formação de entendimento jurisprudencial (procedimento jurisdicional) pode buscar sua afirmação no âmbito de outro procedimento, no caso da correção legislativa da jurisprudência, por meio do procedimento legislativo-parlamentar.

A correção legislativa da jurisprudência, como já adiantado, embora seja fenômeno bastante comum no cenário brasileiro, ainda é muito pouco abordada pela doutrina. Exceção pode ser feita à obra fundamental de Ricardo Lobo Torres, que examina com profundidade as implicações do fenômeno na esfera do direito tributário brasileiro<sup>251</sup>, enquadrando a correção legislativa como espécie de manifestação do gênero “interação entre a lei e a jurisprudência”.<sup>252</sup> Cíntia

Guimarães Morgado também desenvolveu importante trabalho sobre o tema, caracterizando a correção legislativa da jurisprudência como uma das novas facetas do sistema de freios e contrapesos típico da separação de poderes contemporânea.<sup>253</sup>

<sup>250</sup> NEVES, Marcelo. *Entre têmis e leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 195-196.

<sup>251</sup> A correção legislativa da jurisprudência em matéria tributária será desenvolvida com mais detalhes no próximo capítulo do presente trabalho.

<sup>252</sup> TORRES, Ricardo Lobo *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 447 et seq.

<sup>253</sup> MORGADO, Cíntia Guimarães. *Correção legislativa no sistema de freios e contrapesos*. In: XXXIII Congresso Nacional de Procuradores de Estado, 2007: “ Neste sentido, enquanto espécie de controle, conclui-se que a

Gilmar Ferreira Mendes também abordou o tema em exame, destacando a experiência constitucional norte-americana (a décima sexta emenda constitucional e o caso *Texas v. Johnson*). Menciona ainda a posição de Karl Loewenstein, que sustenta a tese de que nas hipóteses em que a corte judicial declara a inconstitucionalidade de lei somente uma emenda constitucional mostra-se apta a resolver a contenda, como ocorreu no caso da décima sexta emenda à constituição norte-americana. Loewenstein destaca, contudo, que a correção de decisões judiciais mediante lei superveniente é frequente, “podendo-se falar de um permanente jogo de xadrez entre Congresso e Suprema Corte, no qual aquele logra dar sempre o xeque mate.”<sup>254</sup>

Nossa intenção no presente momento é examinar os detalhes da mecânica que envolve o processo de correção legislativa da jurisprudência, bem como buscar entender qual o papel que tal instrumento pode desempenhar no âmbito de uma democracia constitucional. Várias questões podem ser ventiladas. A correção legislativa cumpre um papel relevante em uma democracia? Por meio da análise das hipóteses de correções legislativas, é possível entender melhor como se dá a interação entre Judiciário e Legislativo na definição de temas controvertidos? A edição de uma correção legislativa implica necessariamente na pacificação do tema no âmbito judicial?

Para responder estas e outras perguntas, passamos a analisar a preciosa contribuição de diversos estudos doutrinários no âmbito do Direito e da ciência política norte-americana, país onde o tema é objeto de intenso debate.

Inicialmente, devemos fazer uma observação relevante. Muitos estudos norte-americanos que serão mencionados cuidam do tema da correção legislativa da jurisprudência no âmbito de normas infraconstitucionais. A razão é simples: conforme

---

correção legislativa faz parte do sistema de freios e contrapesos enquanto interferência entre poderes. E, embora não prevista em nossa Carta, está em consonância com o princípio da separação de poderes que preza pela independência e harmonia entre os poderes, pois promove a interação entre eles, funcionando como gerador de retroalimentação e intercâmbio entre os órgãos, revisor de leis obscuras e obsoletas, criador de consenso político e de certeza jurídica.”

<sup>254</sup> MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. Estudos de direito constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 301/310.

já mencionado, a posição jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana indica que a superação de entendimentos da Corte em matéria constitucional não pode ser efetuada por lei infraconstitucional (*Texas v. Johnson, City of Boerne v. Flores e Dickerson v. United States*), mas somente por intermédio do difícil caminho naquele país da emenda constitucional.

Desta forma, a maior parte dos estudos e dos dados empíricos coletados pela doutrina norte-americana sobre o tema são relativos a correções legislativas de entendimentos jurisprudenciais da Suprema Corte ou do judiciário federal norte-americano acerca da interpretação de matérias reguladas por leis federais. Ora, se o escopo do nosso trabalho consiste em examinar o fenômeno da correção legislativa no âmbito do direito constitucional brasileiro (e, de forma, mais detalhada, em relação à matéria tributária tratada na Constituição), os estudos norte-americanos que serão abordados seriam adequados para cumprir tal escopo?

Entendemos que sim. Como é cediço, o perfil da Constituição brasileira é bem diferente da norte-americana. Trata-se de Constituição analítica, que possui em seu texto a regulamentação de diversos temas de duvidosa estatura constitucional, ou seja, que bem poderiam ser regulados por intermédio de leis infraconstitucionais, por constituírem matérias mais próximas às questões de política ordinária. A maior prova do acerto de tal conclusão é a grande quantidade de emendas constitucionais que o texto de 1988 experimentou até aqui. A histórica política recente do Brasil demonstra que a implementação de políticas dos últimos governos eleitos democraticamente passaram necessariamente por mudanças no texto constitucional.<sup>255</sup>

Desta forma, algumas conclusões dos estudos norte-americanos que tratam do tema da correção legislativa em matéria infraconstitucional podem ser aproveitadas para o estudo da correção legislativa no direito constitucional brasileiro, na medida em que em muitas ocasiões, os temas ventilados pela emendas

---

<sup>255</sup> COUTO, Cláudio Gonçalves; ARANTES, Rogério Bastos. Constituição, governo e democracia no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 21, n. 61, p. 42-62, 2006, p. 42/43: “ Por razões que este texto pretende elucidar, o fato é que os governos posteriores a 1988 se viram obrigados a desenvolver boa parte de sua produção normativa ainda no plano constitucional, isto é, por meio de modificações, acréscimos e/ou supressões de dispositivos localizados na própria Carta. Tomar decisões e implementar políticas governamentais são atividades que, no Brasil pós-1988, não lograram adquirir uma rotina apenas infraconstitucional. Pelo contrário, boa parte dessas atividades teve lugar no nível superior da hierarquia legislativa, ou seja, na própria Constituição.”

constitucionais corretivas no Brasil cuidam de questões de natureza tipicamente legal (como em relação a diversas questões de natureza tributária), mas que por serem formalmente previstas no texto constitucional, necessitam da maioria qualificada de 3/5 nas duas casas legislativas. Na prática, portanto, é este o aspecto que define a questão – o número de votos necessários para a mudança – e não a natureza

intrinsecamente constitucional do tema regulado. Em termos diretos, podemos dizer que a Constituição brasileira, em relação aos temas típicos da política ordinária, é mais assemelhada a uma lei, cuja modificação demanda um processo mais difícil.

## 2.2 Os aportes da doutrina norte-americana sobre a Correção Legislativa da Jurisprudência

Acerca da correção legislativa da jurisprudência na ciência política norte-americana, Jeb Barnes produziu obra específica e profunda sobre o tema.<sup>256</sup> O escopo da obra consiste em analisar, a partir de dados empíricos, as características principais que envolvem a edição pelo Congresso de leis de conteúdo corretivo de interpretações realizadas especialmente pela justiça federal norte-americana. O trabalho busca concentrar esforços nos aspectos da deliberação do Congresso e também os efeitos que as leis de cunho corretivo acarretam no comportamento judicial após sua edição.

Barnes afirma que a correção legislativa desempenha um papel fundamental na vida política norte-americana. Isto porque frequentemente as leis (e por consequência a interpretação das mesmas pelos tribunais) podem ser ambíguas, produzirem consequências indesejadas e trazerem conceitos de ordem científica ou valores políticos que se tornam ultrapassados. Neste cenário, a edição de correções legislativas pode ser um caminho para que o Congresso venha a corrigir tais equívocos.<sup>257</sup>

---

<sup>256</sup> BARNES, Jeb. *Overruled ?*: legislative overrides, pluralism, and contemporary court-Congress relations. Stanford: Stanford University Press, 2004.

<sup>257</sup> *Ibid.* p.4-5

Na visão do autor, a correção legislativa da jurisprudência também desempenha a importante função de permitir que os grupos insatisfeitos com as decisões judiciais tenham na arena legislativa uma nova oportunidade de expor argumentos que eventualmente não tenham sido considerados de forma correta pela decisão judicial. Isto pode contribuir para o fortalecimento do debate público acerca de assuntos controvertidos da sociedade.<sup>258</sup>

O autor procura investigar se tais “ promessas” da correção legislativa atingem um grau de realização adequado. Ou seja, o autor busca responder se as leis de conteúdo corretivo atingem o objetivo de esclarecer os pontos obscuros ou ultrapassados de determinada legislação, bem como se a questão atinge ou não um nível de pacificação no Judiciário após a correção legislativa. O autor procura também responder se o debate parlamentar da lei corretiva promove uma abertura a todos os interessados na matéria objeto da controvérsia.

Barnes desenvolve a tese de que o fenômeno da correção legislativa da jurisprudência pode ser encarado a partir de três visões distintas: a pluralista, a da captura e a hiperpluralista.

Aqueles que se filiam à visão pluralista enxergam o processo de elaboração das leis como resultado da interação contínua entre os diversos poderes do Estado. Tal interação entre os poderes gera a possibilidade de revisão de leis ultrapassadas e a criação progressiva de um consenso político acerca de determinado tema. Na visão pluralista, a correção legislativa é encarada como uma possibilidade real de estabelecimento de um *diálogo* entre os poderes. O diálogo se iniciaria com a edição pelo Congresso de uma lei. Na sua aplicação, os grupos atingidos poderiam recorrer aos tribunais, que poderiam ser chamados a preencher lacunas ou revelariam a existência de incorreções na lei. As decisões adotadas pelos tribunais, por sua vez, levadas ao conhecimento do Congresso, poderiam ensejar a revisão da lei por novo ato legislativo.<sup>259</sup>

---

<sup>258</sup> Ibid. p.5. Neste aspecto, a conclusão de Barnes é assemelhada à idéia de circularidade dos procedimentos no âmbito do Estado de Direito desenvolvida por Marcelo Neves.

<sup>259</sup> Ibid. p. 5

A visão da captura não compreende o sistema de separação de poderes como propício a ensejar um diálogo aberto entre os mesmos na direção do consenso. Nesta visão, tal sistema acaba por favorecer sistematicamente os interesses dos grupos sociais mais organizados, que conseguem impor a agenda de seus interesses nos três poderes. Desta forma, além de influenciarem de forma decisiva o Congresso para elaboração de leis que os favoreçam, tais grupos organizados também impõem seus interesses na seara judicial como litigantes habituais. Caso experimentem uma derrota em algum precedente judicial, tais grupos podem recorrer ao Congresso e instá-lo a editar lei de conteúdo corretivo.<sup>260</sup>

De acordo com a *visão hiperpluralista*, o sistema de separação de poderes norte-americano, ao propiciar que o processo de elaboração/concretização das leis seja fragmentado entre os poderes, estimula o Congresso a adotar correções legislativas vagas. Tais leis corretivas não resolvem a questão controvertida de forma explícita e devolvem para os tribunais o trabalho de resolver os aspectos mais controvertidos do tema. Desta forma, os parlamentares poderiam ganhar o crédito junto aos eleitores pela edição de lei corretiva que pretende superar um precedente judicial considerado inadequado, sem assumir o ônus de decidir acerca dos aspectos mais intrincados do tema.<sup>261</sup> Na visão hiperpluralista, mesmo que o Congresso editasse correções legislativas claras, ainda assim não haveria a garantia de que seria atingido um grau de consenso razoável acerca do tema regulado pela lei, considerando a diversidade ideológica dos juízes.

No âmbito do sistema de freios e contrapesos que caracteriza a separação de poderes norte-americana, Barnes defende a tese de que a correção legislativa da jurisprudência possui a vocação de desempenhar um papel decisivo nos tempos atuais, basicamente em função de alguns fatores principais.<sup>262</sup>

Em primeiro lugar, as sucessivas mudanças tecnológicas e científicas tendem a tornar as leis editadas no passado obsoletas, especialmente em áreas sensíveis a tais mudanças, como no direito da propriedade intelectual e no direito ambiental. Isto

---

<sup>260</sup> Ibid. p. 6-7

<sup>261</sup> Ibid. p. 7

<sup>262</sup> Ibid. p. 34

gera a necessidade da atividade legislativa no sentido de atualizar as leis, evitando desta forma o surgimento de decisões judiciais anacrônicas.<sup>263</sup>

Outra razão seria a necessidade de harmonização das decisões judiciais adotadas no país. A importância do papel do legislativo nesta seara seria justificada pelo próprio sistema norte-americano, que combina alguns fatores que propiciam a divergência na interpretação das leis: a frequente ambiguidade das leis; a circunstância do sistema judicial norte-americano ser descentralizado, propiciando autonomia a cada juízo de decidir de forma diversa à luz dos casos concretos; a marcante divergência ideológica entre os juizes nomeados pelos governos democratas e republicanos.<sup>264</sup>

Além disso, Barnes entende que o potencial de uniformização da interpretação das leis trazido pela correção legislativa pode servir para complementar o trabalho da Suprema Corte neste mesmo sentido, pois muitos casos de divergência acerca da interpretação das leis federais não chegam à corte maior daquele país.<sup>265</sup>

Analisando a literatura sobre o tema, Barnes entende ser possível apontar quatro conclusões a partir dos diversos estudos sobre a matéria:

a) a adoção de uma correção legislativa enfrenta obstáculos de natureza política, que começam com a dificuldade natural que todas as leis em geral enfrentam para sua aprovação nas casas legislativas até o temor dos congressistas. Ademais, a coalização de forças que aprovou a lei interpretada pela decisão judicial posteriormente questionada nos debates em torno da correção legislativa pode preferir a manutenção da interpretação judicial (mesmo que não seja a melhor) do que reabrir o debate político no legislativo sobre o tema controverso;

b) apesar dos obstáculos mencionados, as correções legislativas emanadas do Congresso tiveram efetivo incremento nos últimos anos;

---

<sup>263</sup> Ibid. p.35

<sup>264</sup> Ibid. p.35-37.

<sup>265</sup> Ibid. p.41

c) as entidades governamentais de forma geral (federal, estadual, local e as agências) destacam-se como as que mais utilizam o instrumento da correção legislativa;

c) ao contrário do entendimento tradicional, o Congresso não presta reverência às decisões da Suprema Corte relacionadas às leis. Nos debates legislativos em torno das leis de conteúdo corretivo, o argumento da reverência às decisões da Suprema Corte não é considerado importante.<sup>266</sup>

Barnes conclui, portanto, ser inegável que o Congresso encontra-se atento às decisões judiciais que interpretam as leis federais, especialmente pela circunstância de estar sujeito à pressão de grupos interessados na superação de precedentes jurisprudenciais insatisfatórios. Desta forma, a correção legislativa tem sido a *ferramenta mais utilizada* pelo Congresso para controlar as decisões dos tribunais, devendo ser vista como integrante do sistema de freios e contrapesos que caracteriza o sistema de separação de poderes norte-americano. Outras ferramentas de controle do legislativo sobre o judiciário – como o *impeachment* de juízes e as emendas constitucionais - são infinitamente menos usadas do que a correção legislativa.<sup>267</sup>

Para Barnes, os estudos publicados sobre a temática em exame deixaram de responder duas importantes questões: após a adoção da correção legislativa pelo Congresso, as diversas instâncias judiciais aceitam tal atividade ou resistem à atividade corretiva, ou seja, as correções legislativas trazem o consenso judicial pretendido para determinada questão? As correções legislativas enriquecem o debate político e a democracia norte-americana?

Para responder à primeira indagação, Barnes destaca que a resposta depende da adoção de uma das visões do processo de correção legislativa mencionadas acima: a pluralista, a visão da captura ou a visão hiperpluralista.

---

<sup>266</sup> Ibid. p. 42/43

<sup>267</sup> Ibid. p. 44

Como vimos, a visão hiperpluralista é cética em relação à possibilidade de a correção legislativa atingir um grau de consenso razoável acerca do tema regulado pela lei, considerando especialmente a diversidade ideológica dos juízes.<sup>268</sup> Já a visão pluralista e da captura, embora apresentem divergências em relação à forma como o processo de correção legislativa é desenvolvido no Congresso, convergem na idéia de que a correção legislativa é suscetível de elevar o nível do consenso judicial acerca de determinado tema. Isto porque a adoção de uma correção legislativa representa um sinal eloqüente enviado pelo Legislativo ao Judiciário acerca de sua clara posição sobre determinado tema, o que de alguma forma diminui o ímpeto dos juízes (mesmo aqueles de orientação ideológica oposta) de decidirem de forma contrária à correção empreendida.<sup>269</sup>

Barnes empreende um notável esforço de levantamento de dados estatísticos para verificar qual das duas visões prevalece. Os números demonstraram que a adoção de leis de cunho corretivo incrementa de forma significativa o nível de consenso judicial em torno de determinada questão. Não obstante, mesmo após a edição da norma de cunho corretivo, algum nível de dissenso judicial ainda permanece em determinadas situações. Segundo Barnes, tal resultado demonstra a dificuldade de traçar um perfil mais exato do fenômeno da correção legislativa e indica a necessidade de investigar de forma mais profunda outras nuances do fenômeno.

Nesta linha, Barnes procura explorar de forma mais analítica o desenvolvimento do processo de correção legislativa da jurisprudência desenvolvido no Congresso Nacional. Também nesta seara Barnes parte das três visões já mencionadas: a pluralista, a da captura e a hiperpluralista.

Na visão pluralista, o sistema de freios e contrapesos que caracteriza a separação de poderes norte-americana possui duas funções. A função negativa milita no sentido de impedir que cada um dos poderes adote posições unilaterais e insuscetíveis de controle pelos outros poderes. A função positiva prescreve que os

---

<sup>268</sup> Ibid. p. 66

<sup>269</sup> Ibid. p. 68-69

poderes devem se engajar em um processo de diálogo com o intuito de atingir ao longo do tempo um consenso político acerca de determinado tema.<sup>270</sup>

Com fulcro nas concepções da visão pluralista, dois cenários da correção legislativa podem ser imaginados e estão ligados à função positiva que desempenha o sistema de freios e contrapesos que configura a separação de poderes:

a) o Congresso edita uma lei de conteúdo corretivo da jurisprudência que pretende regular integralmente o assunto (pretensão de abarcância), precedida de debates que contaram com a participação dos vencedores e perdedores da jurisprudência que originou a discussão; a lei corretiva consegue provocar consenso judicial após sua edição;

b) também com a participação dos perdedores e vencedores, o Congresso edita lei de conteúdo corretivo que não pretende regular inteiramente o assunto, pois reconhece que determinados aspectos devem ser delegados propositadamente ao Judiciário para a decisão à luz do caso concreto; forma-se então o consenso judicial posterior em relação aos aspectos do tema que não foram delegados à apreciação do Judiciário.<sup>271</sup>

Ainda dentro da visão pluralista, há dois cenários ligados à função negativa do sistema de freios e contrapesos:

a) o Congresso edita lei de conteúdo corretivo que pretende regular inteiramente a questão (pretensão de abarcância), mas apenas os perdedores da jurisprudência em exame tiveram efetiva participação nos debates legislativos; neste caso, seria possível imaginar que o consenso judicial poderia não se fazer em razão da possibilidade de o Judiciário buscar interpretações que protejam o interesse dos vencedores da jurisprudência corrigida e que não tiveram seus argumentos ouvidos pelo Congresso;

---

<sup>270</sup> Ibid. p. 103

<sup>271</sup> Ibid. p. 106

b) o Congresso edita lei de cunho corretivo que não regula inteiramente o assunto e delega ao Judiciário a decisão de alguns aspectos do caso, porém nos debates legislativos apenas os perdedores da jurisprudência firmada foram ouvidos; o consenso judicial também seria prejudicado, pois o Judiciário poderia promover interpretações que buscassem proteger o interesse dos vencedores da jurisprudência firmada que não foram ouvidos no debate legislativo.<sup>272</sup>

A visão da captura sustenta que os grupos mais organizados da sociedade tendem a dominar o processo de deliberação política, especialmente o processo legislativo do Congresso. Trata-se de visão com estreita ligação com a “public choice theory”, que dispõe de muitos adeptos no âmbito da ciência política. Para tal teoria, os grupos mais organizados tendem a buscar de forma contínua a maximização de seus interesses nos diversos campos do governo e da sociedade.

Para os adeptos da visão da captura, a edição de leis de conteúdo corretivo da jurisprudência não é diferente da edição das leis em geral. Dois cenários podem ser imaginados nesta concepção:

a) os grupos mais organizados que foram derrotados no precedente jurisprudencial conseguem a penetração de forma unilateral no Congresso, sem a participação dos vencedores da jurisprudência firmada, de forma a obter uma lei de conteúdo corretivo que pretende regular todos os aspectos da matéria em questão; forma-se o consenso judicial que favorece os grupos mais organizados;

b) em igual cenário, o Congresso edita lei de cunho corretivo que pretende regular apenas alguns aspectos da causa, deixando para o Judiciário a decisão acerca de outros fatores à luz do caso concreto; forma-se o consenso judicial em favor dos grupos mais organizados ao menos nos aspectos regulados pelo Congresso.<sup>273</sup>

Na visão hiperpluralista, as diversas correntes políticas e o sistema de divisão de poderes norte-americano são vistos como propícios ao surgimento de impasses

---

<sup>272</sup> Ibid. p. 107

<sup>273</sup> Ibid. p. 119

políticos e incertezas na interpretação da legislação. Nesta ótica, o Congresso, diante da necessidade de decidir acerca de assuntos que dividem as opiniões, frequentemente adota leis de conteúdo vago, que não resolvem a questão. E mesmo na hipótese de leis objetivas serem editadas, o consenso judicial em torno do assunto não será atingido em razão da diversidade ideológica (fruto da diversidade de indicações) que impera em relação aos juízes norte-americanos.

As concepções hiperpluralistas são suscetíveis de formarem três cenários de correção legislativa da jurisprudência:

a) o Congresso edita lei de conteúdo corretivo que delega ao Judiciário o poder de decidir diversos aspectos da questão, embora o tema em debate exigisse a edição de lei corretiva de conteúdo mais prescritivo, que pudesse decidir a questão; após a edição da correção legislativa, pode ocorrer algum consenso judicial em relação aos aspectos regulados pelo Congresso, mas haverá dissenso judicial em relação aos aspectos não decididos;

b) o Congresso edita lei de correção que regula inteiramente a questão; ainda assim, surge o dissenso judicial em razão da diversidade ideológica dos juízes no sistema norte-americano, que podem resistir a adotar inteiramente a lei de cunho corretivo;

c) o Congresso pretende editar lei de caráter corretivo de forma a regular inteiramente a questão, porém os termos inexatos em que a lei corretiva é editada não conseguem alcançar tal escopo, gerando por consequência dissenso judicial.<sup>274</sup>

Depois de listar os nove cenários possíveis da correção legislativa, de acordo com a diversidade das visões já mencionadas, Barnes procura aprofundar o exame das três principais dimensões do fenômeno: 1) o grau de abertura às diversas forças políticas e sociais (inclusive os vencedores e perdedores da decisão judicial objeto da correção) das deliberações adotadas pelo Congresso; 2) a abrangência da lei de conteúdo corretivo; 3) as reações do Judiciário à edição da lei corretiva. Tais

---

<sup>274</sup> Ibid. p. 121.

dimensões compuseram a base dos parâmetros utilizados pelo autor para a definição de qual das visões (pluralista, da captura ou hiperpluralista) está mais presente nas hipóteses estudadas de leis que buscaram corrigir a jurisprudência.<sup>275</sup>

Barnes examinou cem leis de conteúdo corretivo da jurisprudência federal norte-americana editadas pelo Congresso no período de 1974 a 1990. Analisando o processo de cada uma delas, o autor concluiu que a maioria significativa do processo de correção legislativa ocorre conforme a visão pluralista, sendo raras as hipóteses em que tal processo se opera nos moldes preconizados pela teoria da captura e apenas em poucas oportunidades a visão hiperpluralista explicaria melhor o fenômeno.

O autor destaca que o predomínio da visão pluralista nos processos de correção legislativa incrementa o nível da participação no processo de formação da vontade política na medida em que abre aos interessados a possibilidade de debaterem o tema de interesse nas diversas searas de poder – Judiciário e posteriormente no Legislativo. Tal circunstância pode potencialmente gerar a possibilidade de conflitos entre as esferas de poder, mas é suscetível também de encorajar os poderes a buscarem uma solução conjunta acerca do tema controverso, com base no diálogo institucional, que pode resultar na formação de um consenso.

O predomínio da visão pluralista também se manifestou na constatação de que na significativa maioria das vezes em que o Congresso optou por editar leis de cunho corretivo que não regulavam inteiramente a questão (deixando alguns aspectos para a decisão do Judiciário à luz do caso concreto), ele o fez de forma intencional, atendendo às características próprias do tema regulado, e não em função de um impasse político surgido no seio do processo legislativo. Cuida-se de constatação que contraria a visão hiperpluralista, pelas razões já expostas.

Embora a conclusão de Barnes seja no sentido de que o viés pluralista predomina no processo de correção legislativa, a análise das correções legislativas identificadas com a visão hiperpluralista não pode ser desprezada. Desta forma, o

---

<sup>275</sup> Ibid. p. 136.

autor procura aprofundar o estudo de outras características marcantes do processo de correção legislativa no Congresso que possam identificar quais as condições que produzem o cenário pluralista ou o cenário hiperpluralista.

Analisando os dados empíricos, Barnes identifica a clara tendência de o Congresso editar correções legislativas com pretensão de abarcância nas hipóteses de haver o interesse do Governo Federal de reverter decisão judicial julgada inadequada. Ao contrário, foi verificado que o número significativo de correções legislativas parciais (que resolvem apenas alguns aspectos do tema) estavam ligadas a temas de interesses de particulares.

Barnes procura analisar em que condições os juízes são refratários à idéia de aceitar a correção legislativa empreendida pelo Congresso. Os dados sugerem que tal circunstância é verificada com mais intensidade na hipótese de já haver uma clara divisão de posições dos juízes sobre o tema no período que antecede a correção legislativa.<sup>276</sup> Exemplificando, Barnes destaca que na hipótese da matéria objeto da correção legislativa envolver a definição dos direitos de minorias políticas, a possibilidade de a lei corretiva falhar em sua intenção de uniformizar o entendimento jurisprudencial é muito grande. Isto porque cuida-se de tema em que as preferências pessoais dos juízes costumam aflorar. Além disso, com base na cláusula constitucional da igualdade de proteção, há entendimentos jurisprudenciais fortes no sentido de considerarem “suspeitos” diplomas legislativos que afetam direitos de minorias.

Ainda buscando investigar os motivos que levam a correção legislativa ser produzida em um viés pluralista ou hiperpluralista, Barnes propõe duas hipóteses que ajudam na resposta a tal indagação.

De acordo com a primeira hipótese, se o assunto envolvido possui relação com o orçamento federal (incluindo a receita tributária e os programas do Governo Federal) há forte tendência do Congresso adotar correções legislativas com pretensão de abarcância. Já a segunda hipótese está relacionada ao comportamento

---

<sup>276</sup> Ibid. p. 169

dos juízes: se o tema objeto da correção legislativa já dividia a opinião dos juízes no período que antecedeu a correção (especialmente se a matéria envolve o direito de minorias), há forte tendência de que a divergência permanecerá mesmo após a edição da lei corretiva. Tal circunstância é creditada ao perfil independente dos juízes norte-americanos, aliado ao fato de que suas indicações atendem a critérios políticos.<sup>277</sup>

Com base nestas hipóteses, Barnes formula quatro hipóteses comuns de correções legislativas, que procuram explicar como se dá o fenômeno de acordo com as diferentes matérias levadas ao debate legislativo:

a) Se a matéria objeto da correção legislativa afeta o orçamento federal e dividiu opiniões dos juízes no período que antecedeu a edição da lei corretiva: há tendência de se verificar o segundo cenário hiperpluralista descrito acima, ou seja, ainda que o Congresso edite lei de correção com pretensão de abarcância, o dissenso judicial permanece em razão da diversidade ideológica e política dos juízes no sistema norte-americano. Barnes afirma que os dados estatísticos indicam que tal cenário é mais comum nas questões relativas à legislação sobre imigração e benefícios sociais;

b) Se a questão objeto da correção legislativa afeta o orçamento federal mas não provocou divisão de opiniões entre os juízes no período que antecedeu os debates legislativos em torno da correção: o cenário que tende a se formar é o de viés pluralista, ligado à função positiva do sistema de freios e contrapesos, ou seja, o Congresso edita lei de conteúdo corretivo com pretensão de abarcância e no período pós-correção consegue-se atingir um grau de uniformidade judicial significativo. Os dados empíricos denotam que tal cenário apresenta-se com mais frequência na matéria tributária;

c) Se a matéria em questão não afeta os interesses orçamentários do Governo Federal, porém dividiu as opiniões dos juízes no período anterior à correção legislativa: há tendência de formação dos cenários hiperpluralistas, nos quais o

---

<sup>277</sup> Ibid. p. 178

Congresso edita leis corretivas de conteúdo vago em razão da divisão de opiniões; tais leis delegam a solução de diversos aspectos do tema para o Judiciário, de forma que a divergência judicial tende a permanecer mesmo no período após a correção legislativa. Barnes indica que tal cenário geralmente se manifesta no tema relativo a leis que tratam de critérios de discriminação no trabalho;

d) Se o tema objeto da correção legislativa não afeta o orçamento federal e não causou grande divisão de opiniões entre os juízes no período que antecedeu a correção: há tendência de se formar os cenários pluralistas ligados à feição positiva do sistema de freios e contrapesos (conforme já mencionado). Barnes exemplifica tal hipótese com a matéria relativa ao direito de propriedade intelectual.<sup>278</sup>

Na conclusão de seu trabalho, Barnes reafirma que os dados estatísticos pesquisados ratificam a tese de que a visão pluralista está presente em número mais significativo no processo de correção legislativa da jurisprudência. Três conclusões principais ratificariam tal tese.

Em primeiro lugar, os debates legislativos em torno da proposta de legislação corretiva foram quase todos abertos à possibilidade de participação de todos os grupos interessados (contrariando a visão da captura). Para rechaçar a idéia da teoria da captura de que o processo legislativo tenderia a favorecer sempre os interesses dos grupos privados mais organizados, Barnes traz como exemplo as correções legislativas em matéria tributária.

De acordo com a teoria da captura, as correções legislativas em matéria tributária deveriam favorecer os interesses dos grupos organizados no sentido de diminuir a carga tributária dos mesmos. Todavia, em praticamente todas as hipóteses de correção legislativa envolvendo a matéria tributária, a lei corretiva teve por escopo reverter decisões judiciais que haviam reconhecido brechas na tributação das empresas, ou seja, contrariaram os interesses dos grupos organizados.<sup>279</sup>

---

<sup>278</sup> Ibid. p. 179

<sup>279</sup> Ibid. p. 190.

A segunda conclusão que ratifica o predomínio da visão pluralista é a de que na maioria das vezes o Congresso edita correções legislativas com pretensão de abarcância, ou seja, que pretendem resolver todos os aspectos da questão discutida. Isto contraria, como já mencionado, a visão hiperpluralista que advoga a tese de que a tendência do Congresso é no sentido de editar leis corretivas de conteúdo vago que delegam ao Judiciário significativa parcela de decisão sobre a questão controvertida.<sup>280</sup>

A terceira conclusão que reforça o destaque da visão pluralista é a de que a atividade de correção legislativa do Congresso é suscetível de produzir em número significativo de casos o consenso judicial posterior acerca da matéria (ao contrário do preconizado pela visão hiperpluralista). Tal conclusão é adotada sem prejuízo da constatação de que sob determinadas condições e em relação a determinadas matérias (conforme já explicitado anteriormente), o consenso judicial posterior não se forma.

Por fim, já na conclusão de seu trabalho, Barnes propõe três novas possibilidades de investigações relacionadas ao tema da correção legislativa que mereceriam a atenção dos estudiosos.

A primeira seria a investigação de como ocorre a interação entre o Congresso e o Judiciário de acordo com a matéria envolvida. Ou seja, verificar com dados empíricos o indício de que a relação Congresso-Judiciário não se desenvolve uniformemente nas diversas matérias do debate político.

Um segundo campo de investigação seria o estudo de como se dá nos tempos atuais a relação entre a lei e a doutrina da separação de poderes. Como é cediço, a doutrina tradicional preconizava que cada um dos poderes teria o seu próprio nicho de competência, ou seja, caberia ao Congresso elaborar a lei, ao Executivo implementar a lei e ao Judiciário caberia a aplicação da lei ao caso concreto. As correções legislativas demonstram que o papel do Congresso pode ir

---

<sup>280</sup> Ibid. p. 191.

além do modelo tradicional, no sentido de atribuir ao Congresso também uma função de harmonizador dos conflitos judiciais surgidos na aplicação das leis.

Em terceiro lugar, a investigação deveria desenvolver a idéia de que as decisões acerca das questões políticas devem ser emanadas da interação entre os diversos poderes e não da decisão isolada de uma única instituição.<sup>281</sup>

Outro importantíssimo estudo realizado na doutrina norte-americana sobre o tema da correção legislativa da jurisprudência, também rico em dados empíricos, é *Overriding Supreme Court Statutory Interpretation Decisions*<sup>282</sup>, de Willian N. Eskridge Jr.

Eskridge destaca que as correções legislativas empreendidas pelo Congresso permitem o aprofundamento do estudo acerca de como as decisões judiciais causam impacto no legislativo, bem como de que forma ocorre a interação entre a Suprema Corte e o Congresso na definição da interpretação das leis. A partir do levantamento de dados acerca das hipóteses de correção legislativa de julgados da Suprema Corte empreendidas pelo Congresso no período de 1967 a 1990, o autor procura extrair conclusões acerca de quais tipos de decisões judiciais são mais suscetíveis de serem objeto de lei contrastante.

Os dados revelam que as matérias mais sujeitas à correção legislativa no período foram relativas à matéria penal, direito da concorrência e direitos individuais. Restou constado que as decisões adotadas por maioria apertada (5-4 e 6-3) na Suprema Corte são mais suscetíveis de sofrerem leis corretivas, sendo que tais decisões geralmente refletem uma divisão ideológica da corte entre liberais e conservadores.

Eskridge examinou ainda que tipo de relação seria possível estabelecer entre as razões determinantes dos julgados da Suprema Corte e o número de leis corretivas. Concluiu que a maior parte das decisões objeto de correção foram

---

<sup>281</sup> Ibid. p. 195.

<sup>282</sup> ESKRIDGE JR., Willian N.. *Overriding Supreme Court statutory decisions*. *Yale Law Journal*, v.101, n.2, p. 331-417, 1991.

adotadas com base em argumentos relacionados ao texto legal e à história legislativa da norma.

O autor também levantou dados relevantes acerca de quais os “perdedores” dos casos julgados pela Suprema Corte que mais logram êxito em conseguir do Congresso a adoção de lei corretiva da jurisprudência que contraria seus interesses.

Liderando tal grupo encontram-se os governos federal, estaduais e locais, que juntos provocaram 35% das correções legislativas. Sindicatos e entidades de defesa dos direitos civis também obtiveram significativas vitórias no Congresso em tal sentido.

Com base nestes dados, Eskridge procurou formular um modelo de como funciona a correção legislativa empreendida pelo Congresso. Tal modelo foi desenvolvido em três estágios: 1) considerações acerca da importância dos grupos interessados na correção; 2) o papel das comissões do Congresso e 3) a interação entre a Suprema Corte, o Congresso e o Presidente nos casos envolvendo a correção legislativa.

O papel dos grupos interessados nas matérias que envolvem as correções legislativas é de grande destaque. Eskridge chega a afirmar que trata-se da variável mais decisiva para a definição das chances de uma correção legislativa obter êxito no Congresso<sup>283</sup>, pois os grupos interessados dotados de maior poder de organização conseguem levar ao legislativo suas pretensões e mantêm o assunto objeto da decisão judicial na agenda de discussões nacionais.<sup>284</sup>

Para exemplificar tal conclusão, o autor menciona a decisão da Suprema Corte adotada em *Boutilier v. INS*<sup>285</sup>, na qual a corte considerou que a homossexualidade poderia ser enquadrada no conceito de “personalidade psicótica” para o efeito de impedir o ingresso de estrangeiros homossexuais no país. Tal decisão não gerou reações no Congresso no ano em que foi adotada pois à época os grupos de defesa dos interesses dos homossexuais não estavam organizados ao ponto de pressionarem o legislativo a reverterem a decisão da Suprema Corte.

---

<sup>283</sup> Ibid. p. 352.

<sup>284</sup> Ibid. p. 361.

<sup>285</sup> 387 U.S. 118 (1967)

Somente ao longo das décadas de 70 e 80, quando os grupos de defesa dos homossexuais aperfeiçoaram sua organização política, foi possível obter do Congresso uma lei que corrigisse a jurisprudência da Suprema Corte, o que somente ocorreu em 1990.<sup>286</sup>

Eskridge ressalta também o papel das comissões temáticas do Congresso americano no processo de monitoramento das decisões emanadas do Judiciário, podendo chegar ao ponto de impedir que uma correção legislativa seja materializada. Em algumas situações, a força das comissões pode desencorajar a adoção da lei corretiva pela casa legislativa respectiva. Em outras hipóteses, ainda que a comissão simpatize com a proposta de lei com tal escopo, pode recusar o prosseguimento do processo de correção argumentando que a matéria não teria chances de aprovação pela casa legislativa, ou ainda que a causa ainda não estaria madura para a deliberação da mesma.<sup>287</sup>

O estudo também procura investigar se existem diferenças entre os parâmetros adotados pela Suprema Corte e o Congresso na interpretação das leis. A conclusão é no sentido de que tais diferenças existem, pois a Suprema Corte adotaria decisões mais baseadas em considerações relacionadas ao texto normativo e à história legislativa da norma, enquanto o Congresso ocupa-se mais com suas preferências atuais.

Se os parâmetros de interpretação legal adotados pelo Congresso e pela Suprema Corte são tão marcadamente diversos, por qual motivo as correções legislativas não se dariam em número mais significativo? Eskridge responde a esta pergunta com a constatação de que diversas decisões adotadas pela Suprema Corte envolvem temas que dividem interesses de grupos relevantes. Assim, embora os “perdedores” da decisão judicial tenham a capacidade de levar o tema à consideração do Congresso, em muitas situações os “vencedores” da tese judicial\_\_\_\_\_

<sup>286</sup> Immigration Act of 1990 Pub. L. No. 649, § 601, 104 Stat. 4978, 5067.

<sup>287</sup> ESKRIDGE JR., William N.. Overriding Supreme Court statutory decisions. *Yale Law Journal*, v.101, n.2, p. 331-417, 1991, p. 370-371. O destacado papel das comissões legislativas do Congresso norte-americano no debate de temas constitucionais é objeto de interessante estudo rico em dados empíricos formulado por WHITTINGTON, Keith E.; DEVINS, Neal; HICKEN, Hutch. *The Constitution and congressional committees*. In: *The least examined branch: the role of legislatures in the constitutional state*. BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi. (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 396-410.

também possuem o poder de influenciar o Congresso no sentido de desencorajar qualquer tentativa de correção da jurisprudência.<sup>288</sup>

Passando à análise mais detida das hipóteses de correções legislativas, Eskridge procura traçar um perfil das preferências da Suprema Corte e do Congresso em relação a determinados temas. Assim, no que se refere ao direito penal, tributário e da concorrência, a Suprema Corte costuma assumir posturas mais liberais, enquanto o Congresso, por estar mais suscetível a pressão de grupos conservadores, costuma adotar uma postura mais conservadora nestas matérias.<sup>289</sup> No que se refere à temática da interpretação das leis que versavam sobre direitos individuais, a postura da Suprema Corte sob a presidência de Warren e Burger foi destacadamente mais liberal em relação ao Congresso da época. Na década de setenta, houve a guinada da Suprema Corte para a direita, enquanto o Congresso adotou posturas mais liberais, sendo desta forma o período em que mais ocorreram as correções legislativas.<sup>290</sup>

Eskridge elenca três situações em que as decisões da Suprema Corte se tornam mais suscetíveis de serem objeto de leis corretivas. A primeira ocorre quando as preferências do Congresso acerca de determinada matéria mudam de forma significativa ao longo do tempo, tornando a decisão judicial obsoleta. Para exemplificar tal situação, o autor cita o precedente *Boutillier*, já mencionado. A segunda situação ocorre quando a Suprema Corte adota decisões que não conseguem traduzir as preferências do Congresso atual, situação que em geral gera uma reação imediata no Congresso por meio da edição de lei corretiva.

Em uma terceira situação, a Suprema Corte pode ela mesma convidar o Congresso a adotar uma lei de conteúdo corretivo. Situação interessante envolvendo a correção legislativa da jurisprudência nesta hipótese ocorreu com o julgamento do caso *Tennessee Valley Authority v. Hill*.<sup>291</sup> Na hipótese, a Suprema Corte instou o

---

<sup>288</sup> ESKRIDGE JR., William N.. Overriding Supreme Court statutory decisions. *Yale Law Journal*, v.101, n.2, p. 331-417, 1991, p. 377.

<sup>289</sup> Ibid. p. 379.

<sup>290</sup> Ibid. p. 386

<sup>291</sup> 437 U.S. 153 (1978).

Congresso a editar uma correção legislativa de sua jurisprudência firmada no caso em tela.<sup>292</sup>

Interpretando o “ Endangered Species Act of 1973” , a corte determinou, em nome da preservação de um ecossistema de peixes, a paralização da obra quase finalizada de uma represa, na qual já haviam sido gastos 110 milhões de dólares. Todavia, no próprio teor do julgado, tanto no voto da maioria quanto nos votos divergentes, a Suprema Corte instou o Congresso a editar alterações na lei que superassem a jurisprudência firmada.<sup>293</sup>

O Congresso prontamente atendeu à sugestão e editou em seguida dois atos: o “ Endangered Species Act Amendments of 1978” , que criou mecanismos administrativos para análise das exceções ao “ Endangered Species Act of 1973” e o “ Energy and Water Development Appropriation Act” em 1979, com o objetivo

específico de reverter o precedente *TVA v. Hill*.<sup>294</sup>

Uma das teses mais marcantes que o artigo busca destacar é a de que a Suprema Corte, na interpretação das leis, leva mais em consideração as preferências atuais do Congresso e do Presidente do que as preferências do Congresso que editou o ato normativo em questão (a intenção original do legislador), como forma de evitar a edição de ato legislativo corretivo do entendimento firmado na decisão judicial. Eskridge destaca que não advoga a tese de que cada um dos juízes da Suprema corte aja de forma consciente neste sentido, mas sim que a Suprema Corte, como um colegiado, costuma agir desta forma, de acordo com as estatísticas pesquisadas no período do estudo (1967-1990).<sup>295</sup>

Para ratificar tal hipótese, Eskridge menciona alguns parâmetros de interpretação das leis adotados pela Suprema Corte. O primeiro deles consiste no fato de que a Suprema Corte adotou em diversos julgados o entendimento de que o respeito a seus precedentes em matéria de interpretação das leis (*a greater stare*

<sup>292</sup> Neste sentido, BARNES, Jeb. *Overruled ?*: legislative overrides, pluralism, and contemporary court-Congress relations. Stanford: Stanford University Press, 2004, p. 65.

<sup>293</sup> ESKRIDGE JR., William N.. Overriding Supreme Court statutory decisions. *Yale Law Journal* , v.101, n.2, p. 331-417, 1991, p. 389.

<sup>294</sup> *Ibid.* p. 389.

<sup>295</sup> *Ibid.* p.390-391 e nota 180

*decisis effect*) justifica-se inclusive pela circunstância de que cabe ao Congresso e não à corte a tarefa primária de revê-los por meio da edição de leis corretivas.

Nesta linha de raciocínio, o autor conclui que a Suprema Corte não irá reverter o entendimento (*overruled*) adotado em precedente anterior no caso de notar que tal precedente encontra respaldo no entendimento do Congresso atual; todavia, pode se dispor a modificar seu entendimento acerca do precedente se perceber que o mesmo não é mais politicamente viável, de forma que o Congresso atual pode envidar esforços no sentido de editar lei de conteúdo corretivo.<sup>296</sup> Tal constatação comprova a tese autoral de que a Suprema Corte leva em consideração as preferências do atual Congresso.<sup>297</sup>

Embora trabalhe com a afirmativa que no período pesquisado (1967-1990) seria lícito afirmar que a Suprema Corte na interpretação das leis volta suas atenções mais em direção ao Congresso atual do que ao Congresso que editou a lei, Eskridge já apontava um movimento de mudança de tal concepção em 1991. O autor apontou o crescimento na Suprema Corte de uma ideologia que denominou de “ formalismo” , que advoga a tese de que na interpretação da lei a corte deveria voltar seus olhos apenas para as concepções do Congresso que editou o ato normativo, não devendo se fixar às preferências do Congresso atual.<sup>298</sup>

Para a corrente formalista, não cabe à corte ocupar-se das preferências do Congresso atual, visto que na hipótese do mesmo discordar da interpretação judicial da lei, o caminho natural preconizado pela própria Constituição é a modificação da lei. Nas palavras de Eskridge, para tal corrente, a corte deve se recusar a fazer o trabalho do Congresso. Adotada a postura formalista, é intuitivo concluir que as decisões da corte estarão mais sujeitas a sofrerem a correção legislativa pelo Congresso.

---

<sup>296</sup> Como veremos adiante, tal quadro restaria configurado no Direito Constitucional Tributário Brasileiro se o Supremo Tribunal Federal, diante de sucessivas emendas constitucionais que admitiram a progressividade de alíquotas nos impostos reais, modificasse seu entendimento a respeito em relação a outros tributos que não tiveram previsão formal de progressividade na CF.

<sup>297</sup> Ibid. p. 398.

<sup>298</sup> Ibid. p. 405.

Eskridge adota uma postura crítica em relação à corrente formalista. Em primeiro lugar, advoga que a Constituição não oferece amparo para tal visão. Além disso, a visão formalista, ao procurar transferir todos os problemas da interpretação das leis para o Congresso solucionar pela via legislativa, pode desfavorecer a defesa de direitos dos grupos que não possuem poder de articulação suficiente para instar o Congresso a editar uma correção legislativa de determinado entendimento jurisprudencial que os prejudique.<sup>299</sup>

Como alternativa à corrente formalista, Eskridge apresenta a visão denominada de “normativista”. Esta advoga uma postura mais crítica da Suprema Corte na interpretação das leis, de forma a proteger determinados valores ou pessoas que em geral são negligenciadas pelo processo político ordinário.<sup>300</sup>

Eskridge fornece um exemplo de como tal visão poderia atuar em uma decisão judicial seria em relação ao precedente *Boutilier v. INS*, já mencionado. Na hipótese, a Suprema Corte, acompanhando as percepções políticas da época, inclusive a do Congresso, interpretou dispositivo legal no sentido de considerar que a homossexualidade poderia ser enquadrada no conceito de “personalidade psicótica” para o efeito de impedir o ingresso de estrangeiros homossexuais no país. Em uma visão da corrente normativista, tal decisão seria criticável, pois favoreceu a exclusão do processo de decisão política de uma minoria vulnerável.

Para Eskridge, a visão normativista seria mais compatível com a Constituição, que teria conferido à Suprema Corte o papel de refletir criticamente os atos emanados do Legislativo, de forma que a corte, o Presidente e o Congresso atuariam como verdadeiros parceiros na criação das políticas que regem a sociedade.<sup>301</sup>

Concluindo, Eskridge assevera que os dados estatísticos apresentados em sua pesquisa confirmam a tese de que as posturas emanadas pela Suprema Corte em seus julgados influenciam de forma decisiva o ambiente político e suas

---

<sup>299</sup> Ibid. p.410

<sup>300</sup> A idéia de Eskridge assemelha-se à denominada “função negativa” do sistema de freios e contrapesos mencionada por Jeb Barnes, desenvolvida anteriormente.

<sup>301</sup> Tais considerações são bastante compatíveis com as idéias da doutrina do diálogo constitucional.

respectivas preferências, ao trazerem os problemas relacionados à aplicação em concreto das leis bem como argumentos que muitas vezes são ignorados no processo político ordinário.<sup>302</sup>

Outro trabalho importante na ciência política norte-americana que cuida do tema da interação entre Judiciário e Legislativo, abordando também a questão da correção legislativa da jurisprudência, foi produzido por Lawrence Baum e Lori Hausegger.<sup>303</sup> Os autores destacam que parte significativa dos estudos que tratam da interação Congresso-Suprema Corte traz a visão de que os juízes, no processo de decisão procuram antever de que forma o Congresso poderá reagir. Um dos escopos principais de tal atitude consistiria em evitar que a decisão judicial provoque a reação do Congresso no sentido de editar uma correção legislativa. Para atingir tal escopo, os juízes poderiam mesmo adotar uma decisão que não estivesse em consonância com suas preferências ideológicas sobre o tema.<sup>304</sup>

Neste estudo, os autores procuram demonstrar que tais afirmativas nem sempre coincidem com a realidade. Em primeiro lugar, o número de leis de conteúdo corretivo editadas nos últimos anos é bastante significativo, apesar das dificuldades naturais que o processo de correção legislativa experimenta no âmbito dos debates legislativos. Tal circunstância sugere duas conclusões: ou os juízes da Suprema Corte não estão de fato empenhados em atingirem decisões que evitem correções legislativas ou, embora tenham tal escopo, não estão conseguindo atingi-lo. O estudo sugere que ambas as conclusões podem ser verdadeiras.<sup>305</sup>

Outra circunstância que põe em xeque a tese mencionada está relacionada com a constatação de que, em oportunidades significativas, a própria Suprema Corte, em suas decisões, envia convites ao Congresso indicando a possibilidade da correção de seus julgados. Os autores dividem tais convites em três categorias:

---

<sup>302</sup> Ibid. p. 413.

<sup>303</sup> BAUM, Lawrence; HAUSEGGER, Lori. The Supreme Court and congress. reconsidering the relationship. In: *Making policy, making law: an interbranch perspective*. MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb. (ed.). Washington, D.C.: Georgetown University Press, 2004.

<sup>304</sup> Um exemplo de estudo que adota tais conclusões é exatamente o de Eskridge, já mencionado.

<sup>305</sup> Ibid. p. 109.

a) convites fracos: a corte apenas menciona aos litigantes que o Congresso é possivelmente o foro mais adequado para suas pretensões; ou ainda, a corte resolve determina questão ressaltando que se o legislador quisesse produzir resultado diferente teria sido mais explícito neste sentido;

b) convites moderados: a corte reconhece explicitamente que a decisão atingida à luz da interpretação da lei é problemática e que o Congresso possui o direito de discordar alterando a legislação para superar o precedente; e

c) convites fortes: a corte adota uma decisão e ao mesmo tempo reconhece a necessidade do Congresso modificar a legislação para superar o precedente.<sup>306</sup>

De acordo com levantamento estatístico efetuado pelos autores, no período de 1986-2000, cerca de 7,8% das decisões da Suprema Corte envolvendo a interpretação de leis continham alguma forma convites moderados ou fortes ao Congresso.

Nesta linha de raciocínio, sob a ótica dos juízes da Suprema Corte, a correção legislativa nem sempre é vista como algo a ser evitado; ao contrário, a lei de correção pode vir a dar o subsídio legal que o juiz necessita para regular a matéria de acordo com o parâmetro que considera melhor.

Em outras oportunidades, a corte pode reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei e ao mesmo tempo convidar o Congresso a restabelecer a mesma política de outra forma, de acordo com parâmetros estabelecidos pela corte, por intermédio de nova lei que seja compatível com a Constituição. Tal circunstância ocorreu no julgamento do precedente *United States v. National Treasury Employees Union*<sup>307</sup> no qual a Suprema Corte reconheceu a inconstitucionalidade de lei que proibia os funcionários federais de receberem pagamentos por força de artigos ou palestras, pois violava a liberdade de expressão. Na mesma decisão, a corte indicou que caso

---

<sup>306</sup> Ibid. p. 112.

<sup>307</sup> 513 U.S. 454 (1995),

fosse estabelecida uma proibição apenas parcial dos pagamentos, baseada em determinados parâmetros, não estaria configurada a violação da primeira emenda.<sup>308</sup>

A idéia de que o processo de correção legislativa somente se desenvolve em dois estágios básicos – precedente judicial e lei de cunho corretivo – e que pode implicar no reconhecimento de que o Congresso teria a última palavra na questão também é questionada pelos autores. Em muitos casos, mesmo após a edição da lei corretiva, a polêmica acerca da questão pode prosseguir.

Tal situação é mais nitidamente verificada nas decisões da Suprema Corte que envolvem questões de natureza constitucional, em que a Corte reconhece a inconstitucionalidade de uma lei. Nestas hipóteses, se o Congresso pretende introduzir nova legislação sobre o tema, deve estudar quais alternativas de regulação a Suprema Corte poderia aceitar, sob pena da própria lei de cunho corretivo ser reconhecida inconstitucional. Ora, tal cenário também coloca em xeque a afirmativa de que os juízes adotam decisões que procuram afastar o risco de correções legislativas. Como os juízes sabem que as leis de correção também deverão ser analisadas nos casos futuros que voltarão à corte, o Judiciário manterá seu poder de decidir acerca do tema em análise, mesmo verificada a correção legislativa de seus julgados.<sup>309</sup>

Lee Epstein, Jack Knight e André D. Martin produziram também importante trabalho<sup>310</sup> acerca das interações entre Judiciário e Congresso, com foco nas questões de natureza constitucional. Os autores desenvolvem o raciocínio a partir de duas afirmativas comuns: 1) os juízes adotam decisões baseadas em suas próprias convicções; a visão de atores externos (executivo e Congresso) constitui circunstância irrelevante; 2) os juízes se importam com a visão dos outros atores institucionais quando diante de casos que envolvem a interpretação de leis

---

<sup>308</sup> Ibid. p. 112. Como veremos posteriormente, decisão com semelhante perfil foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal ao invalidar a Taxa de Fiscalização Ambiental.

<sup>309</sup> Ibid. p. 118.

<sup>310</sup> EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; MARTIN, André D.. Constitutional interpretation from a strategic perspective. In: *Making policy, making law: an interbranch perspective*. MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb. (ed.). Washington, D.C.: Georgetown University Press, 2004. p. 170-187.

infraconstitucionais; já em situações que cuidam da interpretação de matéria constitucional, tal preocupação não se faria presente.<sup>311</sup>

A perspectiva apresentada no trabalho sustenta que os juízes devem, no processo de decisão, levar em conta o pensamento dos outros poderes acerca da questão em exame. Trata-se de recomendação que encontraria base no próprio sistema de separação de poderes da Constituição dos EUA, que na configuração dos freios e contrapesos prevê limites recíprocos entre os poderes, o que resultaria na regra de que as decisões políticas não são emanadas da ação individual dos poderes, mas sim como resultado da interação entre os poderes. Trata-se de regra que deve ser seguida não apenas pelo Judiciário, mas também pelos outros poderes.<sup>312</sup>

A visão tradicional apresentada por vários estudiosos sugere que os juízes da Suprema Corte somente levam em consideração a visão dos outros poderes sobre a matéria em julgamento quando se trata de questão de natureza infraconstitucional. Isto se explicaria em parte pela circunstância de que, nestas hipóteses, a possibilidade de o Congresso empreender uma correção legislativa é mais factível.

Entretanto, quando a matéria envolve a interpretação constitucional, a Suprema Corte não costuma importar-se com a visão dos outros poderes sobre a questão, pois sabe que sua decisão somente poderia ser revertida pela improvável edição de emenda constitucional, instrumento que muito dificilmente é utilizado pelo Congresso. Além disso, as hipóteses recentes em que o Congresso procurou superar entendimento da Suprema Corte em matéria constitucional pela edição de simples lei foram expressamente rejeitadas pela corte (*City of Boerne v. Flores*, *Dickerson v. United States*).<sup>313</sup>

Os autores pretendem desenvolver a tese de que, mesmo quando decidem matéria constitucional, os juízes da Suprema Corte não podem fechar os olhos para as visões dos outros poderes sobre o tema controvertido. A extrema dificuldade de

---

<sup>311</sup> Ibid. p. 171.

<sup>312</sup> Ibid. p. 176.

<sup>313</sup> Ibid. p. 175.

alterar a jurisprudência da corte baseada em interpretação constitucional já seria um dos motivos a justificar a necessidade dos juízes não adotarem tal tipo de postura. Além disso, mesmo que as tentativas de correção legislativa pelo Congresso não sejam bem sucedidas (as leis corretivas podem ser declaradas inconstitucionais), pode haver o desgaste político da Suprema Corte em sustentar uma posição impopular.

Através do levantamento de dados empíricos que abrangeram principalmente os votos dos juízes da Suprema Corte envolvendo matéria constitucional relacionada aos direitos civis no período de 1953 a 1992, os autores chegaram a duas conclusões relevantes: 1) os juízes adotam suas posições preferidas quando verificam que sua posição coincide com a dos outros poderes sobre o tema em exame; 2) se os juízes verificam que suas posições preferidas acerca de determinado tema não coincidem com a dos demais poderes, há forte tendência no sentido dos juízes ajustarem a decisão judicial para que ela atinja o ponto mais próximo possível de sua posição preferida e que ao mesmo tempo não gere no Congresso ou no Executivo a possibilidade de reação, ou seja, de uma correção legislativa.<sup>314</sup>

Tais conclusões contrariam a tese de que a Suprema Corte, nas decisões da seara constitucional, não se preocupa com a posição dos outros poderes sobre o tema, pois, caso assim fosse, os dados empíricos coletados deveriam revelar que os juízes sempre adotam decisões baseadas em suas posições preferidas. Conforme ressaltado pelos autores, as conclusões empíricas trazidas pelo trabalho trazem o potencial de oferecer uma resposta à dificuldade contramajoritária da jurisdição constitucional. Isto porque confirmada a tese de que os juízes da Suprema Corte sempre consideram nas decisões judiciais a posição dos poderes eleitos sobre o tema em exame (conforme as duas conclusões mencionadas acima), a crítica contramajoritária fica, por óbvio, significativamente enfraquecida.<sup>315</sup>

---

<sup>314</sup> Ibid. p. 179.

<sup>315</sup> Ibid. p. 186.

### 2.3 **A Correção Legislativa da Jurisprudência no Direito Constitucional Brasileiro**

A partir dos relevantes estudos mencionados acima que abordam o tema da correção legislativa da jurisprudência, é possível traçar algumas características marcantes do fenômeno e buscar ainda contextualizar tais características à experiência constitucional brasileira.

O primeiro aspecto fundamental consiste na constatação de que a correção legislativa da jurisprudência pode desempenhar relevante papel em uma democracia constitucional, na medida em que propicie que interesses contrariados no âmbito da esfera judicial possam voltar a ser discutidos na seara legislativa. Isto possibilita que aspectos ignorados ou pouco explorados pela decisão judicial possam ser examinados com mais cautela no âmbito do processo legislativo.

Desta forma, diante da pacificação de determinado entendimento jurisprudencial, a correção legislativa é um instrumento que pode materializar na prática a concretização das duas principais linhas críticas à idéia da supremacia judicial, já mencionadas no capítulo anterior: a crítica de viés democrático e a crítica relacionada a aspectos de capacidade institucional.

Na linha da crítica democrática, o entendimento jurisprudencial pode vir a ser desafiado em âmbito legislativo com base em novas discussões acerca do tema controvertido. Se o tema é de natureza constitucional, considerando a legitimidade interpretativa do Legislativo afirmada anteriormente no presente trabalho, os debates legislativos poderão avaliar criticamente os critérios adotados pelo entendimento jurisprudencial acerca do conteúdo constitucional e eventualmente propor medida legislativa de caráter corretivo.

Assim, da mesma forma que a *judicial review* costuma ser encarada por diversos autores como um espaço de reflexão qualificada das decisões políticas

majoritárias<sup>316</sup>, os debates legislativos em torno das posições jurisprudenciais (que podem ocasionar correções legislativas) simetricamente podem funcionar como uma instância de reflexão democrática da correção das decisões adotadas pela jurisdição constitucional. Aqui se apresenta com força, como é intuitivo, a noção central da idéia do diálogo constitucional, desenvolvida anteriormente.

O avanço significativo da jurisdição constitucional no Brasil nos últimos anos pode resultar em certo clima de aceitação acrítica das posições jurisprudenciais que pode não contribuir para o fortalecimento do debate democrático em torno de importantes questões da sociedade.<sup>317</sup> As discussões legislativas sobre o acerto das posições jurisprudenciais possuem a vantagem de permitir que o tema decidido em sede judicial possa ser novamente avaliado, com novos argumentos, em nova seara.

Sobre o ponto, vale trazer a contribuição de Cláudio Ari Mello. Sustenta o autor que em uma democracia a definição dos conteúdos constitucionais cumpre primariamente aos órgãos legislativos, que refletem o pluralismo da sociedade e as circunstâncias da política. Todavia, tal circunstância não confere ao Legislador liberdade absoluta e irrestrita, pois trata-se de atividade que está materialmente vinculada às decisões do poder constituinte expressadas na Constituição.<sup>318</sup>

Exatamente para a verificação do atendimento ao conteúdo essencial dos conceitos constitucionais existe a atuação da jurisdição constitucional, pois o caráter discursivo e argumentativo da jurisdição constitucional permite que as decisões do

<sup>316</sup> LIPKIN, Robert Justin. What's wrong with judicial supremacy ? What's right about judicial review ? *Widener Law Review*, v. 14, 2008, p. 46.

<sup>317</sup> TORRES, Ricardo Lobo. A Integração entre a lei e a jurisprudência em matéria tributária. *Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, n.3, 1993, p. 7: " Entre nós há uma certa

sacralização do Judiciário, o que afasta a análise do seu funcionamento, dos seus limites e das suas virtudes; talvez a nossa formação cultural e a dificuldade de aderir plenamente à separação de poderes nos termos em que o liberalismo a concebeu tenham desestimulado a atitude crítica." BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 115: " Costuma-se repetir, de forma até mecânica, que

„ decisão judicial não se critica, apenas se cumpre" . Tal frase, em sua despreensão, revela a herança positivista e

autoritária de nossa tradição jurídica. Por certo, o dever de submissão às decisões emanadas do Poder Judiciário – e mesmo de um Tribunal Constitucional – não importa necessariamente a sua aceitação acrítica por quem quer

que seja. Decisão judicial se critica, sim: nos autos, por meio do recurso cabível, nas obras doutrinárias, nos bancos universitários, na imprensa ou até em sedes menos ortodoxas, como conselhos comunitários e associações de moradores." SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Teoria da Constituição, democracia e igualdade*. In

*Teoria da Constituição. Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 61: " É claro que muitas vezes o Judiciário deve ser objeto de crítica. A crítica jurisprudencial (a qual

somente nas duas últimas décadas tem se tornado frequente em nossa literatura jurídica) certamente tem muito a contribuir para a racionalização e a legitimação das decisões

judiciais."

<sup>318</sup> MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 159.

Poder Judiciário sejam racionalmente rastreáveis e compreensíveis, estimulando e o diálogo coletivo racional sobre os grandes temas constitucionais.<sup>319</sup>

Cláudio Ari Mello reforça, contudo, a circunstância de que também as decisões judiciais devem estar sujeitas à reflexão das instâncias democráticas. Neste sentido:

Como as decisões judiciais são obrigatoriamente motivadas, a argumentação jurídica racional permite que a sociedade exerça sobre elas um controle público e amplo. Esse controle pode ser jurídico, através dos recursos processuais disponibilizados pelo sistema legal às partes e terceiros interessados, e pode ser social, moral e *sobretudo político, que pode ser exercido pelo processo legislativo e por emendas constitucionais*. Por isso, a própria natureza do processo judicial em uma democracia constitucional implica um *diálogo racional permanente* entre o Poder Judiciário e a cidadania em geral. (grifo nosso)

Ao sustentar que as decisões do Judiciário no âmbito da jurisdição constitucional submetem-se ao controle político exercido pelo processo legislativo e por emendas constitucionais, o autor implicitamente admite a possibilidade da correção legislativa da jurisprudência ser um instrumento de tal controle.

Em sentido semelhante, Andrew Arato reforça a idéia de que a possibilidade real de que emendas constitucionais possam reverter entendimentos jurisprudenciais do Tribunal Constitucional pode configurar um quadro desejável de *accountability* política dos juízes, *verbis*:

Quando há uma chance razoável de criar emendas constitucionais que revertam decisões judiciais, o Tribunal Constitucional não é mais totalmente isento de avaliação – para os juizes, ver suas apelações anuladas representa uma sanção importante. Como na *accountability* política, a possibilidade de ver suas decisões anuladas pelo povo (aqui como emendas ao invés de poder eleitoral) é parte da *accountability* política de juizes que podem também ser sujeitos a processo de *accountability* legal através de *impeachment*.<sup>320</sup>

Em relação às críticas relacionadas à capacidade institucional da jurisdição constitucional, já apontadas no primeiro capítulo, a correção legislativa pode ser um instrumento importante de superação de entendimentos jurisprudenciais que não

<sup>319</sup> Ibid. p. 303.

<sup>320</sup> ARATO, Andrew. Representação, soberania popular e accountability. *Lua Nova*, São Paulo, v. 55-56, 2002, p. 100.

atentaram para aspectos de ordem eminentemente técnica da matéria, em relação ao qual o Judiciário carecia da *expertise* necessária.<sup>321</sup> Ou ainda, a correção legislativa pode cumprir a importante tarefa de rediscutir um tema decidido pelo Judiciário sem as considerações sistêmicas que múltiplas decisões judiciais podem ocasionar. Ou seja, a correção legislativa pode funcionar como um instrumento legítimo de nova discussão de temas decididos por meio de entendimentos jurisprudenciais decorrentes da típica “visão de túnel” dos processos judiciais, nos quais geralmente os aspectos particulares do caso em exame acabam prevalecendo em relação à visão panorâmica e sistêmica do assunto.<sup>322</sup>

Neste aspecto, cabe ressaltar que se a correção legislativa da jurisprudência for adotada tendo como origem a *iniciativa do Poder Executivo*,<sup>323</sup> a superação do entendimento jurisprudencial poderá ser ainda mais justificada por um duplo fundamento. Em primeiro lugar, a legitimidade democrática reforçada da medida, pois foi produzida por dois poderes eleitos pelo voto popular. Aliás, no Brasil, é inegável que o Poder Executivo desfruta de grande representatividade popular, pois as eleições para os cargos majoritários dos executivos nas três esferas costumam mobilizar muito mais a população do que as eleições para as casas legislativas, inclusive pela nossa tradição histórica presidencialista. Outro fundamento que legitimaria ainda mais a correção legislativa seria a capacidade institucional no trato da questão controvertida dos órgãos técnicos que integram os quadros do Poder Executivo (que costumam participar das mensagens de projetos de lei enviados pelo

<sup>321</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Seleções Jurídicas Advocacia Dinâmica*, COAD, 2009, p. 34-40: “Capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder

está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico. Formalmente, os membros do Poder Judiciário sempre conservarão a sua competência para o pronunciamento definitivo. Mas em situações como as descritas, normalmente deverão eles prestigiar as manifestações do Legislativo ou do Executivo, cedendo o passo para juízos discricionários dotados de razoabilidade.”

<sup>322</sup> Como já mencionado anteriormente, decisões judiciais relacionadas a temas de políticas públicas nos parecem propiciar campo fértil para a crítica da capacidade institucional do Judiciário, abrindo-se espaço para uma nova discussão do tema em sede legislativa, havendo a possibilidade de edição de correção legislativa.

<sup>323</sup> Como já destacado, no sistema brasileiro é marcante a participação intensa do Poder Executivo na definição da agenda do Poder Legislativo. Neste sentido, MORAES FILHO, José Filomeno de. Separação de poderes no Brasil pós-88: princípio constitucional e práxis política. In: *Teoria da Constituição*. Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 182: “A Constituição Federal dotou o

Presidente da República de possibilidades muito grandes de influência na legislação, de muitos mecanismos de intervenção no processo legislativo.” DINIZ, Simone. Interações entre os poderes executivo e legislativo no processo decisório: Avaliando Sucesso e Fracasso Presidencial. Dados – *Revista de Ciências Sociais*, v. 48,

2005, p. 341: “É consensual na literatura que o Executivo detém poderes legislativos significativos, o que lhe

permite controlar a agenda legislativa e agilizam a tramitação de suas proposições (uso de medida provisória, pedidos de urgência – seja a urgência constitucional que determina a apreciação da matéria em cada Casa legislativa em um prazo de 45 dias, ou a urgência solicitada pelo Legislativo).”

Chefe do Executivo ao Legislativo), formado em boa parte por servidores com *expertise* acerca dos temas controversos. Considerando que o Legislativo dispõe da mesma forma de quadros técnicos qualificados, a capacidade institucional da correção legislativa também pode ser considerada reforçada.

Por exemplo, no caso de correção legislativa da jurisprudência em matéria tributária promovida por iniciativa do Executivo, a medida poderia ser politicamente justificada tanto pelo viés democrático reforçado (os órgãos democraticamente eleitos definem como será a repartição do ônus tributário para a manutenção do Estado) como pela capacidade institucional do Poder Executivo e do Poder Legislativo (servidores especialistas em finanças públicas e conhecedores das melhores técnicas de arrecadação tributária).

A correção legislativa da jurisprudência também pode propiciar a superação de entendimentos jurisprudenciais equivocados que foram produzidos por conta de algumas vicissitudes típicas do processo judicial, também aplicáveis à jurisdição constitucional.

Um exemplo teórico, no âmbito do direito tributário, pode melhor ilustrar uma dessas vicissitudes típicas do processo judicial. A Constituição Federal traz diversas regras de competência tributária relacionadas aos tributos que podem ser instituídos pelos entes da federação. No sistema de jurisdição constitucional brasileiro, como é cediço, o Supremo Tribunal Federal pode ser chamado a definir, por meio de recurso extraordinário interposto por um dos milhares municípios da Federação, se determinada hipótese material constitui ou não uma hipótese de incidência de um dos impostos de competência municipal. Uma vez firmado o precedente jurisprudencial pelo Pleno do STF de que a hipótese não pode ser tributada, a tendência natural é que o precedente seja mantido e acabe por afetar todos os outros milhares de municípios que não tiveram a oportunidade de expor, naquele processo judicial individual, suas razões acerca da melhor interpretação do conteúdo constitucional afirmado pelo STF.<sup>324</sup> Neste exemplo, salvo a hipótese de uma

---

<sup>324</sup> É bem verdade que tal circunstância pode ser amenizada por força das recentes regras que definiram o instituto da repercussão geral no âmbito do recurso extraordinário, abre-se a possibilidade de que outros interessados na solução da controvérsia possam expor suas posições acerca da definição do tema. No âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, a figura do *amicus curiae* definido pela Lei 9.868/99 também serve

mudança jurisprudencial do STF, a correção legislativa afigura-se como único meio legítimo de possibilitar que novas razões sejam agregadas ao debate constitucional sobre a definição da questão.

Outra vicissitude típica da jurisdição brasileira que a correção legislativa pode buscar solucionar diz respeito ao que se pode chamar de jurisprudência defensiva. É cediço que especialmente após a Constituição de 1988, o número de demandas submetidas ao Judiciário aumentou de forma exponencial, especialmente nos Tribunais Superiores. A jurisprudência defensiva possui por escopo principal adotar entendimentos que possam filtrar ou, mais precisamente, diminuir o volume de feitos julgados nos Tribunais Superiores.

O fato é que, em muitas ocasiões, a jurisprudência defensiva consegue atingir o escopo de diminuir o volume de feitos julgados no Tribunal Superior, mas pode produzir consequências danosas a princípios constitucionais, tais como a segurança jurídica e o amplo acesso à justiça. Nestas hipóteses, a correção legislativa da jurisprudência pode ser o único caminho viável para superar entendimentos jurisprudenciais defensivos.

Note-se, por exemplo, a questão da definição, no direito constitucional brasileiro, do cabimento de controle de constitucionalidade por ação direta de inconstitucionalidade contra lei infraconstitucional editada antes da promulgação da Constituição de 1988. O Supremo Tribunal Federal adotou o entendimento de ser incabível a ADIN na hipótese, pois no caso a lei anterior incompatível deveria ser considerada revogada, não sendo caso de juízo de inconstitucionalidade. Embora haja razoáveis entendimentos em defesa de cada uma das correntes<sup>325</sup>, parece ser claro que uma das razões que levaram o Supremo Tribunal Federal a adotar o entendimento de que seria incabível o manejo de ADIN contra lei anterior à Constituição seja a adoção de uma postura típica da jurisprudência defensiva.<sup>326</sup>

---

para tornar mais aberto à participação de todos os interessados o processo de definição dos conceitos constitucionais.

<sup>325</sup> Os argumentos de ambas as correntes foram bem explicitados por BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 67/82.

<sup>326</sup> Ibid. p. 81: “ Inversamente, uma das principais motivações da corrente majoritária da Suprema Corte, e que inspira, aliás, outras de suas linhas jurisprudenciais, é a necessidade de limitar o número de feitos que chegam àquele tribunal. Confrontado com a impossibilidade material de apreciar milhares de processos que lhe tocam por

É inegável, contudo, que o entendimento contrário ao adotado pelo STF seria suscetível de assegurar maior segurança jurídica, ao permitir que a definição acerca da compatibilidade de lei anterior com o texto constitucional pudesse ser definida pelo controle abstrato. Para minimizar em parte os efeitos danosos à segurança jurídica provocados pelo entendimento jurisprudencial do STF, foi necessária a atuação do Legislador, que ao regular a arguição de descumprimento de preceito fundamental, previu expressamente a possibilidade de cabimento da ação “ *quando*

*for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição*” (art. 1º, parágrafo único, inciso I da Lei 9.882/99).<sup>327</sup> A hipótese não caracteriza, obviamente, uma típica correção legislativa da jurisprudência, pois é cediço que os pressupostos e condições da ação direta de inconstitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental são diversos. Todavia, o exemplo serve para reforçar a tese de que muitas vezes é necessária a atuação do Legislador para sanar os efeitos indesejados da jurisprudência defensiva.

No direito infraconstitucional brasileiro, há exemplo recente de correção legislativa que buscou superar entendimento jurisprudencial que poderia ser caracterizado como jurisprudência defensiva. Trata-se da inovação trazida pela Lei 11.341/06, que conferiu nova redação ao parágrafo único do art. 541 do Código de Processo Civil<sup>328</sup>. A inovação teve o escopo de superar entendimento consubstanciado em acórdãos do Superior Tribunal de Justiça que exigiam, sob pena de não conhecimento, que o recurso especial interposto com fulcro em dissídio jurisprudencial deveria ser acompanhado necessariamente das cópias *impressas* dos precedentes relacionados.<sup>329</sup> Com a inovação legislativa em exame, bastará ao

---

competência originária ou por via recursal, o Supremo Tribunal Federal tende a prestigiar os entendimentos doutrinários que restrinjam, e não que ampliem, o acesso de novas ações.”

<sup>327</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 289: “ Daí a razão de a ADPF preencher um vazio relativamente à sidicabilidade dos atos normativos anteriores à Constituição, como explicitado na parte final do art. 1º, parágrafo único, II, mas válido para a arguição autônoma e incidental. Sendo descabida a ação direta de inconstitucionalidade, abre-se espaço, através da arguição, para o controle abstrato e concentrado, em processo objetivo, da validade da norma precedente.”

<sup>328</sup> “ Parágrafo único. Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução de julgado disponível na Internet, com indicação da respectiva fonte, mencionando, em qualquer caso, as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.”

<sup>329</sup> Neste sentido, de forma exemplificativa, o AgRg no Ag 770.585: “ PROCESSO CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL - EXECUÇÃO - PENHORA - NOMEAÇÃO DE BEM IMÓVEL - RECUSA DO CREDOR -

recorrente reproduzir julgado disponível na *internet*, com a indicação da fonte, para comprovar o dissídio jurisprudencial. A correção legislativa da jurisprudência citada está em plena consonância com as modernas tendências de simplificação do acesso à justiça. Exigir que o dissídio jurisprudencial fosse necessariamente comprovado pela via impressa era medida incompatível com os avanços tecnológicos vividos nos tempos atuais, consistindo em empecilho injustificável para o amplo acesso à justiça, consagrado pela Constituição Federal (art. 5º, inciso XXXV).

Outro aspecto ressaltado pelos estudos norte-americanos, especialmente os de Barnes e Eskridge, dizem respeito à constatação de que um dos principais fatores determinantes para a materialização de uma correção legislativa é a força política do ente que pode ser considerado o perdedor da jurisprudência consolidada. Com efeito, a modificação do entendimento jurisprudencial pelo Legislativo dependerá da força política que o ente demonstrará de manifestar seu interesse na agenda legislativa. Neste sentido, os estudos de Barnes e Eskridge apontam para a mesma conclusão: a maior parte das correções legislativas é obtida por entes públicos, que possuem grande influência na definição da agenda legislativa do Congresso.

Trata-se de conclusão que pode também ser ratificada pelas hipóteses de correção legislativa operadas no direito constitucional brasileiro, através dos dados empíricos já aduzidos. Das seis emendas constitucionais que trouxeram dispositivos de cunho corretivo, cinco produziram alterações no texto constitucional que

---

POSSIBILIDADE - INOBSERVÂNCIA DA ORDEM ESTABELECIDADA NO ART. 655 DO CPC - EXISTÊNCIA DE DINHEIRO SUFICIENTE EM CONTA BANCÁRIA PARA A GARANTIA DO DÉBITO - MAIOR ONEROSIDADE AO DEVEDOR - REEXAME DE PROVAS - VEDAÇÃO - SÚMULA 7/STJ - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE DA EXECUÇÃO PREVISTO NO ART. 620 DO CPC - DIVERGÊNCIA COM JULGADOS DESTE STJ - AUSÊNCIA DO INTEIRO TEOR DOS ACÓRDÃOS PARADIGMAS - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO - DESPROVIMENTO. (...) 4 - O dissídio não restou demonstrado, tendo em vista que a recorrente não colacionou qualquer repositório oficial de jurisprudência, tampouco fez juntar a cópia integral dos necessários paradigmas, salientando-se ser inadmissível a simples referência ao Diário de Justiça, conforme inúmeros precedentes. 5 - Para a demonstração da divergência jurisprudencial com acórdão do próprio Superior Tribunal de Justiça, ainda que o dissídio seja notório, embora seja dispensada a citação do repositório oficial onde foi publicado o julgado, não se prescinde da colação aos autos de cópia do inteiro teor do precedente, admitindo-se, inclusive, que o documento seja extraído das páginas eletrônicas deste Tribunal, disponíveis na internet, o que não ocorreu in casu. Precedentes. 6 - Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag 770.585/RJ, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 24.10.2006, DJ 20.11.2006 p. 325)

atendiam aos interesses das três esferas de governo (EC 19/98, EC 20/98, EC 29/00, EC 33/01, EC 39/02) e uma (a alteração da EC 52/06, que desobrigou a verticalização das coligações eleitorais) atendia a interesses de parlamentares.

Os dados, todavia, não surpreendem. Na atividade legislativa de forma geral o Estado, em sentido amplo, ainda é inegavelmente o protagonista da vida política desenvolvida nos espaços de deliberação democrática, sendo quem mais deflagra o processo legislativo. Não seria diferente, portanto, no caso das correções legislativas. O próprio perfil constitucional brasileiro justifica o protagonismo estatal no processo de correção legislativa da jurisprudência, visto que, tratando o texto constitucional de diversas matérias típicas de políticas de governo (servidores públicos, regime previdenciário e sistema tributário), entendimentos jurisprudenciais julgados inadequados acerca de tais temas demandam emendas constitucionais corretivas de iniciativa estatal.

Como vimos, as conclusões de Jeb Barnes a partir dos dados empíricos das correções legislativas naquele país indicam o predomínio das características da visão pluralista. O predomínio da visão pluralista significa na prática que: 1) os debates no Congresso acerca das correções legislativas são geralmente abertos aos diversos interesses em jogo (o que contraria a visão da captura); 2) as correções legislativas em geral são dotadas de conteúdos claros e pretendem resolver a questão objeto do dissenso, não devolvendo aos Tribunais os aspectos mais polêmicos da questão (o que também contraria a teoria hiperpluralista); 3) as correções legislativas em geral atingem o objetivo de solidificar um consenso no Judiciário acerca do tema objeto da correção (ao contrário do que preconiza a visão hiperpluralista). Tais conclusões seriam válidas também no contexto das correções legislativas ocorridas no âmbito do direito constitucional brasileiro?

No que se refere à primeira característica do cenário pluralista indicada por Barnes – participação intensa dos diversos interesses em jogo no processo de discussão legislativa que originou a correção legislativa – entendemos que sua transposição acrítica para o direito brasileiro seria de certo modo problemática. Isto se dá em razão da diferença, que não pode ser desprezada, entre os níveis de

participação dos setores organizados da sociedade civil no processo legislativo existente naquele país e no Brasil.

É cediço que o grau de participação de grupos da sociedade civil no processo legislativo e na vida política em geral naquele país é bem mais intenso do que no Brasil. Tal circunstância torna problemática a busca de avaliação dos níveis de participação dos interesses em jogo no processo de correção legislativa. Pela mesma razão, torna-se ainda mais problemático advogar a idéia, sugerida por Barnes, de que os juízes poderiam, no exame das correções legislativas, avaliar se houve efetiva participação dos interessados no processo legislativo. Além disso, não se pode deixar de ressaltar que a maioria das hipóteses concretas de correções legislativas ocorridas no Brasil não foram relativas a temas que costumam despertar intenso interesse de participação popular (como os relacionados a direitos fundamentais).

No que se refere à segunda característica da visão pluralista apontada por Barnes, cuida-se de circunstância que pode ser reconhecida nas hipóteses de correção legislativa da jurisprudência em matéria constitucional no Brasil. Pode-se dizer que as emendas corretivas, no ponto em que pretenderam superar entendimentos jurisprudenciais, foram bastante precisas e claras no sentido de tentar regular o tema controvertido.

Em relação ao terceiro aspecto indicado por Barnes – circunstância das correções legislativas em sua maioria terem atingido o objetivo de solidificar consenso judicial sobre o assunto – é difícil precisar, no caso brasileiro, o nível de consenso judicial atingido no período posterior à correção legislativa da matéria constitucional. Como se sabe, no direito brasileiro, é pacífico o entendimento acerca do cabimento de controle de constitucionalidade em face de emendas constitucionais, de forma a verificar possíveis violações de cláusulas pétreas. Tal controle pode ser exercido mesmo pelo juiz de primeiro grau, por intermédio do controle difuso. Desta forma, ao menos de forma potencial, é possível vislumbrar que a simples promulgação de emendas constitucionais de cunho corretivo da jurisprudência pode não atingir de imediato um grau de consenso razoável acerca de sua constitucionalidade em todos os órgãos judiciais espalhados pelo país.

O que se pode com segurança afirmar sobre o tema é que o sistema brasileiro dispõe cada vez mais de mecanismos eficazes que buscam uniformizar o entendimento jurisprudencial no controle de constitucionalidade, o que se aplica obviamente ao controle de emendas constitucionais de cunho corretivo. Neste sentido, podemos destacar o efeito vinculante das decisões adotadas em ações do controle concentrado de constitucionalidades e as súmulas vinculantes decididas pelo Supremo Tribunal Federal.

Outra situação interessante indicada pelos estudos norte-americanos diz respeito à possibilidade de o Judiciário convidar o Legislativo a adotar uma lei corretiva de seu entendimento jurisprudencial. O Tribunal pode reconhecer que determinada decisão adotada no âmbito do controle de constitucionalidade não conduza a um resultado satisfatório na matéria regulada, de forma que na própria decisão judicial possa haver manifestações no sentido de instar o Legislador a editar uma nova regulação, que possa acarretar inclusive na correção legislativa do entendimento jurisprudencial. Nesta hipótese, a idéia do diálogo constitucional também se faz muito marcante, pois teríamos Judiciário e Legislativo em esforço conjunto no sentido de atingir uma regulação ideal para um tema controverso.

As limitações relativas à capacidade institucional do Judiciário podem inclusive servir de justificativa para a adoção de decisões deste tipo. O Tribunal pode reconhecer que sua decisão sobre a constitucionalidade de determinada espécie normativa pode não ser a mais satisfatória, porém recusar-se a adotar decisão diversa por reconhecer que não está munido dos dados técnicos e empíricos que pudessem produzir uma regulação global do assunto, preferindo transferir tal responsabilidade ao Legislativo.

Situação semelhante poderia ser cogitada nas hipóteses em que o Tribunal, ao reconhecer a inconstitucionalidade de determinada espécie normativa, já indicasse na própria decisão judicial claramente os critérios que uma nova legislação sobre o tema deveria obedecer para ser julgada constitucional. Em outros termos, o Tribunal poderia “guiar” o Legislador, estabelecendo os parâmetros para uma correção legislativa constitucionalmente aceitável de sua jurisprudência. Nesta

hipótese, a idéia do diálogo constitucional também se faz muito marcante, pois teríamos Judiciário e Legislativo em esforço conjunto no sentido de atingir uma regulação ideal para um tema controverso.

Um exemplo de tal situação no direito constitucional tributário brasileiro pode ser caracterizado em relação à Taxa de Fiscalização Ambiental (TFA) do IBAMA, criada pela Lei 9.960/00. No julgamento da Medida Cautelar na ADIN no. 2178,<sup>330</sup> o STF decidiu pela inconstitucionalidade da exação, ao argumento de que as atividades potencialmente poluidoras não estariam definidas na lei e que o fato gerador seria a atividade do contribuinte e não o serviço prestado pelo ente público, além de problemas relativos à falta de definição precisa do cálculo do valor devido.

331

Na ação mencionada, há trecho de voto do Ministro Sepúlveda Pertence que, embora reconhecendo a impossibilidade de julgar no sentido da constitucionalidade da TFA, explicitou o fato de que a atividade fiscalizada teria alta relevância, de forma que o Ministro propugnou no sentido da edição de nova lei com as correções devidas, *verbis*:

De forma que, nesse primeiro exame, não vejo como salvar a lei. Creio que, até pedagogicamente, é melhor que outra venha a cobrir os custos dessa relevante atividade fiscalizadora, que exista ou deva existir.

No mesmo ano, a Presidência da República encaminhou ao Congresso projeto de lei 3745/00, de forma a modificar a legislação pertinente e instituir a Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental (TCFA), com o mesmo escopo daquela que fora declarada inconstitucional, mas com as alterações preconizadas pelo julgado do STF.<sup>332</sup> O projeto foi transformado na Lei 10.165/00, que teve sua constitucionalidade reconhecida pelo STF no julgamento do RE 416.601.<sup>333</sup> No voto

<sup>330</sup> Rel. Min. Ilmar Galvão, Pleno, j. 29/3/2000.

<sup>331</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, v. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 463.

<sup>332</sup> No próprio texto da mensagem do Poder Executivo encaminhando o projeto de lei ao Congresso há menção ao julgamento da Medida Cautelar na ADIN 2.178, mencionando inclusive a manifestação do Ministro Sepúlveda Pertence citada. Foi mencionado na mensagem que “o projeto de lei visa exatamente a reinstaurar o tributo, agora escoimado dos vícios que conduziram a sua invalidação pela Suprema Corte.” Diário da Câmara dos Deputados,

14 de novembro de 2000, p. 56603.

<sup>333</sup> Rel. Min. Carlos Velloso, Pleno, j. 10/8/2005, DJ 30/9/2005

do Relator, Ministro Carlos Velloso, é possível extrair a conclusão de que o entendimento em favor da constitucionalidade foi baseado no reconhecimento de que a nova lei efetivamente expurgou os alegados vícios de inconstitucionalidade contidos na TFA, apontados pelo STF.<sup>334</sup>

Outra questão bastante relevante destacada pelos estudos norte-americanos diz respeito à influência nas decisões judiciais de possíveis correções legislativas. Ou seja, seria correto afirmar que os juízes buscam entender as preferências das instâncias legislativas, procurando moldar suas decisões de forma a evitar correções legislativas ?

Sobre a questão, os estudos empíricos apresentados manifestam divergência, conforme restou evidenciado. Eskridge afirma que as decisões judiciais da Suprema Corte procuram (ainda que não declaradamente) evitar correções legislativas. Lawrence Baum e Lori Hausegger indicam que tal conclusão não é exata. O estudo de Lee Epstein, Jack Knight e André D. Martin indica uma posição intermediária em tal polêmica, mas os dados empíricos coletados pelos autores dizem respeito apenas a matéria constitucional ligada aos direitos civis.

Acerca do tema específico, para o escopo do presente trabalho, não parece conveniente despender forças com a tentativa de responder empiricamente a questão no cenário brasileiro. Nosso escopo será debater a matéria sob um ponto de vista mais prescritivo, no sentido de tentar responder à indagação: o Supremo Tribunal Federal deve, nas decisões de controle de constitucionalidade, estar atento às preferências políticas das instâncias majoritárias e de certa forma tentar moldar suas decisões para evitar que correções legislativas sejam materializadas ?

Como já mencionado, uma das grandes contribuições que a doutrina do diálogo constitucional empresta ao exame da questão institucional da interpretação constitucional é demonstrar a evidência de que a interpretação empreendida pelo Judiciário na *judicial review* não pode ser considerada um nicho próprio de poder

---

<sup>334</sup> A questão examinada consiste em exemplo eloquente da hipótese bastante ressaltada no trabalho de Pickerill de como o Congresso pode reagir ao exercício da judicial não com o intuito de superar o entendimento jurisprudencial mas sim adaptar a lei questionada de forma a torná-la constitucional.

judicial, afastado do sistema de interação intermitente de forças da separação de poderes. Nesta linha de raciocínio, parece razoável recomendar que o Supremo Tribunal Federal, ao examinar a constitucionalidade das leis, procure aferir quais os parâmetros que o Legislativo vem adotando em relação ao tema controvertido. Isto não significa, por óbvio, que o STF deva incorporar tais parâmetros de forma acrítica, pois uma das funções da *judicial review*, conforme ressaltado, é exatamente avaliar criticamente as opções interpretativas que as instâncias majoritárias estão adotando. O que se defende aqui é uma ampliação do campo de visão do STF nas ações de controle de constitucionalidade, de forma que a análise crítica das preferências do Legislativo sobre o tema controvertido seja mais uma das variáveis (não a única) que irão compor o conjunto de razões para o atingimento da decisão judicial.

A consideração, pela *judicial review*, dos parâmetros legislativos, também se justifica a partir das críticas de cunho institucional formuladas por Sunstein e Vermeule, no estudo já mencionado.<sup>335</sup> Como já aduzido, os autores sustentam que os problemas de ordem interpretativa advindos do exercício da *judicial review* nem sempre podem ser solucionados a partir da escolha espontânea da melhor teoria pelo intérprete, pois as considerações de ordem institucional (relação com os outros poderes) devem influenciar a escolha da solução. E um dos exemplos apresentado pelos autores de aplicação do raciocínio ocorre exatamente nas hipóteses de interpretações judiciais que poderiam gerar *correções legislativas* no futuro, ou seja, aferir se uma decisão judicial seria ou não corrigida pelo Legislativo e qual seriam os custos desta atividade legislativa.

Um exemplo no direito tributário pode esclarecer melhor o raciocínio exposto. Como se saber, o tema da progressividade das alíquotas nos impostos reais no direito constitucional tributário brasileiro é objeto de intensa polêmica. O Supremo Tribunal Federal, conforme será examinado com mais detalhes no próximo capítulo, havia adotado o entendimento de que a progressividade fiscal do IPTU seria supostamente inadmissível à luz do texto constitucional de 1988, tendo em vista que a técnica da progressividade seria incompatível com os impostos reais. A matéria sempre foi objeto de intensa polêmica doutrinária, havendo autores advogando

---

<sup>335</sup> SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Michigan Law Review*, v.101, p. 885/951, 2003.

posições em ambos os sentidos. Aliás, a própria validade científica da classificação entre impostos pessoais e reais também é questionada por parcela significativa da doutrina tributária.<sup>336</sup>

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal ratificou o entendimento explicitado no precedente ao estabelecer a impossibilidade de alíquotas progressivas em relação a outro imposto apontado como tendo natureza real – o imposto sobre transmissão de bens imóveis (ITBI).<sup>337</sup>

Como já mencionado, em clara hipótese de correção legislativa da jurisprudência do STF, a Emenda Constitucional no. 29/00 deu nova redação ao art. 156 §1º da Constituição Federal para explicitar a possibilidade da progressividade fiscal do IPTU. Posteriormente, a Emenda Constitucional no. 42/03 também tornou explícita a progressividade para dois novos impostos que também poderiam ser classificados como reais: o imposto territorial rural (nova redação do §4º do art. 153 da Constituição Federal)<sup>338</sup> e o imposto sobre a propriedade de veículos automotores (nova redação do §6º do art. 155 da Constituição Federal).<sup>339</sup> Em outros termos, o conjunto de tais emendas revela que o constituinte derivado adotou uma posição clara na polêmica doutrinária envolvendo a questão acerca da possibilidade da adoção da técnica da progressividade nos impostos reais.

Desta forma, pensamos que o Supremo Tribunal Federal, ao se deparar com o julgamento de demandas envolvendo o tema em exame, não pode ignorar a opção sistemática que o Legislador, nas emendas constitucionais referidas, tem feito a

<sup>336</sup> Examinaremos com mais detalhes tais questões ao abordarmos analiticamente as hipóteses de correção legislativa da jurisprudência no direito tributário.

<sup>337</sup> EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE TRANSMISSÃO DE IMÓVEIS, INTER VIVOS - ITBI. ALÍQUOTAS PROGRESSIVAS. C.F., art. 156, II, § 2º. Lei nº 11.154, de 30.12.91, do Município de São Paulo, SP. I. - Imposto de transmissão de imóveis, inter vivos - ITBI: alíquotas progressivas: a Constituição Federal não autoriza a progressividade das alíquotas, realizando-se o princípio da capacidade contributiva proporcionalmente ao preço da venda. II. - R.E. conhecido e provido. (RE 234105, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/04/1999, DJ31-03-2000) O entendimento foi consolidado na Súmula no. 656: “ É inconstitucional a lei que estabelece alíquotas progressivas para o Imposto de Transmissão Inter

Vivos de Bens Imóveis (ITBI) com base no valor venal do imóvel.”

<sup>338</sup> Neste sentido, ABRAHAM, Marcus. *As Emendas constitucionais tributárias e os vinte anos da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p.198: “ Tal alteração na Constituição Federal de 1988 fazia-se

necessária, diante do posicionamento amplamente adotado pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de vedar o uso da técnica da progressividade sobre impostos reais, limitando-se a aceitá-la tão-somente diante do uso da extrafiscalidade (como no caso do IPTU progressivo no tempo).”

<sup>339</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, v. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 330: “ Agora, com a EC 42/03, resolveu o constituinte derivado estender a progressividade, fundada em argumentos de capacidade contributiva, ao ITR e ao IPVA.”

favor da progressividade nos impostos reais. Isto poderia provocar, por exemplo, uma modificação no entendimento do STF (Súmula 656) acerca da possibilidade de alíquotas progressivas em relação ao ITBI, imposto real que não possui previsão explícita de progressividade, sem a necessidade que fosse editada nova emenda constitucional para explicitar a possibilidade de progressividade também em relação a tal imposto municipal. Ainda que o STF examine as preferências do Legislador sobre o tema de forma crítica, e até mesmo, em razão do exercício da supremacia judicial, venha a manter o entendimento de que a progressividade nos impostos reais somente possa ser admitida com norma constitucional expressa neste sentido, o entendimento do constituinte derivado deve necessariamente compor o conjunto de argumentos que irão orientar a decisão judicial. Considerando que o tema é polêmico e divide opiniões, o STF pode, em atitude de deferência às opções legislativas, optar por aceitar o entendimento do Legislador, à luz das considerações acerca do diálogo constitucional. Além disso, sob o ponto de vista dos aspectos institucionais da interpretação judicial referenciados, o STF pode optar por acatar o entendimento legislativo para evitar o custo de uma correção legislativa de sua jurisprudência por intermédio de nova emenda constitucional.

Cumprido afirmar, acerca do tema em exame, que já há prenúncios de modificação do entendimento do STF sobre a questão. Está em curso o julgamento do Recurso Extraordinário no. 562.045, interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, contra acórdão que reconheceu a inconstitucionalidade de lei estadual que adotou a progressividade de alíquotas em relação ao imposto sobre a transmissão *causa mortis* e doação (art. 155, I, CF), que também não possui previsão explícita de progressividade no texto constitucional. O relator, Ministro Ricardo Lewandowski, sustentou o entendimento de que a progressividade no caso de impostos reais somente poderia ser adotada mediante expressa previsão constitucional, mantendo, desta forma, o entendimento tradicional da corte.<sup>340</sup>

O Ministro Eros Grau, contudo, abriu divergência e reconheceu a constitucionalidade da progressividade na hipótese, afirmando que a tese da inconstitucionalidade da progressividade na hipótese seria baseada na interpretação

---

<sup>340</sup> Informativo STF 510.

equivocada de que o princípio da capacidade contributiva (art. 145, §1º, CF) indicaria que a progressividade somente seria admissível nos impostos pessoais, quando em verdade o dispositivo é dirigido também aos impostos reais, admitindo-se, desta forma, a progressividade. Os Ministros Menezes Direito, Carmen Lúcia e Joaquim Barbosa acompanharam a divergência, sendo que o julgamento foi interrompido em razão do pedido de vista do Ministro Carlos Britto.<sup>341</sup> O julgamento ainda não foi encerrado, mas parece ser lícito afirmar que a tese divergente iniciada pelo Ministro Eros Grau teria a seu favor as considerações explicitadas acima, em relação à posição do constituinte derivado sobre o tema.<sup>342</sup>

Há, todavia, exemplo recente no âmbito do Supremo Tribunal Federal de uma certa insensibilidade de sua jurisprudência às posições adotadas pelo constituinte derivado. Como veremos com mais detalhes em momento posterior, a EC no. 33/01 trouxe hipótese de correção legislativa da jurisprudência do STF que havia fixado o entendimento de que o ICMS não incidia na importação de bens por pessoas físicas, com fulcro principalmente em aspectos semânticos da redação anterior do art. 155, §2º, inciso IX, “ a” da Constituição Federal. Todavia, como será demonstrado, a jurisprudência ignorou o aspecto de que no comércio internacional há prevalência do princípio do país de destino, que estabelece que a tributação deve ser deixada para o país onde serão consumidos os bens. Logo, as exportações devem sofrer desonerações tributárias, mas nas importações deve haver incidência do imposto compensatório capaz de igualar o preço da mercadoria estrangeira ao preço da mercadoria nacional.<sup>343</sup> Desta forma, a incidência do ICMS na importação possui uma função equalizadora e vinculada à última etapa da circulação internacional da mercadoria.

Nesta linha, as mesmas razões que justificam a incidência do ICMS na importação de bens por pessoa física também justificam a incidência do IPI na mesma operação.<sup>344</sup> Ocorre que mesmo após a edição da emenda constitucional no.

<sup>341</sup> Informativo STF 520

<sup>342</sup> Posição contrária à progressividade de alíquotas no imposto sobre a transmissão *causa mortis* e doação foi desenvolvida por BATISTA, Clayton Xavier. É possível a progressividade de alíquotas no ITCMD ? *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 132, p. 40-47, 2006.

<sup>343</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, v. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 319.

<sup>344</sup> Em sentido idêntico, a lição de Mizabel Derzi: “ Entretanto, a incidência de tributos como o imposto sobre produtos industrializados (IPI) e o imposto sobre operações de circulação de mercadorias e serviços (ICMS) na

33/01, o Supremo Tribunal Federal decidiu que não incide o IPI na importação de bens por pessoa física.<sup>345</sup> Ou seja, não atentou para a circunstância de que o constituinte derivado fez indicações no sentido de que as importações deveriam ser oneradas. Desta forma, não será surpresa se em pouco tempo nova emenda constitucional seja editada com o escopo de deixar explícito no texto constitucional a incidência do IPI na hipótese. Temos, portanto, um bom exemplo de como a consideração pelo Supremo Tribunal Federal dos parâmetros adotados pelo Legislativo na regulação de determinada matéria pode evitar o custo da edição de uma emenda constitucional tipicamente corretiva da jurisprudência.

Por fim, cabe uma reflexão acerca da fundamentação desenvolvida por Lee Epstein, Jack Knight e André D. Martin no sentido de que a extrema dificuldade de aprovação de emenda constitucional naquele país recomenda fortemente que os juízes da Suprema Corte não podem fechar os olhos para as visões dos outros poderes sobre o tema controvertido. A extrema dificuldade de alterar a jurisprudência da corte baseada em interpretação constitucional já seria um dos motivos a justificar a necessidade dos juízes não adotarem tal tipo de postura.

Aqui chegamos a um ponto importante, que precisamos examinar com cuidado e relacionar à experiência brasileira. Certamente um dos motivos que levam o tema da correção legislativa da jurisprudência a ser amplamente discutido nos Estados Unidos é a combinação atual de duas circunstâncias: a postura da Suprema Corte de afirmação de uma supremacia judicial forte na interpretação constitucional (cujo exemplo mais emblemático é *City of Boerne v. Flores*) e a circunstância de que o processo de emenda à Constituição naquele país é extremamente dificultoso. Tal combinação cria realmente clima propício para a erupção de intensos

---

importação não tem nenhum objetivo protecionista, mas é fenômeno de isonomia e equidade. É que, já vimos, a norma adotada no mercado internacional é aquela de desoneração das exportações, de tal modo que os produtos e serviços importados chegam ao país do destino livres de todo imposto. Seria agressivo à regra da livre concorrência e aos interesses nacionais pôr em posição desfavorável a produção nacional, que sofre a incidência do IPI e ICMS. Daí a necessidade de se fazer incidir o IPI sobre a importação de produtos industrializados.” BALEEIRO, Aliomar. Direito tributário brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2001. Nota de

atualização de Mizabel Derzi, p. 341.

<sup>345</sup> “ AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IPI. IMPORTAÇÃO DE VEÍCULO

AUTOMOTOR. PESSOA FÍSICA. USO PRÓPRIO. 1. Não incide o IPI em importação de veículo automotor, para uso próprio, por pessoa física. Aplicabilidade do princípio da não-cumulatividade. Precedente. Agravo regimental a que se nega provimento.” (RE 501773 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, j. 24/06/2008, DJ

15/08/2008

)

questionamentos de ordem democrática, pois gera a sensação de que a Suprema Corte é realmente a protagonista da interpretação constitucional. Neste cenário, a proposta de Lee Epstein, Jack Knight e André D. Martin no sentido de que a Suprema Corte tenha atenção em relação às preferências do Congresso faz bastante sentido.

Como entender tais concepções no direito brasileiro? No caso brasileiro, o processo de emenda à Constituição não é tão dificultoso como nos Estados Unidos. Como prova está o próprio número excessivo de emendas editadas até o momento. Nesta linha, um primeiro entendimento poderia ser o seguinte: como o processo de emenda no Brasil não é tão dificultoso não se justifica que o Supremo Tribunal Federal tenha preocupações excessivas em aferir as preferências do Congresso sobre o tema, pois caso o mesmo discorde da interpretação judicial poderá emendar, com relativa facilidade, o texto constitucional.

Tal entendimento não se afigura correto, pois tornaria a forma de jurisdição constitucional exercida pelo STF como mais um dos estímulos à proliferação excessiva de emendas ao texto. Embora não tenhamos a ilusão de que constituições efetivas são necessariamente aquelas que sofrem poucas emendas,<sup>346</sup> o fato é que o número de emendas ao texto constitucional é realmente bastante elevado, em razão do próprio caráter detalhista do texto constitucional, de forma que a atuação do Supremo Tribunal Federal sem a consideração das visões dos outros poderes sobre o tema controvertido somente poderia agravar uma situação já patológica. Além disso, todas as considerações já explicitadas no presente trabalho, que recomendam que o Supremo Tribunal Federal exerça a supremacia judicial com os temperamentos da idéia do diálogo constitucional, por si só já justificariam uma postura de atenção às preferências dos órgãos majoritários sobre o tema em

---

<sup>346</sup> Neste sentido, ver importante estudo LUTZ, Donald. *Toward a theory of constitutional amendment*. IN: Levinson, Stanford. (org.). *Responding to Imperfection – The theory and practice of constitutional amendment*.

Princeton: Princeton University Press, 1995. No estudo Lutz utiliza ricos dados empíricos para traçar uma espécie de teoria geral das emendas constitucionais, analisando as constituições estaduais norte-americanas e trinta Constituições de países diversos. Uma das conclusões mais relevantes do estudo é desmistificar o entendimento corrente de que o índice baixo de emendas à Constituição necessariamente traduz que a Constituição é mais efetiva na regulação política de um país. O estudo é complexo e maiores detalhes fugiriam ao escopo do presente trabalho. Para uma excelente análise do estudo de Lutz no direito brasileiro, ver BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 155-169.

juízo, independentemente de um processo de emenda à Constituição de maior ou menor dificuldade.

## 2.4 Os limites da Correção Legislativa da Jurisprudência

### 2.4.1 Limites formais

São obviamente diversas as implicações da correção legislativa que opera apenas no nível infraconstitucional daquela em nível constitucional. Caso o entendimento jurisprudencial que se pretenda corrigir seja relativo apenas à interpretação de lei infraconstitucional, parece não restar dúvida de que a solução seja simplesmente alterar o texto legal de forma a superar a jurisprudência indesejada. Já na hipótese da jurisprudência versar sobre a interpretação de dispositivo constitucional, a doutrina costuma apontar a mudança do texto da Constituição como a saída natural para que o Legislativo possa alterar o entendimento jurisprudencial.<sup>347</sup>

Cabe, todavia, indagar: na hipótese do Supremo Tribunal Federal ter firmado entendimento acerca de determinado conteúdo constitucional, a alteração de sua jurisprudência somente poderia ser efetuada mediante a edição de emenda constitucional? Haveria hipóteses em que o Legislador poderia obter com sucesso a modificação do entendimento do STF mediante a edição de lei infraconstitucional?

Como já referenciado, o art. 102, §2º da Constituição da República, ao elencar os destinatários do efeito vinculante das decisões proferidas em ação direta de

---

<sup>347</sup> Neste sentido, na doutrina alemã, GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. *Revista de Direito do Estado*, n. 4, p. 3-22, 2006, p. 15/16: "Há uma diferença importante entre a lei infraconstitucional e a norma

constitucional. Se o Legislativo entende que a interpretação conferida a uma determinada lei infraconstitucional é inaceitável, ele pode alterar o programa da lei e, dessa forma, mudar a jurisprudência das cortes. Com relação às leis infraconstitucionais, o Legislativo tem a última palavra. Por sua vez, o Direito Constitucional e, por consequência, também a interpretação das cortes acerca da constituição, vinculam o Legislador. No caso de visões conflitantes, é a corte constitucional e não o Legislativo que tem a última palavra em matéria constitucional. É verdade que as cortes constitucionais também podem ser reprogramadas através de emendas, mas tal correção por parte do Legislativo é, normalmente, difícil de obter."

inconstitucionalidade e em ação declaratória de constitucionalidade, omite o Poder Legislativo. Desta forma, não há impedimento constitucional no sentido de obstar que o legislador edite norma de conteúdo idêntico a ato normativo outrora declarado inconstitucional, com a pretensão de alterar o entendimento jurisprudencial. Trata-se de entendimento já assentado pelo Supremo Tribunal Federal em alguns julgados, consoante já foi consignado. Em sentido semelhante, o art. 103-A da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional no. 45/04, também não mencionou o Legislativo no rol de destinatários da súmula vinculante editada pelo Supremo Tribunal Federal. Logo, não há óbice constitucional para que o legislador edite um ato normativo em sentido contrário ao entendimento consagrado na súmula vinculante.

Para tornar o raciocínio mais claro, um exemplo pode ser útil. Se o Supremo Tribunal Federal reconhece por meio de ação direta a inconstitucionalidade de um ato normativo, sustentando que o mesmo trouxe uma hipótese de incidência tributária que não se ajusta ao figuro constitucional de determinado imposto, o sistema constitucional positivo brasileiro não impede que no dia seguinte à publicação da decisão do STF o Legislador edite ato legislativo infraconstitucional de conteúdo idêntico. Neste caso, nova ação de inconstitucionalidade deverá ser manejada e, salvo a hipótese do Tribunal modificar subitamente seu entendimento jurisprudencial, nova declaração de inconstitucionalidade será proferida.

Assim, não há impedimento de que o Legislativo, por meio de ato infraconstitucional, pretenda modificar entendimento jurisprudencial do STF acerca da interpretação da Constituição. Todavia, o que pretendemos investigar não é a possibilidade em tese de o Legislador fazê-lo, mas sim *qual a viabilidade desta atitude atingir na prática o objetivo de modificar a regulação da matéria*, fazendo prevalecer entendimento contrário à jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal.

Como vimos, em dois precedentes emblemáticos, o Supremo Tribunal Federal parece ter fornecido respostas contraditórias à mesma indagação. A decisão adotada pelo STF na ADIN 3772 manteve a aplicação preconizada pela Lei 11.301/06 da aposentadoria especial no que se refere aos professores que exercem cargos de

direção de unidade escolar, coordenação e assessoramento pedagógico, o que contraria o teor da Súmula no. 726 do STF. Em outras palavras, o STF admitiu que por meio de lei ordinária houvesse modificação, mesmo que parcial, de entendimento oriundo de interpretação de dispositivos constitucionais. No julgamento da ADIN 2860 havia prevalecido entendimento diverso, sendo assentada a tese de que o legislador não pode se valer de lei ordinária para alterar jurisprudência do Supremo Tribunal Federal fundada na interpretação da Constituição. Nesta hipótese, cuidar-se-ia de inconstitucionalidade formal, pois uma norma inferior estaria tentando ditar a interpretação de uma norma de hierarquia superior.

Diante da aparente indefinição jurisprudencial do tema no âmbito do Supremo Tribunal Federal, cabe propor alguns parâmetros que podem guiar a questão relativa aos limites formais da correção legislativa da jurisprudência.

Inicialmente, deve ser assentada a tese de que a correção legislativa da jurisprudência do STF em matéria constitucional poderá, sem dúvida, ser empreendida por meio de emenda constitucional, que somente não atingirá o objetivo de modificar a regulação do tema na hipótese do próprio STF reconhecer que a emenda constitucional violou alguma cláusula pétrea.

A questão mais difícil consiste em saber se *necessariamente* deve ser por emenda constitucional a alteração do entendimento jurisprudencial do STF sobre questão constitucional, ou se é possível imaginar situações em que o Legislador pode obter êxito na modificação do entendimento por meio de lei infraconstitucional.

Com base nos postulados desenvolvidos acerca da importância do papel da supremacia judicial no direito constitucional brasileiro, pensamos que é possível estabelecer o seguinte parâmetro genérico: alterações na regulação de temas decididos pelo STF com fulcro em interpretação de conteúdos constitucionais devem ser, *em regra*, veiculados por intermédio de emendas ao texto constitucional. Variadas razões podem justificar tal parâmetro: a segurança jurídica, as considerações já explicitadas por Schauer e Alexander acerca da importância para a estabilidade institucional da definição de um intérprete com autoridade no âmbito da interpretação constitucional e a própria garantia da efetividade da Constituição que,

pelo figurino constitucional positivo brasileiro, é atingida ainda precipuamente pela supremacia judicial.

Em outras palavras, o fato da Constituição Federal não estender ao Legislativo o efeito vinculante das decisões proferidas nas ações de controle concentrado e na hipótese da súmula vinculante (art. 102, §2º e art. 103-A) não pode conduzir o Legislador a utilizar de forma abusiva a prerrogativa de editar leis infraconstitucionais que busquem modificar a interpretação constitucional do STF. Tal prerrogativa deve ser exercida apenas em determinadas situações especiais.

Os aportes da doutrina do diálogo constitucional podem conduzir à conclusão de que em determinadas circunstâncias específicas, o Legislador poderia superar com êxito, por meio de lei infraconstitucional, a maneira como o tema foi definido pela jurisprudência constitucional, sem a necessidade de alteração do texto por meio de emenda constitucional. No mínimo, duas hipóteses poderiam ser imaginadas para corroborar tal possibilidade.

A primeira situação seria a seguinte: se houve mudança na orientação jurisprudencial do STF acerca de um tema geral que tem aplicação uniforme aos dispositivos constitucionais “ a” e “ b” , ainda que a mudança jurisprudencial tenha ocorrido, no caso judicial concreto, apenas em relação à interpretação do dispositivo “ a” , é plenamente legítima a atuação do Legislador infraconstitucional de regular o dispositivo constitucional “ b” de acordo com o novo entendimento jurisprudencial, sem que haja necessidade de alteração formal do texto constitucional “ b” por emenda.

Para exemplificar a aplicação do raciocínio descrito, podemos voltar ao exemplo do tema da progressividade nos impostos reais. Suponhamos que o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário no. 565.714, que trata da progressividade de alíquotas do imposto sobre a transmissão *causa mortis* e doação, venha a modificar sua jurisprudência tradicional e definir a tese de que é admissível a progressividade dos impostos reais mesmo sem expressa previsão constitucional. Nesta hipótese, entendemos que será incontroversa a constitucionalidade de lei municipal que estabeleça a progressividade de alíquotas em relação ao ITBI, que

também é imposto real, e a Súmula 656 estaria automaticamente superada, sendo ainda completamente desnecessária a emenda do texto constitucional para deixar clara a possibilidade da progressividade no âmbito do ITBI.

Outra situação que justificaria a edição de lei infraconstitucional corretiva da jurisprudência constitucional do STF diz respeito a situações em que o entendimento jurisprudencial que se quer corrigir tenha sido formado em *circunstâncias peculiares*, que levam o Legislador a acreditar que se o tema for novamente ventilado na corte pela edição de lei infraconstitucional há real possibilidade de o Tribunal modificar o entendimento adotado. Mas quais seriam tais *circunstâncias peculiares* que justificariam a correção legislativa operada por via infraconstitucional ?

Se o precedente jurisprudencial foi adotado por apertada maioria no âmbito do STF, há indicação de que o tema não atingiu o grau de pacificação necessária que tornaria injustificada a edição de lei ordinária corretiva. Se aliarmos tal circunstância ao fato de que, após o precedente, adotado por maioria apertada, houve mudança significativa na composição dos membros do STF (o que efetivamente ocorreu nos últimos anos), a probabilidade de ocorrer mudança na orientação jurisprudencial cresce de forma significativa e justificaria a viabilidade da correção legislativa ser veiculada por intermédio de lei ordinária, de forma que a questão pudesse ser novamente avaliada pelo Supremo Tribunal Federal a partir da nova legislação. Outra circunstância que reforçaria a legitimidade da medida legislativa seria o fato do precedente que originou a jurisprudência que se quer corrigir tenha contrariado o entendimento histórico do Tribunal acerca da matéria.

Exemplo paradigmático que reúne todas as circunstâncias descritas acima diz respeito à polêmica acerca da constitucionalidade da incidência do ISS sobre a locação de bens móveis. Após anos de jurisprudência pacificada no âmbito do STF acerca da constitucionalidade da incidência do ISS sobre a locação de bens móveis, em 2000,<sup>348</sup> no julgamento do RE 116.121,<sup>349</sup> o STF reconheceu a

<sup>348</sup> Neste sentido, o RE 115.103, Rel. Min. Oscar Dias Corrêa, e RE 112.947, Rel. Min. Carlos Madeira. Ricardo Lobo Torres anotou a surpreendente modificação jurisprudencial no caso em exame, *verbis*: “ O STF, surpreendentemente, após trinta anos de prática do tributo municipal, delcarou a inconstitucionalidade da incidência do ISS sobre a locação de serviços, prevista no item 79 da Lista de Serviços da LC 56/87.” TORRES,

Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 401.

<sup>349</sup> Relator para acórdão Min. Marco Aurélio, Pleno, j. 11/10/2000, DJ 25/05/2001.

inconstitucionalidade da incidência da exação na hipótese, por maioria de *seis votos contra cinco*. A Lei Complementar no. 116 de 31 de julho de 2003, que estabeleceu normas acerca do ISS, previu no item 3 da lista de serviços anexa os “ *serviços*

*prestados mediante locação, cessão de direito de uso e congêneres”* , materializando desta forma correção legislativa do entendimento jurisprudencial do STF.<sup>350</sup> Vale

aduzir que a composição do Supremo Tribunal Federal, no período entre o julgamento do RE 116.121 e a publicação da Lei Complementar no. 116/03, houve a modificação na composição da corte de *cinco ministros*.<sup>351</sup>

O raciocínio que justifica a possibilidade de correções legislativas por via infraconstitucional nesta situação pode ser extraído por um argumento *a fortiori*: se a modificação do entendimento jurisprudencial poderia ocorrer de forma espontânea pelo STF, ao ser provocado por meio do julgamento de um novo recurso extraordinário (julgado por nova composição de ministros), interposto por uma única pessoa, não há razão que impeça a possibilidade de que a mudança do entendimento do STF seja provocada por meio da edição de ato legislativo infraconstitucional, produzido pelo Legislativo, que é um dos atores interpretativos legítimos da Constituição.

Também poderíamos compreender as considerações explicitadas acima por intermédio da lente da mutação constitucional. Como se sabe, esta é caracterizada pela alteração do sentido de um conteúdo constitucional sem a alteração do respectivo texto. Luís Roberto Barroso, ao elencar os mecanismos de atuação da mutação constitucional, menciona que a mesma pode ocorrer pela via da interpretação (na hipótese do próprio Supremo Tribunal Federal modificar entendimento previamente fixado sobre norma constitucional), pela via do costume ou pela atuação do legislador, na hipótese em que “ *por ato normativo primário*,

---

<sup>350</sup> É fato que o subitem 3.01, que trazia explicitamente a expressão “ *locação de bens móveis*” , foi vetado pelo

Presidente da República, com base no precedente do STF mencionado. Ocorre que o veto não impediu a exigência da exação na hipótese, visto que a redação do item 3 já fornece força normativa suficiente para a exigência do tributo na hipótese questionada.

<sup>351</sup> Aqui parece relevante lembrar a lição de Mark Tushnet já mencionada na primeira parte do trabalho, no sentido de que uma das hipóteses em que o desacordo razoável na interpretação constitucional entre Judiciário e Legislativo resta mais evidenciado é exatamente na hipótese do Legislativo adota uma medida de acordo com o entendimento da minoria vencida da Suprema Corte. TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

*procurar-se modificar a interpretação que tenha sido dada a alguma norma constitucional*<sup>352</sup>.

Barroso assinala, com a precisão habitual, que a legitimidade de toda mutação constitucional deve ser buscada no equilíbrio entre dois conceitos da teoria constitucional, a rigidez da Constituição e a plasticidade das normas constitucionais. Neste sentido:

A rigidez procura preservar a estabilidade da ordem constitucional e a segurança jurídica, ao passo que a plasticidade procura adaptá-la aos novos tempos e às novas demandas, sem que seja indispensável recorrer, a cada alteração da realidade, aos processos formais e difíceis de reforma.<sup>353</sup>

Nas duas hipóteses exemplificadas de correções legislativas de entendimentos constitucionais empreendidas por leis ordinárias, entendemos que a rigidez não é comprometida ao ponto de tornar ilegítima a mutação constitucional pela atuação do legislador. Na primeira hipótese (exemplo da progressividade nos impostos reais), a rigidez constitucional não é ameaçada, pois a mutação constitucional foi adotada com fundamento na própria modificação de entendimento jurisprudencial do STF. Na segunda hipótese (exemplo da incidência do ISS sobre a locação de bens móveis), também não vislumbramos danos à rigidez constitucional, pois o entendimento jurisprudencial que a lei corretiva pretende modificar não foi cristalizado de forma suficiente a ponto de gerar o estado de segurança jurídica que a rigidez constitucional busca tutelar.<sup>354</sup>

#### 2.4.2 Limites materiais

<sup>352</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 132.

<sup>353</sup> Ibid. p. 127.

<sup>354</sup> Neste ponto, vale a lembrança da lição de Häberle, já mencionada, de que o legislador “ atua como elemento precursor da interpretação constitucional e do processo de mutação constitucional” . HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: contribuição para a interpretação pluralista e “ procedimental” da constituição*.

Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 27.

Inicialmente, cumpre ressaltar que a afirmação da legitimidade do Legislativo como um dos intérpretes da Constituição, desenvolvida ao longo do estudo, afasta a possível alegação de que emenda constitucional de cunho corretivo de jurisprudência seria, independentemente de seu conteúdo e pelo simples fato de ser portadora dessa qualidade, inconstitucional por violação ao princípio da separação de poderes consagrado como cláusula pétrea no art. 60, §4º, III, da Constituição da República, sob o argumento de que implicaria na invasão pelo Legislativo de seara própria do Judiciário.

Desta forma, a constitucionalidade de emendas que pretendam corrigir a jurisprudência, assentada pelo Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, deve ser aferida em relação a seu conteúdo e com base nos parâmetros comuns relativos ao controle de constitucionalidade de todas as emendas ao texto – ou seja

– o art. 60 da Constituição Federal, especialmente em seu §4º, que cuida das denominadas cláusulas pétreas. De acordo com a corrente dominante em nosso direito, a superação destes limites ao poder de reforma somente poderiam ocorrer por meio de uma ruptura da ordem constitucional vigente por meio da manifestação de um novo Poder Constituinte Originário.<sup>355</sup>

Caso a questão tratada pela emenda constitucional corretiva não encontre subsunção em alguma cláusula pétrea, não vemos motivo legítimo para que o Tribunal invalide a emenda constitucional. Entendimento contrário conferiria ao já extenso texto constitucional de 1988 um grau de rigidez bastante elevado, retirando das maiorias democráticas o poder de decisão sobre diversas matérias, comprometendo de forma significativa o desempenho da democracia.

Também parece de relevo anotar que a observância do princípio democrático recomenda que o Supremo Tribunal Federal abstenha-se de empreender

---

<sup>355</sup> É certo que existe corrente doutrinária minoritária no direito constitucional brasileiro, defendida por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que admite a possibilidade da chamada “dupla revisão”, procedimento pelo qual se admitiria a aprovação de emenda à constituição que afastasse a cláusula pétrea e posteriormente a edição de nova emenda que promovesse a mudança que a cláusula pétrea revogada pretendia impedir. Para uma análise e refutação desta tese, ver SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *A Fossilised Constitution ? Ratio Juris*, v. 17, no. 4, p. 454-473, 2004.

interpretações maximizadoras das cláusulas pétreas<sup>356</sup>, para efeito de controle de constitucionalidade de emendas constitucionais corretivas.

A extensão de matérias tratadas no texto constitucional, aliada à vagueza das disposições explicitadas no art. 60, §4º da Constituição, pode ocasionar tentativas de reconduzir aos temas que compõem o rol de cláusulas pétreas algumas questões tratadas por emendas constitucionais corretivas que cuidam de matérias típicas da política ordinária, cuja inclusão nos limites ao poder de reforma constitucional seria injustificável.

Na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é possível identificar manifestações no sentido da necessidade do Judiciário não adotar interpretações maximizadoras das cláusulas pétreas, como no voto do Ministro Sepúlveda Pertence na ADI 3128, na qual se discutia a constitucionalidade da instituição pela EC 41/03 da contribuição de inativos:

Empresto, no entanto, interpretação restrita a tais limitações materiais ao poder de reforma constitucional: sigo convencido – como acentuei no MS 23.047, de temática similar à deste julgamento – de que uma interpretação radical e expansiva das normas de intangibilidade da Constituição, antes de assegurar a estabilidade institucional, é a que arrisca legitimar rupturas revolucionárias ou dar pretexto fácil à tentativa dos golpes de Estado.

Desta forma, para não agravar ainda mais uma das maiores patologias do direito constitucional positivo brasileiro, que é a consagração do texto constitucional de matérias típicas de legislação infraconstitucional, recomenda-se que o Supremo Tribunal Federal não adote uma interpretação amplificadora das cláusulas pétreas, especialmente quando na análise da constitucionalidade de emendas corretivas.

---

<sup>356</sup> Defendendo a noção de que a interpretação das cláusulas pétreas deve ser conjugada com o princípio democrático, SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e justiça social, In: *Livres e Iguais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 13: “ O que desejamos enfatizar é que, para que as cláusulas

pétreas não se convertam num instrumento antidemocrático, de tirania constitucional de uma geração sobre as seguintes, elas têm que ser interpretadas à luz do princípio democrático, como garantias das condições de possibilidade de uma democracia efetiva e substancial, instituídas para impedir que a empreitada intergeracional de construção de um destino coletivo por pessoas livres e iguais não se perca no caminho, tragada por adversidades, miopias, paixões momentâneas ou fraquezas.” . Também mencionando o princípio democrático

como elemento de interpretação das cláusulas pétreas, VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 247: “ Interpretadas adequadamente, as cláusulas superconstitucionais

não constituirão obstáculo à democracia, mas servirão como mecanismos que, num momento de reformulação da ordem constitucional, permitirão a continuidade e o aperfeiçoamento do sistema constitucional democrático, habilitando cada geração a escolher seu próprio destino sem, no entanto, estar constitucionalmente autorizada a furtar esse mesmo direito às gerações futuras.”

Há, todavia, exemplo recente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de inobservância do grau de deferência que o Judiciário deve ter na análise de emendas constitucionais de cunho corretivo. Cuida-se do julgamento da ADIN 3685<sup>357</sup>, que analisou a constitucionalidade do art. 2º da Emenda Constitucional no. 52/06. Conforme já mencionado, a Emenda Constitucional no. 52/06 deu nova redação ao §1º do art. 17 da Constituição Federal com o objetivo de claramente corrigir o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral que considerou vedada a prática de coligações de partidos políticos diversas em âmbito nacional e local (Resolução no. 21.002 de 2002), com base na interpretação da Lei 9.504/97. A Emenda foi promulgada com o objetivo de fazer prevalecer o entendimento já no pleito eleitoral de 2006, o que foi desautorizado pelo Supremo Tribunal Federal na ADIN mencionada, pois o Tribunal considerou que haveria na hipótese violação ao art. 16 da Constituição Federal (regra da anualidade da lei eleitoral) que constituiria cláusula pétrea nos termos do art. 60, §4º, inciso IV. Além das críticas de cunho consequencialista que a decisão do STF pode suscitar<sup>358</sup>, o aspecto democrático também parece ter sido violado na decisão.

Em suma, a questão poderia ser resumida na correta interpretação do art. 6º da Lei 9.504/97. O Tribunal Superior Eleitoral, em polêmica interpretação do dispositivo, editou a Resolução no. 21.022 de 26.02.2002 (logo, a menos de oito meses do pleito eleitoral de 2002) estabelecendo a chamada regra da “verticalização”. Em suma, os partidos não necessitariam reproduzir nos estados a mesma coligação de âmbito nacional, porém não poderiam se coligar a partidos que participavam de outra coligação nacional. A Emenda Constitucional no. 56/06 foi editada com a clara intenção de corrigir o entendimento do TSE e abolir a “verticalização”. A intenção do constituinte derivado foi realizar uma espécie de interpretação autêntica do art. 6º da Lei 9.504/97, que comportava em tese duas

<sup>357</sup> Rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, j. 22/03/2006, DJ 10/08/2006.

<sup>358</sup> Neste sentido, Cláudio Pereira de Souza Neto demonstrou com argumentos contundentes que a crítica consequencialista à decisão poderia ser formulada, pois, embora o STF tenha declarado a inconstitucionalidade parcial da emenda sob o pretexto da necessidade de proteção das minorias políticas, no cenário político do momento a decisão implicou na exclusão de correntes minoritárias do pleito presidencial. SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Verticalização, cláusula de barreira e pluralismo político: uma crítica consequencialista à decisão do STF na ADIN 3685. Interesse Público, n. 37, 2006, p. 69-94.

interpretações possíveis – a adotada pelo TSE e a adotada pelo constituinte derivado. Nesta linha, afirma Cláudio Pereira de Souza Neto:

E se assim é, ou seja, se há duas interpretações possíveis de um mesmo dispositivo legal, a questão que se instaura é definir qual delas deverá prevalecer. Por razões de legitimação democrática, não há dúvidas de que deveria ter sido aquela que foi aprovada por três quintos dos representantes do povo, não a produzida pelos juízes que participaram daquela sessão do TSE.<sup>359</sup>

De toda sorte, não há dúvidas de que emendas constitucionais que veiculem correções legislativas também estão, como todas as emendas, submetidas ao controle de constitucionalidade. Pode-se afirmar, portanto, que no direito constitucional brasileiro, cabe ao Supremo Tribunal Federal definir o conteúdo das normas constitucionais abrigadas pelo manto das cláusulas pétreas. As discussões podem girar em torno dos parâmetros que devem ser adotados pelo Judiciário quando deparar-se com emendas constitucionais corretivas.

Exemplificando, na hipótese do Supremo Tribunal Federal ter assentado sua jurisprudência no sentido de que determinada atividade encontra-se amparada por certo direito individual, eventual emenda constitucional que pretenda corrigir tal entendimento jurisprudencial, explicitando que no conceito do direito em exame não se encontra abrangida aquela atividade, poderá ser declarada inconstitucional pelo STF, caso o Tribunal considere que o mencionado direito encontra subsunção no art. 60, §4º, IV, da Constituição e não haja disposição do Tribunal de rever o entendimento jurisprudencial.

Não obstante seja clara a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal exercer o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais corretivas, a fim de verificar possíveis violações às cláusulas pétreas, entendemos que alguns parâmetros podem ser recomendados ao Tribunal quando estiver diante desta espécie de emenda.

---

<sup>359</sup> Ibid. p. 77. Também criticando a decisão do STF na hipótese na linha do questionamento democrático, BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Inicialmente, é de relevo notar que o Tribunal pode encarar a emenda constitucional corretiva relacionada ao conteúdo de cláusulas pétreas como uma oportunidade de reavaliar criticamente a jurisprudência outrora adotada e que foi objeto da reação do Legislativo. O caráter pluralista da interpretação constitucional e os aportes doutrinários da doutrina do diálogo constitucional não recomendam que o Supremo Tribunal Federal adote uma postura de antipatia *ab initio* em face das emendas corretivas, com fulcro na suposta defesa de sua condição de guardião da Constituição.

Especialmente na hipótese da emenda constitucional corretiva ter sido adotada após significativo debate no Congresso com os diversos setores representativos da sociedade<sup>360</sup>, é recomendável que o Supremo Tribunal Federal faça nova visita ao tema para verificar a possibilidade de superação do entendimento jurisprudencial, verificando se não é o caso de reconhecer a ocorrência do fenômeno da mutação constitucional<sup>361</sup> que foi verbalizada na emenda corretiva. Se a revisão de entendimento jurisprudencial pode partir do próprio STF, independentemente de provocação externa, com mais razão deve ser considerada a hipótese de mudança do entendimento jurisprudencial por força da edição de emenda constitucional, cujo *quorum* de aprovação é qualificado.

Como os limites materiais ao poder de emenda constitucional que veiculam correções legislativas são os mesmos das emendas constitucionais gerais, fugiria completamente ao escopo do presente trabalho pretender detalhar o alcance das controvertidas cláusulas pétreas contidas no art. 60, §4º da Constituição

---

<sup>360</sup> Tal parâmetro, contudo, não parece encontrar respaldo em experiência recente no Supremo Tribunal Federal. Como relata Oscar Vilhena Vieira, por ocasião do julgamento da ADIN 3510 (2008), que impugnava a chamada lei de biosegurança, o argumento levantado por Luís Roberto Barroso de que a lei havia sido aprovada por ampla maioria, após significativa discussão no Congresso Nacional, não foi considerado relevante pelo Tribunal. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia. Revista de Direito do estado*, n.12, 2008, p. 68: “ O que ficou claro é que o Supremo não se vê apenas como uma instituição que pode vetar decisões parlamentares claramente inconstitucionais, mas que pode comparar a qualidade constitucional das decisões parlamentares com as soluções que a própria Corte venha a imaginar, substituindo as decisões do parlamento caso entenda que as suas são melhores.”

<sup>361</sup> Sobre mutação constitucional, destaca Anna Candida da Cunha Ferraz tratar-se de “ alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, através ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas.” *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 9.

(especialmente o polêmico inciso IV), de forma a traçar com precisão os limites materiais ao poder de emenda constitucional de caráter corretivo acerca de qualquer matéria em tese. Nossa opção é limitar o objeto de nosso estudo à análise de emendas constitucionais de cunho corretivo em um dos campos em que tal tipo de emenda tornou-se mais frequente no Brasil: o direito tributário.

### 3 A CORREÇÃO LEGISLATIVA DA JURISPRUDÊNCIA NO DIREITO CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

#### 3.1 Aspectos históricos

O art. 96 da Constituição Federal de 1937<sup>362</sup> possibilitava que o Parlamento, provocado pelo Presidente da República, poderia tornar sem efeito decisão de Tribunal que declarasse a inconstitucionalidade de lei ou ato do Presidente da República. A justificativa para a previsão deste artigo na carta de 1937 pode ser encontrada em texto<sup>363</sup> produzido pelo principal idealizador da Constituição, Francisco Campos, no qual restou assentado o perigo de se conferir ao Poder Judiciário a faculdade de interpretar de forma conclusiva a Constituição em

<sup>362</sup> “ Art 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a

inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.

Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.”

<sup>363</sup> CAMPOS, Francisco. Diretrizes constitucionais do novo estado brasileiro. *Revista Forense*, v. 23, n. 417/417, p. 229, 1938: “ Nestas condições, atribuir a supremacia ao Judiciário é atribuí-la à filosofia dos juizes. Em se

tratando de interesses nacionais, dos grandes poderes do governo e dos grandes fins públicos a que o governo se destina, é, certamente, mais democrático senão mais acertado, preferir à filosofia e à opção dos juizes a opção e a filosofia da Nação.” Para uma análise abrangente do ideal constitucionalista antiliberal de Francisco

Campos que foi plasmado na Carta de 1937, ver SANTOS, Rogério Dutra dos. Francisco Campos e os fundamentos do constitucionalismo antiliberal no Brasil. *Dados: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 281-323, 2007, p. 285.: “ A assunção das massas como um elemento central na organização do poder

político e os instrumentos jurídicos análogos ao modelo schmittiano são as marcas fundamentais da Constituição de 1937 na organização jurídico-administrativa do regime. Campos realizará uma apreciação sociológica detalhada do advento da sociedade de massas. Mas não só: será também o responsável por sintetizar, em instituições, as aspirações políticas de Vargas; definirá as técnicas jurídico-constitucionais antiliberais implicadas na construção de um Executivo forte e absorvente (Leite e Júnior, 1983:293); as direcionará para a realização do novo modelo de Estado, modernizando o país.”

detrimento dos interesses superiores da nação.<sup>364</sup> O dispositivo, desta forma, consagrava explicitamente a tesa da supremacia legislativa na interpretação constitucional.

Considerando que o art. 180 da mesma Constituição atribuiu ao Presidente a possibilidade de expedir decretos-leis enquanto não se reunir o Parlamento, sobre todas as matérias da competência legislativa da União, a faculdade prevista no art. 96 foi diretamente exercida por Getúlio Vargas<sup>365</sup> por intermédio do Decreto-Lei 1564/39, que expressamente declarou sem efeito decisões do Supremo Tribunal Federal que reconheceram aos magistrados a imunidade em face do imposto sobre a renda.<sup>366</sup> O STF não resistiu à correção legislativa da jurisprudência materializada pelo decreto-lei e modificou sua jurisprudência sobre o tema.<sup>367</sup>

Sob o regime da Constituição de 1946, o Supremo Tribunal Federal continuou adotando o entendimento de que o princípio da irredutibilidade de vencimentos dos magistrados impedia a incidência do imposto sobre a renda. Desta vez, a correção legislativa operou-se por intermédio da Emenda Constitucional no. 9 de 1964, que modificou a redação dos artigos 95, III e 203 da Constituição de 1946 para admitir a exigência do imposto sobre a renda na hipótese ventilada.

### 3.1.1 A Emenda Passos Porto (EC no 23/83)

<sup>364</sup> Paulo Sérgio Silva destaca o papel do dispositivo em exame como importante instrumento de controle do Judiciário. SILVA, Paulo Sérgio. *A Constituição brasileira de 10 de novembro de 1937*. São Paulo: UNESP, 2008, p. 195.

<sup>365</sup> Para uma análise da trajetória de Getúlio Vargas na história do constitucionalismo brasileiro, especialmente em relação à Constituição de 1937, ver BONAVIDES, Paulo. Getúlio Vargas e o estado social das ditaduras. *Revista de Direito do Estado*, n. 2, p. 71-82, 2006.

<sup>366</sup> Embora ressaltando a característica antidemocrática da atitude do Presidente da República no caso em exame, Ricardo Lobo Torres destaca que naquela oportunidade o Supremo Tribunal Federal apegava-se a doutrina já superada nos Estados Unidos de extensão da imunidade tributária recíproca de entes públicos aos funcionários e aos juízes. TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 448.

<sup>367</sup> Sobre o tema, vale destacar trecho do voto do Ministro Carlos Maximiliano no MS 623 (Rel. Min. José Linhares, 27-3-39), no qual destaca-se o desconforto com a decisão presidencial: “ *Seria, aliás, irrisório estar a preferir acórdãos platônicos, arestos por lei destituídos de exequibilidade. Prevalecerá no alto pretório o inelutável, embora murmurando os seus membros o epur si muove, de Galileu.*”

No regime constitucional anterior à Constituição de 1988, o tema da correção legislativa da jurisprudência esteve em evidência com a promulgação da Emenda Constitucional 23/83 (Emenda Passos Porto), que superou pelos menos três entendimentos jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, sendo dois consagrados em súmulas, acerca do então ICM.<sup>368</sup>

Em entendimento consagrado na Súmula 559, o Supremo Tribunal Federal, interpretando o §5º da Constituição de 1967 (com redação da EC 1/69), havia decidido ser inconstitucional a discriminação de alíquotas do ICM em razão de o destinatário ser ou não contribuinte do imposto. Desta forma, para definição de operação interestadual, o STF adotou o critério geográfico do destino da mercadoria, de forma que seria operação interestadual se o destinatário da mercadoria fosse domiciliado em outro Estado, independentemente de sua condição de contribuinte do ICM ou consumidor final da mercadoria.<sup>369</sup> O STF repdiu desta forma o critério econômico, que considerava interestadual a operação se incluída no ciclo de comercialização da mercadoria.<sup>370</sup>

A EC 23/83 alterou a redação do dispositivo para corrigir o entendimento jurisprudencial e instituir que a alíquota do ICM seria uniforme para todas as mercadorias nas operações internas e interestaduais, bem como nas interestaduais realizada com consumidor final. O STF explicitamente aceitou em julgado posterior a correção legislativa de sua jurisprudência na hipótese.<sup>371</sup> A Constituição de 1988 aperfeiçoou a redação do dispositivo (art. 155, §2º, VII). Ricardo Lobo Torres afirma que o novo entendimento corrigiu o equívoco jurisprudencial anterior, garantindo a

<sup>368</sup> Um inventário destas alterações foi realizado por TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 449-451

<sup>369</sup> RE 72.285, Rel. Min. Luiz Gallotti, DJ 17/3/72: “ É, portanto, ao destino da mercadoria que a Constituição manda atender, para ter configurada a operação interestadual, e, não, à circunstância de ser também contribuinte a pessoa, física ou jurídica, a quem foi feita a venda, de um para outro Estado.”

<sup>370</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 450.

<sup>371</sup> No Julgamento do RE 102.553, 21/8/86, Rel. Min. Francisco Rezek, colhe-se trecho significativo do voto do Ministro Oscar Dias Correa: “ Esta e outras inovações no texto constitucional visaram, claramente, a contrastar a

jurisprudência deste STF que, em decisões sempre renovadas, fixara orientação contrária a interesses diversos, não amparados pela letra vigente da Constituição (...) Não importam essas alusões críticas ao Poder Executivo, que propôs a orientação que lhes parece mais conveniente ao interesse público. *Se a interpretação também soberana da corte não se lhes apresenta como a que atende a esse interesse – mas é a do Tribunal, no uso de seu poder exclusivo de exegeta da Constituição – o remédio a utilizar é precisamente a mudança de texto.*” (grifo nosso) Chamamos a atenção para a expressão contida no voto, que atribuiu ao STF o “ poder exclusivo de exegeta da Constituição” , indicando entendimento que constitui exemplo de exacerbação da doutrina da

supremacia judicial, já criticada em momento anterior.

igualdade entre consumidores finais não-contribuintes do ICMS, independentemente da situação geográfica do seu domicílio.<sup>372</sup>

O Supremo Tribunal Federal reconheceu em alguns precedentes o direito de utilização do crédito fiscal relativo a operações anteriores isentas do ICM.<sup>373</sup> A EC 23/83 expressamente desautorizou a interpretação ao conferir nova redação ao art. 23, II, da Constituição de 1967 (com redação da EC 1/69) para explicitar que a isenção ou não-incidência do ICM, salvo norma em contrário, não implicaria crédito de imposto para abatimento daquele incidente nas operações seguintes. A alteração justificou-se na medida em que na hipótese a consideração de crédito fiscal correspondente à mercadoria isenta consistiria em verdadeira ficção jurídica, que só poderia existir se autorizada por lei como forma de incentivo fiscal na forma de crédito presumido.<sup>374</sup> A Constituição de 1988 ratificou a nova orientação no art. 155, §2º, inciso II.

A EC 23/83 também corrigiu a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que não autorizava a incidência do ICM na importação de bens de capital, segundo entendimento consagrado na Súmula 570. O entendimento estava baseado na tese de que o bem de capital não encontrava subsunção no conceito de mercadoria previsto na Constituição e que, além disso, na hipótese de importação para uso próprio inexistiria circulação de mercadorias apta a justificar a incidência do ICM.<sup>375</sup> Ricardo Lobo Torres criticou o entendimento jurisprudencial, pois o mesmo teria levado em conta apenas de forma isolada a operação de importação, desconsiderando as fases anteriores da mercadoria no território de outros países.<sup>376</sup> A EC 23/83 incluiu o §11 ao texto da Constituição então vigente estabelecendo que o ICM incidiria também sobre a entrada de mercadoria importada do exterior inclusive quando se tratar de bens destinados a consumo ou ativo fixo do estabelecimento. A Constituição de 1988 manteve a incidência do ICMS na hipótese (art. 155, §2º, XI, “ a ” ).

<sup>372</sup> Ibid. p. 450.

<sup>373</sup> RE 94.177, Rel. Min. Firmino Paz, DJ 28/8/81; RE 100.968-3, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ 30/3/84.

<sup>374</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, v. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 307.

<sup>375</sup> RE 79.951, Rel. Min. Thompson Flores, DJ 21/11/75.

<sup>376</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 451.

### 3.2 Aspectos gerais da Correção Legislativa da Jurisprudência no Direito Constitucional Tributário Brasileiro

Antes de passar ao exame analítico das hipóteses de emendas constitucionais de cunho corretivo no direito tributário, é oportuno tecer algumas considerações gerais acerca do papel que a correção legislativa da jurisprudência pode desempenhar no âmbito do direito constitucional tributário brasileiro.

Inicialmente, podemos afirmar que a forma como o direito tributário ainda é compreendido por parcela significativa da doutrina brasileira (com seus reflexos na jurisprudência) tornam a matéria tributável um campo bastante fértil para o crescimento da correção legislativa da jurisprudência, tanto em sede constitucional como na seara infraconstitucional.

Em resumo, podemos afirmar que parcela significativa da doutrina do direito tributário brasileiro adota uma ótica de interpretação conceptualista do direito tributário, afinada com o que poderíamos denominar de positivismo normativista e formalista, marcada pela supervalorização da legalidade estrita e da segurança jurídica em detrimento de outros valores constitucionais.<sup>377</sup> Além disso, do ponto de vista filosófico, tal concepção doutrinária pode ser ligada a uma visão que praticamente ignora os aspectos axiológicos e teleológicos do tributo como dever fundamental do cidadão no Estado de Direito, além das questões atinentes à justiça fiscal.

Um dos caminhos mais utilizados para justificar a exacerbação do valor da segurança jurídica na tributação consiste em traçar um questionável paralelo entre o direito tributário e o direito penal, de forma que ambas as matérias gozariam de supostas peculiaridades que justificariam uma espécie de legalidade qualificada.<sup>378</sup>

---

<sup>377</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 409.

<sup>378</sup> José Marques Domingues de Oliveira produziu crítica precisa a tal associação, apontando que a mesma reflete uma posição ideológica de privilegiar a liberdade ligada aos aspectos patrimoniais em detrimento da liberdade referida à pessoa. OLIVEIRA, José Marques Domingues de. *Direito tributário e meio ambiente: proporcionalidade, tipicidade aberta e afetação de receita*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 13/14.

A adoção de tal concepção positivista resulta na eleição da segurança jurídica como um valor praticamente absoluto, tornando difícil a penetração na seara tributária de outros valores constitucionais, como a justiça e a igualdade, materializados pelo princípio da capacidade contributiva, bem como acaba por influenciar a própria jurisprudência brasileira.<sup>379</sup>

A exacerbação da segurança jurídica por parcela da doutrina do direito tributário viola frontalmente um dos princípios básicos de interpretação constitucional que é o da unidade da Constituição. Por ele, não se autoriza que o intérprete, diante de aparente conflito de enunciados constitucionais (ex. segurança jurídica x capacidade contributiva), simplesmente escolha um deles, pois inexiste hierarquia entre dispositivos constitucionais. O princípio da unidade indica que é função do intérprete buscar a concordância prática de ambos os princípios em suposta colisão, por intermédio principalmente da técnica da ponderação.<sup>380</sup>

O discurso da exacerbação da segurança jurídica no direito tributário pode ser comparado ao discurso de exacerbação da livre iniciativa que parcela da doutrina brasileira realiza. Cláudio Pereira de Souza Neto e José Vicente Santos de Mendonça escreveram importante trabalho no qual criticam tal doutrina, sustentando que a postura de defesa exacerbada da livre iniciativa (a partir de uma leitura libertária) procura impor, no âmbito da interpretação constitucional, uma doutrina abrangente particular que busca afastar do poder de decisão das maiorias democráticas determinadas questões, tentando tornar

“ *constitucionalmente*

*necessário o que é politicamente contingente*” .<sup>381</sup> A mesma crítica, a nosso ver,

---

<sup>379</sup> RIBEIRO, Ricardo Lodi. A Constitucionalização do direito tributário. In: *Temas de direito constitucional tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 12: “ E justamente pelo fato de a doutrina brasileira passar ao

algo das discussões sobre a justiça, não sabendo como dar aplicação ao princípio da capacidade contributiva, a jurisprudência segue a mesma orientação, limitando-se a perceber o fenômeno jurídico tributário por meio de regras, desconhecendo os valores e princípios.”

<sup>380</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 198: “ Mais que isso: do ponto de vista lógico, as normas constitucionais, frutos de uma vontade unitária e geradas simultaneamente, não podem jamais estar em conflito no momento de sua concretização. Portanto, ao intérprete da Constituição só resta buscar a conciliação possível entre proposições aparentemente antagônicas, cuidando, todavia, de *jamais anular integralmente uma em favor da outra*.” (grifo nosso)

<sup>381</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. In: *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 721.

também poderia ser perfeitamente dirigida à doutrina tributária de valorização excessiva da segurança jurídica na tributação.

Uma das inspirações mais marcantes da doutrina positivista tributária brasileira é sem dúvida a obra de Hans Kelsen.<sup>382</sup> Ocorre que a tentativa de leitura do direito constitucional tributário brasileiro a partir da lente da teoria de Kelsen apresenta sérios problemas, em função de duas questões básicas: 1) a franca incongruência entre o modelo de Constituição idealizado por Kelsen e o texto constitucional brasileiro de 1988; 2) o descompasso entre a teoria da interpretação e aplicação do Direito defendida por Kelsen e o fenômeno contemporâneo da constitucionalização do direito.

Na visão do positivismo de Kelsen, a função primordial da Constituição é estabelecer os órgãos e os procedimentos que serão adotados para a produção das leis e não estabelecer normas relacionadas ao conteúdo do Direito.<sup>383</sup> A previsão, na Constituição, de normas que influenciam o conteúdo das leis é medida excepcional. Além disso, tais normas geralmente são revestidas de meros limites negativos ao Legislador.<sup>384</sup> Mesmo na hipótese em que a Constituição estabeleça valores que possam influir no conteúdo da elaboração das leis, Kelsen adota uma postura rigorosamente cética em relação à possibilidade do exercício do controle de constitucionalidade em relação ao atendimento, pelo legislador, de tais valores.<sup>385</sup>

<sup>382</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 130/131: “Embora Kelsen nada tenha escrito sobre a justiça tributária, o seu pensamento obteve sucesso temporário no Brasil exatamente nesse campo de estudo, com a total rejeição da possibilidade de juízos de valor sobre a justiça fiscal e a capacidade contributiva.” Acerca da notável influência de Kelsen no pensamento da doutrina tributária brasileira, vale citar trecho de Paulo de Barros Carvalho em um dos livros mais influentes na teoria do direito tributário brasileiro, publicado pela primeira vez em 1974: “Talvez o marco mais importante na história do moderno pensamento jurídico da humanidade seja a Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen. Com ela, o mestre da „Escola de Viena” formulou, com invejável correção metodológica, a enunciação do Direito, despindo-o de tudo que não fosse essencialmente jurídico. Desentulhou o campo da ciência jurídica de qualquer tipo de apreciação valorativa, desconsiderando inúmeros conceitos, raciocínios e mesmo métodos próprios de outros campos científicos, tais como a Sociologia, Política, Economia etc. Daí chamar sua concepção de „teoria pura” ”. *Teoria da norma tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 41-42.

<sup>383</sup> MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 27: “Diferentemente do que se poderia esperar da leitura das suas idéias políticas, a constituição ocupa uma função estritamente macroestrutural na ordem jurídica descrita pelo autor, o que de certa forma revela a força do argumento democrático no ambiente jurídico e na época histórica em que a *teoria pura do direito* foi desenvolvida.” (grifo no original)

<sup>384</sup> A idéia fica evidenciada no seguinte trecho significativo do autor: “Enquanto o legislador só está preso pela Constituição no que concerne a seu procedimento – e, de forma totalmente excepcional, no que concerne ao conteúdo das leis que deve editar, e mesmo assim, apenas por princípios ou diretivas gerais – a atividade do legislador negativo, da jurisdição constitucional, é absolutamente determinada pela Constituição.” (grifo nosso).

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 153.

<sup>385</sup> Sobre o ponto, vale mencionar a seguinte passagem significativa: “As disposições constitucionais que convidam o legislador a se conformar à justiça, à equidade, à igualdade, à liberdade, à moralidade, etc. poderiam

Exatamente em razão do modelo de constituição minimalista adotado por Kelsen, que retirava poucas matérias do espaço de deliberação democrática, não constitui objeto central de sua obra preocupações relativas aos questionamentos de ordem democrática no exercício da *judicial review*.

Ocorre que o modelo de Constituição adotado pelo positivismo de Kelsen é francamente incompatível com a Constituição de 1988, que claramente não se limitou a prescrever regras de procedimento para a adoção das leis, mas adotou diversos enunciados normativos que pretendem influenciar o próprio conteúdo das leis, especialmente no direito tributário.

A leitura do sistema constitucional tributário brasileiro a partir de uma visão puramente positivista e formalista leva ao entendimento de que a Constituição teria supostamente delimitado explicitamente os conceitos que informam as materialidades das incidências tributárias, de forma a impedir que o Legislador possa desfrutar de um espaço de liberdade relativa na concretização de tais conceitos.<sup>386</sup> Na medida em que a jurisprudência tende a incorporar tais parâmetros doutrinários, não fica difícil prever a possibilidade de que os questionamentos de ordem democrática possam

---

ser interpretadas como diretivas concernentes ao conteúdo das leis. Equivocadamente, é claro, porque só seria assim se a Constituição estabelecesse uma direção precisa, se ela própria indicasse um critério objetivo qualquer. No entanto, o limite entre essas disposições e as disposições tradicionais sobre o conteúdo das leis, que encontramos nas Declarações de direitos individuais, se apagará facilmente, e portanto *não é impossível que um tribunal constitucional chamado a se pronunciar sobre a constitucionalidade de uma lei anule-a por ser injusta, sendo a justiça um princípio constitucional que ele deve por conseguinte aplicar. Mas nesse caso a força do tribunal seria tal, que deveria ser considerada simplesmente insuportável.* A concepção que a maioria dos juízes desse tribunal tivesse da justiça poderia estar em total oposição com a da maioria da população, e o estaria evidentemente com a concepção da maioria do Parlamento que votou a lei. É claro que a Constituição não entendeu, empregando uma palavra tão imprecisa e equívoca quanto a de justiça, ou qualquer outra semelhante, fazer que a sorte de qualquer lei votada pelo Parlamento dependesse da boa vontade de um colégio composto de uma maneira mais ou menos arbitrária do ponto de vista político, como o tribunal constitucional.”

(grifo nosso) Ibid. p. 169.

<sup>386</sup> Ricardo Lodi Ribeiro critica tal entendimento, aduzindo que a Constituição cuidou muito mais de regras relativas à delimitação de competências dos entes federativos do que de uma suposta delimitação detalhada do fato gerador de cada uma das espécies tributárias. RIBEIRO, Ricardo Lodi. A Constitucionalização do direito tributário. In: *Temas de direito constitucional tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 5: “ Buscar na

repartição constitucional das competências tributárias o arcabouço constitucional para uma metodologia hermenêutica formalista é extrair da Constituição uma sistemática que não só nela não é prevista, como contraria todos os princípios por ela consagrados.” Em linha semelhante, Ricardo Lobo Torres critica a crença de que o

direito tributário não poderia trabalhar com conceitos indeterminados: “ Supera-se também a crença algum tanto

ingênua na possibilidade de permanente fechamento dos conceitos tributários, como se nesse ramo do direito houvesse a perfeita adequação entre pensamento e linguagem e se tornasse viável a plenitude semântica dos conceitos.” TORRES, Ricardo Lobo. Legalidade tributária e riscos sociais. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 59, p. 95-112, 2000. p. 96.

ser suscitados no âmbito do controle de constitucionalidade das normas tributárias, gerando terreno fértil para a correção legislativa da jurisprudência.

Além disso, a visão da interpretação e aplicação do Direito no modelo positivista também se revela incompatível com o estágio atual do constitucionalismo. Como é cediço, para o positivismo jurídico, em síntese, a interpretação judicial de determinada norma jurídica não é vista como ato de criação do direito e sim ato de mero conhecimento do sentido da norma.<sup>387</sup> Ocorre que o sistema jurídico brasileiro atual é marcado pelo fenômeno da constitucionalização, que não se restringe à circunstância relativa ao fato de que a Constituição trata de matérias antes reguladas pelo Legislador. Uma das facetas mais relevantes da constitucionalização é o que se denominou chamar de filtragem constitucional, que impõe ao intérprete a releitura de todos os conceitos do ordenamento à luz dos valores da Constituição.<sup>388</sup> Neste horizonte, a interpretação judicial nem sempre constitui ato de mera cognição, nos moldes positivistas. Ao revés, o juiz é chamado a interpretar os comandos constitucionais e legais em conjugação com os princípios e valores contidos no texto constitucional<sup>389</sup>, podendo até mesmo atingir um resultado que não seja estritamente ligado ao sentido mais evidente do texto normativo.

<sup>387</sup> Para ilustrar tal concepção, cumpre mencionar trecho significativo de Hans Kelsen: “ A interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas. Diferentemente da interpretação feita pelos órgãos jurídicos, ela não é criação jurídica. A idéia de que é possível, através de uma interpretação simplesmente cognoscitiva, obter Direito novo, é o fundamento da chamada jurisprudência dos conceitos, que é repudiada pela Teoria Pura do Direito.” KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 395. Descrevendo tal entendimento tradicional acerca da natureza da interpretação, asseverou com precisão Luís Roberto Barroso: “ A interpretação jurídica tradicional desenvolveu-se sobre duas grandes premissas: (i) quanto ao papel da norma, cabe a ela oferecer, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos; (ii) quanto ao papel do juiz, cabe a ele identificar, no ordenamento jurídico, a norma aplicável ao problema a ser resolvido, revelando a solução nela contida. Vale dizer: a resposta para os problemas está integralmente no sistema jurídico e o intérprete desempenha uma função técnica de conhecimento, de formulação de juízos de fato.” BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. In: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 9, 2007. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 28 dez. 2007, p. 9.

<sup>388</sup> Ibid. p. 20: “ Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este

fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados.”

<sup>389</sup> POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. *Doxa*, n. 21, p. 339-353, 1998, p. 341: “ Al juez, supuesta la presencia de los principios, el conseguiente abandono del método de la subsunción, la penetración general del texto constitucional, se le encarga un continuo adecuamiento de la legislación a las prescripciones constitucionales.” A interpretação da legislação ordinária em consonância com as normas da Constituição é apontada por Riccardo Guastini como um dos requisitos para que um ordenamento jurídico possa ser considerado “ constitucionalizado” . GUASTINI, Riccardo. *La constitucionalización del*

ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. CARBONELL, Miguel (org.). Madrid: Trotta, 2003, p. 49-73. Luis Pietro Sanchís também destaca a nova postura do intérprete no cenário atual: “ La labor del jurista, por tanto, no há de consistir em la mera descripción de aquello que ocurre em los distintos estratos del sistema jurídico, sino em descubrir y criticar los desajustes entre el “ ser” y el “ deber ser” del Derecho, esto es,

básicamente entre el horizonte de valores y derechos prometidos em la Constitución y la realidad de um comportamiento por parte de los operadores jurídicos, empezando por el legislador, que com frecuencia

Ora, na medida em que a jurisprudência, na interpretação dos enunciados de direito tributário (inclusive o infraconstitucional), adota apenas os postulados positivistas, ignorando a tábua axiológica de valores constitucionais, surge a possibilidade da formação de uma jurisprudência inadequada à luz dos mesmos valores constitucionais, o que propicia a correção legislativa da jurisprudência.

Todos esses fatores mencionados favorecem, desta forma, a proliferação de correções legislativas no âmbito do direito tributário, seja no plano constitucional ou no plano infraconstitucional.

Levando em consideração que o foco do presente estudo é a análise da correção legislativa tributária no nível constitucional, devemos mencionar outra característica de parcela da doutrina tributária que projeta consequência relevantes na análise da constitucionalidade das emendas de cunho corretivo.

A questão cuida, basicamente, do alcance que se deve emprestar às cláusulas pétreas em matéria tributária. Neste ponto, cabe ressaltar que parcela da doutrina do direito tributário, apegada a uma concepção claramente maximalista das cláusulas pétreas tributárias, adotou tendência no sentido de questionar a constitucionalidade de algumas emendas constitucionais corretivas. Esta tendência, a nosso ver, releva uma compreensão inadequada do papel destas cláusulas em nosso sistema tributário, bem como desconsidera o importante papel que o princípio democrático deve desempenhar na interpretação dos limites materiais ao poder de reforma constitucional.

Como se sabe, a Constituição de 1988 previu em seu art. 60, §4º os chamados limites materiais ao poder de reforma constitucional (cláusulas pétreas). Cuidam-se de limitações que o Poder Constituinte originário impôs ao constituinte derivado, acerca de deliberações sobre determinadas matérias. Tais limitações autorizam que o Poder Judiciário, no exercício do controle de constitucionalidade,

declare a inconstitucionalidade de emendas à constituição, sempre que verificar violações perpetradas por estas às cláusulas pétreas.

Como é sabido, as cláusulas pétreas da Constituição de 1988 foram veiculadas por intermédio de expressões semânticas de definição bastante difícil em um ambiente de desacordo de idéias constante na sociedade contemporânea. Expressões como “ *forma federativa de Estado*” , “ *separação de poderes*” e “ *direitos e garantias individuais*” podem justificar o temor de uma leitura bastante imprevisível do Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade de emendas constitucionais.

Especificamente na doutrina do direito tributário, a dificuldade de conciliação entre as cláusulas pétreas e o princípio democrático já foi noticiada por Luciano Amaro,<sup>390</sup> que ressaltou que

a imutabilidade da Constituição (ou de parte substancial da Constituição) é uma idéia difícil de ser conciliada com o próprio princípio democrático, pois implica passar um atestado de incapacidade para as gerações futuras.

Cabe ainda destacar que a problemática levantada relativamente às cláusulas pétreas é potencializada pelo caráter extremamente detalhista do texto constitucional de 1988. Não é difícil perceber que sendo também a matéria tributária tratada em minúcias no texto constitucional, o questionamento acerca das cláusulas pétreas acaba ganhando relevância também relativamente às emendas constitucionais que tocam a questão tributária.

Há importantes estudos no âmbito da ciência política brasileira que comprovam, por intermédio de dados empíricos, que a matéria financeira e tributária tratada na Constituição efetivamente sofreu diversas alterações. Neste sentido, Celina Souza demonstra a destacada prevalência do tema fiscal na agenda de reformas da Constituição, afirmando que nada menos do que 35% dos dispositivos alterados pelas emendas constitucionais até 2008 trataram da matéria fiscal. Para destacar a relevância do número apontado, basta observar que o segundo tema

<sup>390</sup> AMARO, Luciano. As Cláusulas pétreas e o direito tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 21, p. 71-78, 1997.

mais abordado pelas emendas constitucionais (alterações no modelo econômico) atingiu o percentual de apenas 13%, ou seja, quase um terço do percentual da matéria fiscal.<sup>391</sup> Marcus Abraham também menciona números expressivos que confirmam a expressiva preferência do constituinte derivado pela matéria fiscal. Até 2008, houve 19 emendas constitucionais tratando da matéria financeira e tributária, além de uma emenda constitucional de revisão. Ao todo, tais emendas produziram cerca de 40 alterações no sistema tributário constitucional.<sup>392</sup>

Neste ponto, conforme já adiantamos, é possível identificar em parcela da doutrina do direito tributário uma reação negativa em relação a determinadas emendas constitucionais editadas nos últimos tempos, baseada em interpretações que a nosso ver inflacionam em demasia o conteúdo das cláusulas pétreas e praticamente ignoram o parâmetro democrático que deve ser seguido pelo Judiciário na definição dos contornos destes limites ao poder de reforma constitucional.

Sobre este ponto, vale anotar a aguçada crítica de Ricardo Lobo Torres, tratando da questão relativa à inclusão do §7º ao art. 150 da Constituição pela Emenda Constitucional no. 3/93 (substituição tributária “ para frente” ):

Sempre se entendeu que a norma constitucional goza de presunção de constitucionalidade. Depois da divulgação da obra de Bachof, que admitia a possibilidade de ser inconstitucional a norma da própria Constituição nos casos excepcionais de conflito com o direito supralegal, e da promulgação do art. 60, §4º, da Constituição de 1988, que dispõe sobre as cláusulas pétreas, *tornou-se moda no Brasil a presunção oposta de que as emendas constitucionais e as próprias normas legais ficam sob a suspeita de ilegitimidade constitucional.*” (grifo nosso)<sup>393</sup>

O problema verifica-se especialmente em relação à correta definição da limitação material consubstanciada no artigo 60, parágrafo quarto, inciso IV – “ *direitos e garantias individuais*” . A doutrina constitucionalista diverge acerca do conteúdo desta expressão para efeito de limitação do poder reformador do constituinte derivado. Uma exegese mais literal e restritiva do dispositivo em foco

<sup>391</sup> SOUZA, Celina. Regras e contexto: as reformas da Constituição de 1988. *Dados: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, 2008, p. 802.

<sup>392</sup> ABRAHAM, Marcus. *As Emendas constitucionais tributárias e os vinte anos da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 28-29.

<sup>393</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, v. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 285.

militaria em favor da conclusão de que apenas os direitos individuais propriamente ditos (elencados no art. 5º da Constituição) estariam encampados na definição constitucional.

Tal exegese é crítica por Ingo Sarlet.<sup>394</sup> Baseando-se na idéia de existência de um sistema único de proteção dos direitos fundamentais, advoga a tese de que a cláusula pétreia em exame aplica-se a todas as situações formalmente previstas em todo Título II da Constituição (Direitos e Garantias Fundamentais) bem como outros direitos que embora não estejam previstos formalmente no texto constitucional ostentem a condição de direitos materialmente fundamentais.

Cabe destacar que mais recentemente a doutrina constitucionalista brasileira vem empreendendo esforços no sentido de conferir uma interpretação do art. 60, §4º, IV da CF mais afinada com as tentativas de conciliação das cláusulas pétreas com o princípio democrático. Parece-nos que tal postura doutrinária é a mais correta e sua contribuição pode ser de grande valia para a interpretação do mencionado dispositivo constitucional na seara tributária, conforme será explicitado.

Nesta linha, Rodrigo Brandão, rejeita a idéia de que todos os direitos fundamentais formalmente previstos na Constituição necessariamente estariam englobados no limite ao constituinte derivado imposto pelo art. 60, §4º, inciso IV. Desta forma, o autor critica a posição de Ingo Sarlet sobre a matéria, já mencionada anteriormente.<sup>395</sup>

Também partilhando de tal entendimento, Cláudio Pereira de Souza Neto critica a tentativa de se investir em critérios formais para a delimitação dos limites do constituinte derivado em relação ao art. 60, §4º, IV da CF, destacando a necessidade

---

<sup>394</sup> SARLET, Ingo. A problemática dos direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da constituição. In: Sarlet, Ingo.(org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

<sup>395</sup> BRANDÃO, Rodrigo. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia: uma proposta de justificação e de aplicação do art. 60, §4º, IV, da CF/88. Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 10, 2007. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 dez. 2007, p. 27: “ Tal circunstância conferiria ao sistema constitucional brasileiro um nível elevadíssimo de rigidez constitucional, concedendo às gerações pós-1988 um poder político notavelmente inferior ao conferido à geração constituinte. Negar-se-ia, portanto, à geração atual o status de artífice do seu próprio destino, circunstância que contrasta com o princípio democrático.”

de se buscar fundamentar tal limite em critérios materiais concernentes à teoria constitucional da democracia deliberativa.<sup>396</sup>

Desta forma, não se nega que em certas situações o Supremo Tribunal Federal poderá invalidar emendas constitucionais corretivas de jurisprudência, caso esteja convencido de que o entendimento jurisprudencial consolidado acerca de determinada norma que considere cláusula pétrea seja considerado insuperável e necessário para a tutela efetiva de um direito individual na seara tributária. O que se propugna é que o fator democrático (no caso, representado pela edição da emenda constitucional corretiva) seja considerado pelo STF como um dos elementos a serem sopesados no momento da decisão acerca da manutenção ou alteração do entendimento jurisprudencial objeto da correção legislativa.

Nesta linha, há o excelente trabalho de Rodrigo Brandão, que examina com riqueza a importância do princípio democrático ser considerado pelo Judiciário na interpretação das cláusulas pétreas. Utilizando especialmente os conceitos elaborados por John Rawls acerca do uso pelo Judiciário da razão pública e do consenso sobreposto no controle de constitucionalidade das normas, o autor elabora proposta no sentido de que o Judiciário vislumbre no art. 60, §4º, IV, da CF/88 a garantia da intangibilidade dos pressupostos da continuidade da jornada democrática promovida pela reconstitucionalização a partir da Constituição de 1988, *verbis*:

O Judiciário deve atuar em uma área de *neutralidade política*, já que não parece legítimo, à luz da democracia, que juízes não eleitos atuem como guardiões de um modelo concreto de organização social estabelecido por uma geração passada, mormente quando a exata elucidação deste modelo é prejudicada pela vagueza inerente aos princípios constitucionais. (grifo original)<sup>397</sup>

<sup>396</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 236/237: “ Como condições para a cooperação na deliberação democrática, os direitos fundamentais não

só possibilitam que seja proferida uma decisão majoritária justa, mas também lhe impõem limites, podendo obstar até mesmo os desideratos reformadores do poder constituinte derivado. Ora, importa ressaltar que esses limites representam não uma violação da soberania popular, mas uma garantia das precondições indispensáveis para a sua efetiva manifestação. A expressão “ direitos e garantias individuais” , presente no art. 60, §4º, IV, deve,

portanto, ser interpretada como “ direitos e garantias fundamentais” , e essa fundamentalidade deve ser perquirida

observando-se o conteúdo material da norma. Assim, p. ex., os direitos sociais prestacionais, na medida em que possam ser considerados “ condições para a cooperação na deliberação democrática, i.e., no alcance de sua “ fundamentalidade material” , devem gozar do *status* de cláusula pétrea. Obviamente, se, a *contrario sensu*, a norma não constitui uma “ condição para a cooperação na deliberação democrática” não há por que configurar um limite material ao poder de reforma. Isso representaria uma grave violação da soberania popular.”

<sup>397</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 345.

Vale ainda mencionar o registro feito pelo autor acerca do perigo do Judiciário utilizar determinada doutrina abrangente particular na densificação de cláusulas constitucionais abstratas:

Por outro lado, caso a Corte se utilize de doutrina abrangente particular (v.g. determinada doutrina moral, filosófica, religiosa, econômica, etc.) para densificar o conteúdo de princípios constitucionais abstratos, como os direitos e garantias fundamentais, esbarra no insuperável problema do déficit de legitimidade democrática dos juízes, tornando procedente a crítica de Waldron acerca do caráter antidemocrático do controle jurisdicional de constitucionalidade. De fato, como se justificar, à luz do princípio democrático, que agentes públicos não eleitos se substituam à maioria dos representantes do povo na eleição, p.ex., da “melhor doutrina econômica?”<sup>398</sup>

O fato é que parte da doutrina tributária, ao interpretar o limite ao poder de reforma contido no art. 60, §4º, IV, da Constituição, confere ao mesmo, em muitas ocasiões, um alcance que nos parece francamente incompatível com os recentes aportes da doutrina constitucionalista acerca da necessária observância do princípio democrático pelo Poder Judiciário no exercício da interpretação das cláusulas pétreas.

A idéia de que as cláusulas pétreas em matéria tributária precisam ser compatibilizadas com o princípio democrático é reforçada pelo argumento de que a matéria tributária certamente consiste em um dos campos do Direito em que seja mais necessária a afirmação da importância da idéia de autogoverno popular. Isto porque a discussão acerca do sistema tributário que uma sociedade deve possuir é permeada por questões que transcendem a considerações de ordem meramente técnica, acerca da definição de conceitos estritamente jurídicos, próprias da visão tradicional do papel do Judiciário. São questões de ordem axiológica, que tocam temas controvertidos relacionados à ética e à justiça.<sup>399</sup>

<sup>398</sup> BRANDÃO, Rodrigo. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia: uma proposta de justificação e de aplicação do art. 60, §4º, IV, da CF/88. Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 10, 2007. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 dez. 2007, p. 40.

<sup>399</sup> Neste ponto, cabe mencionar a lição de Klaus Tipke, que enfatiza a noção axiológica do tributo: “O imposto não é meramente um sacrifício, mas, sim, uma contribuição necessária para que o Estado possa cumprir suas tarefas no interesse do proveitoso convívio de todos os cidadãos. O Direito Tributário de um Estado de Direito não é Direito técnico de conteúdo qualquer, mas ramo jurídico orientado por valores.” TIPKE, Klaus; Yamashita,

Douglas. *Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 15. Na doutrina brasileira, a dimensão axiológica do tributo é destacada por Ricardo Lobo Torres: “A dimensão axiológica, apesar

de tudo o que em contrário possam dizer os positivistas, é absolutamente indispensável na construção do conceito de tributo. Sendo um dever fundamental, limitado pelas liberdades, o tributo, em sua normatividade, isto

Tais implicações axiológicas do sistema tributário, que despertam divergências de acordo com as diferentes correntes políticas em disputa na sociedade, militam em favor da tese de que deve competir precipuamente aos órgãos de governo eleitos democraticamente a definição acerca de quais as melhores políticas tributárias que devem ser adotadas para a concretização dos objetivos previstos na Constituição.<sup>400</sup>

Neste sentido, cumpre mencionar as seguintes considerações de Liam Murphy e Thomas Nagel, que destacam a ligação entre os impostos e as concepções de justiça presentes na sociedade:

Numa economia capitalista, os impostos não são um simples método de pagamento pelos serviços públicos e governamentais: são também o instrumento mais importante por meio do qual o sistema político põe em prática uma determinada concepção de justiça econômica ou distributiva. É por isso que a discussão desse tema gera paixões tão fortes, exacerbadas não só pelos conflitos de interesses econômicos como também por idéias conflitantes acerca de o que é justiça ou imparcialidade.<sup>401</sup>

O discurso da supremacia absoluta da segurança jurídica que parcela da doutrina tributária adota no Brasil tende a vislumbrar nos dispositivos constitucionais tributários apenas a função de compor um estatuto de proteção exacerbada do contribuinte em face do Estado, esquecendo-se dos aspectos da tributação ligados à promoção da justiça fiscal. No campo da interpretação das cláusulas pétreas tributárias, esta visão tende, por sucessão lógica, à maximização das mesmas, especialmente a prevista no art. 60, §4º, inciso IV, da Constituição da República.

---

é, em sua complementação na via legislativa ordinária e judicial, vai se afirmar de acordo com os princípios, as diretivas e os programas ínsitos na Constituição.” TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional*

*financeiro e tributário*, v. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 48.

<sup>400</sup> RIBEIRO, Ricardo Lodi. Conceitos indeterminados, discricionariedade e tributação. In: *Temas de direito constitucional tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.121: “Essa necessidade de o Poder Legislativo

tomar as decisões fundamentais sobre o critério de partilha do ônus tributário pela sociedade é fruto do pluralismo político e social, incompatível com decisões obtidas por uma perspectiva unilateral da realidade, ainda que sua fonte seja democraticamente legitimada. Na sociedade de risco, sendo a relação fisco-contribuinte dotada de uma feição horizontal, onde os interesses de um segmento social se contrapõem muito mais aos interesses de outro grupo do que ao do Estado, é essencial que a decisão sobre a partilha dos ônus e riscos sociais seja negociada em assembléia, a fim de obter uma solução consensual e que seja justificada racionalmente ante a opinião pública.”

<sup>401</sup> MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *O Mito da propriedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 5.

Sobre o ponto, vale destacar as seguintes considerações de Marcus Abraham, que discorrendo acerca das mudanças de paradigmas na interpretação do direito tributário contemporâneo, acentua:

Com esse mesmo espírito, o Direito Tributário, ao estabelecer e regular a função fiscal arrecadatória, passa a ser interpretado não mais – e tão somente – como conjunto de normas protetivas dos contribuintes e limitadoras da atuação do Estado, mas também deve passar a ser considerado instrumento para a realização da justiça social, para colaborar com o Estado na redistribuição de riquezas e permitir a realização das demais funções públicas.<sup>402</sup>

O âmbito das instâncias políticas é o ambiente próprio onde é legítimo questionar acerca de qual é a melhor forma de delineamento do sistema tributário. O que não se pode é esperar que uma determinada “doutrina particular abrangente”

(para usar a expressão cunhada por John Rawls) acerca de uma determinada concepção do sistema tributário, seja imposta como se fosse a mais correta tradutora da vontade constitucional, impondo-se como único parâmetro de decisão ao Judiciário, quando este se depara com a questão pertinente à análise da constitucionalidade de emenda constitucional em face de prescrições constitucionais tributárias, de conteúdo quase sempre impreciso.

Nesta situação, consoante preconiza a melhor doutrina constitucionalista, anteriormente mencionada, o que se espera é que o Judiciário mantenha-se no campo da neutralidade política. A atribuição aos órgãos democraticamente legitimados do papel de concretizador principal das políticas tributárias não retira, obviamente, a importância do papel do Judiciário como garantidor da continuidade das condições para o correto funcionamento da democracia, freando a tentativa das maiorias eventuais de solapamento destas condições, conforme as manifestações da doutrina constitucionalista expressadas neste texto. Entre estas condições de funcionamento correto do jogo democrático, destacam-se os direitos materialmente fundamentais, inclusive é claro em sua vertente tributária.<sup>403</sup>

<sup>402</sup> ABRAHAM, Marcus. *O Planejamento tributário e o direito privado*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 15

<sup>403</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Teoria da Constituição, democracia e igualdade. In *Teoria da Constituição*. Estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 62: “ O

judiciário

pode ser, nessa linha, um verdadeiro guardião da democracia. Por isso, só há sentido em pensar em uma „judicialização da política” enquanto atuação judicial regulatória da interação democrática entre os cidadãos, e

não como realização pelo judiciário de tarefas que legitimamente cabem às maiorias.”

Ocorre que mesmo na hipótese da correção legislativa da jurisprudência tratar de matéria relacionada a algum direito fundamental tributário, ainda assim não se pode considerar que teria havido, apenas por tal circunstância, violação à cláusula pétrea prevista no art. 60, §4º, IV. O fato de considerarmos que determinado direito fundamental tributário é abrangido pelo conceito de cláusula pétrea não impede que o legislativo atue, sob determinados limites que serão examinados no controle de constitucionalidade, como participante do processo de densificação do direito, inclusive por intermédio da correção legislativa da jurisprudência.

Neste ponto, a questão toca um dos temas centrais que ocupam os estudos da filosofia política contemporânea, que consiste na relação entre o ideal do constitucionalismo e da democracia, e as potencias tensões que podem advir do convívio entre eles.

O constitucionalismo identifica-se com a consagração nos textos das constituições de determinados direitos fundamentais e valores superiores que seriam insuscetíveis de supressão pelas maiorias eventuais que ocupam o poder político. Na idéia de constitucionalismo, portanto, encontra-se latente a noção de limitação do poder da soberania popular exercido por meio do ideal democrático. Considerando que um dos componentes mais relevantes do ideal constitucionalista é o reconhecimento dos direitos fundamentais, é lícito concluir que boa parte das tensões entre o constitucionalismo e a democracia pode ser creditada às dificuldades no sentido de estabelecer uma relação harmoniosa entre os direitos fundamentais e o ideal democrático.

As relações entre os direitos fundamentais e a democracia foi bem delineada por Robert Alexy, que vislumbrou três modos diversos de tratar a relação entre eles. O primeiro seria o “ modo de ver ingênuo” , pelo qual não poderia haver conflito entre eles, pois os dois ideais são algo bom. O segundo seria o “ modo de ver idealista” , que vislumbra uma sociedade ideal na qual os representantes políticos – e, por conseguinte as leis – reconhecem os direitos fundamentais como postulados eficazes para todos e que, portanto, não são violados.<sup>404</sup>

<sup>404</sup> ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. In: Constitucionalismo discursivo. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007, p. 52.

O terceiro modo de ver tal relação, apontado como correto, seria o “ modo de ver realista” , que considera haver na relação entre direitos fundamentais e democracia uma contradição, de forma que os direitos fundamentais seriam ao mesmo tempo democráticos e antidemocráticos. Nas palavras da Alexy:

Direitos fundamentais são democráticos porque eles, com a garantia dos direitos de liberdade e de igualdade, asseguram o desenvolvimento e existência de pessoas que, no fundo, são capazes de manter o processo democrático com vida e porque eles, com a garantia da liberdade de opinião, imprensa, radiodifusão, reunião e associação, assim como com o direito eleitoral e as outras liberdades políticas asseguram as condições funcionais do processo democrático. Não-democráticos são os direitos fundamentais, pelo contrário, porque eles desconfiam do processo democrático. Com a vinculação, também do dador de leis, eles subtraem da maioria parlamentarmente legitimada poderes de decisão.<sup>405</sup>

Como protagonista da afirmação desta face antidemocrática dos direitos fundamentais, costuma ser apontado o Poder Judiciário, que por intermédio dos instrumentos próprios da jurisdição constitucional, detém a prerrogativa de considerar inconstitucionais os atos normativos emanados do Legislativo que contrariam os direitos fundamentais previstos na Constituição. Pois bem: reconhecendo que os direitos fundamentais são dotados desta faceta antidemocrática, como justificar a possibilidade da correção legislativa da jurisprudência ser utilizada em matéria de direitos fundamentais? Em outros termos, caso o Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, defina os contornos de determinado direito fundamental na seara tributária, seria lícito reconhecer ao Legislativo a prerrogativa de editar um ato normativo com o intuito de superar o entendimento jurisprudencial consolidado acerca da configuração deste direito?

Se detivéssemos nossa análise à face antidemocrática dos direitos fundamentais a resposta à indagação tenderia a ser negativa. Se os direitos fundamentais são consagrados na Constituição (e, portanto, tuteláveis pela *judicial review*) exatamente para garantir que não estarão na pauta das maiorias legislativas eventuais, como admitir que o Legislativo pretenda sobrepor-se a uma decisão do Judiciário em matéria de direitos fundamentais?

---

<sup>405</sup> Ibid. p. 53.

A questão, todavia, é demasiadamente complexa a ponto de se buscar uma tentativa de resposta simples. O reconhecimento de que os direitos fundamentais possuem um componente antidemocrático não significa, por óbvio, que o Legislativo esteja completamente afastado do processo de densificação do conteúdo dos direitos fundamentais consagrados nas constituições. E diversos motivos militam em favor dessa conclusão.

Em primeiro lugar, os direitos fundamentais em geral são veiculados nos textos constitucionais por intermédio de expressões semânticas vagas, abertas a diversas interpretações e, portanto, carentes de maior densificação normativa. Em um estado democrático, não parece legítimo negar à instância legislativa de governo o relevante papel de densificar tais normas, mesmo porque muitas vezes é a própria Constituição que delega ao Legislativo a tarefa de definir os contornos de determinados direitos.<sup>406</sup> A densificação destes direitos pelo Legislativo é suscetível ainda de trazer maior segurança jurídica, na medida em que os contornos dos direitos fundamentais estariam definidos em normas de aplicação generalizada.

Além disso, a colisão de direitos fundamentais é uma realidade, especialmente em constituições como a Constituição brasileira de 1988, de forma que também não parece ser legítimo em um estado democrático retirar do legislador a possibilidade de buscar estabelecer parâmetros a serem seguidos na hipótese de colisão de direitos fundamentais.<sup>407</sup>

<sup>406</sup> Na Constituição brasileira, são exemplos deste tipo de normas o art. 5º, inciso XII e XIII. Na seara tributária, podemos mencionar como exemplo o art. 150, VI, “c”, que estabelece hipóteses de imunidade tributária mas ressalva que deverão ser “atendidos os requisitos da lei”. Em sentido semelhante, em relação às contribuições

sociais, o art. 195, §7º da CF. Da mesma forma, o art. 153, §4º, inciso II, menciona que o imposto territorial rural não incidirá sobre pequenas glebas rurais “definidas em lei”. Vale ainda aduzir que a doutrina majoritária

considera que mesmo diante da ausência de previsão constitucional expressa remetendo ao legislador a tarefa de regulamentar determinado direito, admite-se a atuação do legislador em certa medida. Neste sentido, PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 134: “Em alguns casos, a Lei maior expressamente outorga ao legislador ordinário a possibilidade de

(de)limitar os direitos. Mas mesmo em relação aos direitos que não contém previsão de ingerência legislativa, será cabível a conformação normativa com o escopo de concretizá-los, desenvolvê-los e conciliá-los com outros direitos e bens.”

<sup>407</sup> Em sentido semelhante, Luís Roberto Barroso, destacando, todavia, os limites da atuação do legislador quando busca arbitrar a colisão de direitos fundamentais. BARROSO, Luís Roberto. *Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação*. In: *Temas de Direito Constitucional*, vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 87: “O legislador, portanto, deverá limitar-se a

estabelecer parâmetros gerais, diretrizes a serem consideradas pelo intérprete, sem privá-lo, todavia, do sopesamento dos elementos do caso concreto e do juízo de equidade que lhe cabe fazer. Mesmo nas hipóteses em que se admita como legítimo que o legislador formule uma solução específica para o conflito potencial de direitos fundamentais, sua validade em tese não afasta a possibilidade de que se venha a reconhecer sua inadequação em concreto.”

Desta forma, a idéia de que a definição dos contornos dos direitos fundamentais tributários seria matéria de competência exclusiva do Judiciário, não parece aceitável sob pena de ser promovido o desequilíbrio da delicada relação entre democracia e direitos fundamentais.

Nesta linha de raciocínio, parece lícito afirmar que na doutrina atual da teoria dos direitos fundamentais não parece haver divergência quando ao reconhecimento de que o Legislativo também é um dos partícipes da tarefa de desenvolver os conceitos dos direitos fundamentais previstos na Constituição. A divergência entre os autores pode estar na definição de quais os limites de atuação legítima do legislador nesta matéria e, por conseqüência, qual também deve ser o limite de atuação do Judiciário no controle da constitucionalidade das normas que tratem de direitos fundamentais previstos na Constituição.

Desta forma, a resposta ao questionamento acerca da viabilidade de correções legislativas da jurisprudência em matéria de direitos fundamentais dependerá fundamentalmente da concepção adotada em relação ao grau de participação legítima do legislador na definição dos conteúdos dos direitos fundamentais. Logo, os que advogam uma participação mais limitada do legislador na definição dos direitos fundamentais, privilegiando a definição pelo Judiciário dos contornos destes direitos, tenderão a admitir a possibilidade de correção legislativa da jurisprudência neste campo de forma mais restrita. Pode-se mesmo dizer que os defensores desta tese verão o fenômeno da correção legislativa com certa desconfiança, porquanto poderia representar a tentativa de uma maioria parlamentar eventual de subverter o sentido de determinado direito fundamental já delineado pelo Judiciário, que seria, nessa visão, o árbitro mais qualificado para tratar desta matéria.

Em sentido oposto, para os que defendem a possibilidade de uma atuação mais ampla do Legislador no desenvolvimento dos direitos fundamentais e advogam, por conseguinte, uma atuação mais limitada do Judiciário neste campo, a tendência será admitir a correção legislativa da jurisprudência em termos mais amplos. Para tais defensores da maior atuação do legislador neste campo, a correção legislativa da jurisprudência seria encarada como legítimo instrumento de prevalência da

soberania popular em face de entendimentos jurisprudenciais que se mostrassem incompatíveis com ela.

Nesta corrente de pensamento, parece lícito incluir a doutrina de Jürgen Habermas. É cediço que a obra de Habermas é extremamente vasta e complexa, de forma que no presente estudo serão abordados apenas os aspectos de sua teoria que possam informar qual tipo de relação deve ser estabelecida entre direitos fundamentais e democracia, de forma a analisar a possibilidade de correções legislativas de jurisprudência operadas neste campo.

O filósofo alemão, partindo da idéia de que “ os direitos humanos e o princípio

da soberania do povo formam as duas idéias em cuja luz ainda é possível justificar o direito moderno”<sup>408</sup>, desenvolveu a teoria de que os direitos fundamentais (que garantem a autonomia privada) e a soberania popular (que asseguram a autonomia pública) pressupõem-se reciprocamente<sup>409</sup>, sendo idéias co-originárias para a construção de uma sociedade política.<sup>410</sup> Habermas reconhece que a história do pensamento político foi marcado pela tensão entre direitos humanos e soberania popular, especialmente em função das teorias políticas de Kant e Rousseau, pois em ambas existiria uma concorrência não-confessada entre estes dois ideais.<sup>411</sup> Destarte, a característica marcante da obra de Habermas é buscar a conciliação entre os direitos fundamentais e a soberania popular por intermédio de uma concepção procedimental de legitimidade democrática.

Com base nesta concepção, respeitadas determinadas condições necessárias ao regular desenvolvimento dos procedimentos de deliberação coletiva, como o reconhecimento de determinados direitos fundamentais a todos os participantes

<sup>408</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*, vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 138.

<sup>409</sup> NEVES, Marcelo. *Entre têmis e leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 115.

<sup>410</sup> NASCIMENTO, Rogério Soares do. A Ética do discurso como justificação dos direitos fundamentais na obra de Jürgen Habermas. In: Torres, Ricardo Lobo. (org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 480: “ A interpretação dos direitos fundamentais a partir da teoria do discurso busca revelar o nexo interno havido entre: os direitos humanos, expressão da autonomia privada sob a forma jurídica – juridificação da liberdade – onde a pessoa é compreendida como destinatário do sistema de direitos; e a soberania popular, expressão da autonomia pública sob a forma de institucionalização, através de normas jurídicas – do direito objetivo – do procedimento de formação discursiva da opinião e da vontade, a pessoa tomada como cidadã, autora da legislação. Nesta perspectiva não há conflito nem se exige renúncias para o respeito devido a cada uma destas faces da autonomia.”

<sup>411</sup> MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 43.

desta deliberação, a decisão concreta poderia atribuir qualquer conteúdo material às decisões políticas. Em outras palavras, respeitadas tais condições procedimentais, a soberania popular gozaria de amplas possibilidades de decisão.<sup>412</sup> Nesta ótica, o papel dos direitos fundamentais seria o de garantir o regular desenvolvimento dos espaços de deliberação coletiva, ou seja, garantir que pessoas livres e iguais participem do processo de formação da decisão sem constrangimentos externos. Observadas estas condições, todos os resultados obtidos com tais deliberações seriam legítimos.

Habermas justifica esta posição pelo reconhecimento de que a complexidade e a pluralidade das sociedades contemporâneas impedem que a justificação das normas jurídicas ocorra através de uma ética globalmente compartilhada, de forma que a legitimidade somente pode ser alcançada pelo “ processo democrático de legiferação” .<sup>413</sup> Desta forma, a teoria de Habermas acerca da relação entre direitos fundamentais e democracia, muito embora sustente a tese da co-originalidade entre eles, sem dúvida enfatiza com mais vigor o valor da soberania popular, na medida em que os direitos fundamentais são destacados apenas na condição de garantidores dos processos de deliberação coletiva. Destarte, com fulcro nestas premissas, parece lícito destacar que na concepção de Habermas a definição acerca do conteúdo dos direitos fundamentais também é matéria que cabe precipuamente ao legislador desenvolver, sendo a atuação do Judiciário neste tema bastante limitada.<sup>414</sup>

Neste campo, o papel do Judiciário, no desempenho da jurisdição constitucional, seria apenas o de assegurar que as condições para o desempenho eficiente do processo democrático estão garantidas, inclusive em relação aos direitos fundamentais que protejam a autonomia pública e privada dos cidadãos. A jurisdição

<sup>412</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 132.

<sup>413</sup> *Ibid.* p. 130.

<sup>414</sup> MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 47: “ Por outro lado, decisões sobre os direitos não podem ser paternalisticamente determinadas ao legislador que exerce a soberania popular, nem podem ser objeto de controle a posteriori por um órgão de supervisão judicial da constitucionalidade das leis, o que significa que *nem mesmo quando o Poder Legislativo concretiza direitos fundamentais, definido conteúdo, limites e hierarquia, está a jurisdição constitucional autorizada a revisar a compatibilidade entre a constituição e as leis. É certo que Habermas não é claro o suficiente sobre o papel da jurisdição constitucional. Mas não há dúvida de que ele não admite que o Tribunal Constitucional exerça uma função de guardião de uma suposta ordem de valores de assento constitucional que se impõe sobre o processo democrático e restringe os espaços de decisão do legislador.*” (grifo nosso)

constitucional não poderia ingressar em discussões acerca do conteúdo, extensão e hierarquia dos valores morais inseridos nas normas constitucionais que definem princípios e direitos fundamentais.<sup>415</sup>

Nesta linha de raciocínio, é lícito concluir que a partir das premissas desenvolvidas por Habermas, a correção legislativa da jurisprudência seria amplamente admissível em matéria de direitos fundamentais. Com fulcro no princípio da soberania popular, o legislador poderia alterar os contornos dos direitos fundamentais estabelecidos pelo Judiciário. Tal possibilidade seria plenamente justificável, pois na hipótese do Judiciário ter definido a configuração dos direitos fundamentais com base em considerações de ordem valorativa, que não fossem necessárias ao pleno desenvolvimento dos procedimentos que garantem a eficiência do processo democrático, tal atuação judicial seria ilegítima, pois teria ingressado em campo que deveria ser reservado apenas à soberania popular.

Ainda de acordo com as premissas teóricas de Habermas, a correção legislativa da jurisprudência em temas relativos a direitos fundamentais somente seria ilegítima na hipótese em que a alteração da configuração dos direitos fundamentais empreendidas pelo legislador representar um atentado contra as próprias condições procedimentais do desenvolvimento regular do processo democrático. Nesta hipótese, o Judiciário poderia atuar no sentido de ratificar sua jurisprudência e invalidar a correção legislativa. Desta forma, analisando os termos da relação democracia e direitos fundamentais sob a ótica de Habermas, é inegável que a balança pende para o elemento democrático.

A nosso sentir, todavia, a solução o impasse acerca da possibilidade da correção legislativa da jurisprudência em matéria de direitos fundamentais parece estar na proposta da teoria do diálogo constitucional. Na linha das lições já mencionadas de Conrado Hübner, a separação de poderes permitiria que Judiciário e Legislativo possa “desafiar” um ao outro no processo de definição dos direitos

fundamentais, desde que tal “desafio deliberativo” seja justificado por “razões de melhor qualidade”, sendo que a razão pública (Rawls) seria o critério substantivo que

---

<sup>415</sup> Ibid. p. 50.

iria apontar, no desenvolvimento do diálogo constitucional, qual dos poderes adotou a decisão que deve prevalecer acerca de determinado tema.<sup>416</sup> A idéia do diálogo constitucional confrontaria portanto Judiciário e Legislativo para saber qual poder atinge a decisão mais próxima da razão pública.<sup>417</sup>

A idéia ventilada parece encontrar respaldo nas lições de Pietro Sanchís, que explicitamente assevera que juiz e legislador são chamados em conjunto na tarefa de explicitação dos direitos fundamentais contidos na Constituição, consoante a seguinte passagem significativa:

Así pues, la Constitución carece del carácter cerrado y concluyente que suelen tener las leyes; es verdad que dice muchas cosas, que sus preceptos se proyectan sobre amplísimas áreas de relación jurídica, pero no es menos cierto que habla con muchas voces. Esto, que suele admitirse sin debate cuando se habla de las posibilidades de la acción legislativa, puede predicarse también para la esfera de la interpretación judicial y de la aplicación de los derechos. *La Constitución sustantiva o principalista suministra razones justificatorias distintas y tendencialmente contradictorias, y esto vale tanto para el legislador como para el juez. Ambos vienen llamados a conjugar esas razones para alcanzar un punto óptimo de recíproca satisfacción* o, cuando menos, para evitar que ninguna de ellas quede anulada o definitivamente postergada; y ello por el sencillo motivo de que todas son razones constitucionales.<sup>418</sup> (grifo nosso)

Todavia, admitir que o Legislativo possa participar, em conjunto com o juiz, do processo de densificação dos direitos fundamentais constitucionais (inclusive por intermédio do instrumento da correção legislativa) provoca o surgimento de indagações de maior complexidade: qual o limite desta participação? É possível

<sup>416</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política)-Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 205: “ Empiricamente, a exata delimitação do poder de

revisão judicial não se define a priori, mas na interação. Ou seja, depende tanto de suas decisões quanto das do parlamento. Quer dizer que não há arranjo formal pré-fixado? Se essa pergunta se refere aos detalhes das atribuições de cada um, sim. O que está pré-fixado é a lógica flexível da separação de poderes, não as suas minúcias, que variarão no decorrer do tempo. A qualidade deliberativa desse jogo pode fundamentar a legitimidade dessas mutações, desde que a razão pública seja o idioma da instituição cuja decisão prevalece.”

(grifo nosso)

<sup>417</sup> Sobre a utilidade do conceito de razão pública de Rawls na delimitação das limitações constitucionais ao poder de tributar, cumpre mencionar importantíssimo trabalho de CURI, Bruno Maurício Macedo. *Limitações ao poder de tributar: análise de sua fundamentalidade ante a razão pública*. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais)-Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2007: “ Por isso mesmo, o critério legitimador da razão pública (exatamente por se limitar à estrutura

básica da sociedade) é cabível como parâmetro de delimitação da esfera de fundamentalidade das limitações constitucionais ao poder de tributar, enumeradas entre os artigos 150 e 152 da Constituição, que confirmam direitos subjetivos aos cidadãos contribuintes. Assim, somente aquelas regras constitucionais justificáveis mediante a razão pública, poderão ser consideradas cláusulas pétreas. Excluem-se, desse modo, os dispositivos casuísticos, os privilégios pessoais e aquelas proteções que não se voltem para o núcleo do direito subjetivo tutelado – os quais ficam reservados à esfera da legislação, fora do aspecto de fundamentalidade constitucional.”

<sup>418</sup> SANCHÍS, Luis Pietro. El constitucionalismo de los derechos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 71, p. 47-72, 2004, p. 54-55.

definir espaços de competência próprios entre juiz e legislador na realização de tal tarefa ?

A resposta a tais indagações dependerá do tipo de modelo adotado para reger a relação entre os direitos fundamentais previstos na Constituição (tuteláveis pela jurisdição constitucional) e a democracia. Sanchís aponta a existência de dois modelos, denominados de geográfico e argumentativo. O primeiro modelo, que o autor julga inadequado, pressupõe a existência de fronteiras nítidas entre a esfera de atuação do legislador e a esfera de proteção dos direitos fundamentais contidos na Constituição, ou, em outros termos, pressupõe a existência de fronteira rígida entre Política e Direito.<sup>419</sup>

Entendemos tal modelo geográfico apontado por Sanchís corresponde, em certa medida, ao entendimento de parcela da doutrina tributária que vislumbra nos direitos fundamentais tributários previstos na Constituição um espaço completamente intocável à atuação inclusive do constituinte derivado, conforme exemplos que serão mencionados posteriormente.<sup>420</sup>

Já no modelo argumentativo, defendido por Sanchís, não é possível delimitar com tal nitidez a fronteira entre a liberdade do legislador e os espaços de vedação constitucional de sua atuação. Neste modelo, a principal ferramenta metodológica de harmonização dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos é a ponderação, que procura solucionar as hipóteses de colisão de direitos entre si.<sup>421</sup> No tocante ao Legislador, o modelo argumentativo não pretende ceifar a liberdade de conformação do Legislativo, mas em contrapartida submete tal liberdade ao cumprimento de alguns requisitos como a racionalidade e a proibição de arbitrariedade. Além disso, o princípio democrático deve ser conjugado com os demais princípios constitucionais, havendo a possibilidade do mesmo ceder em

<sup>419</sup> Ibid. p. 56.

<sup>420</sup> Para exemplificar o entendimento explicitado, cumpre mencionar a seguinte passagem de Aires F. Barreto: “ Não se perca de vista que, ao lado da preservação da Federação e da separação dos Poderes, impõe-se não invadir a área dos direitos individuais. A invasão proibida não é apenas a que afronta, mutila, reduz ou abole expressamente um dos direitos individuais; as emendas não podem incursionar mesmo indireta ou obliquamente, nesse intocável campo.” BARRETO, Aires F.. *Curso de direito tributário municipal*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 511.

<sup>421</sup> SANCHÍS, Luis Pietro. El constitucionalismo de los derechos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 71, p. 47-72, 2004, p. 57.

determinadas ocasiões quando o ato legislativo não lograr demonstrar o cumprimento do juízo de razoabilidade inerente ao método da ponderação.<sup>422</sup> Com fulcro nas conclusões explicitadas, parece lícito afirmar que o modelo argumentativo preconizado por Sanchís não é incompatível com a possibilidade de correções legislativas da jurisprudência em matéria de direitos fundamentais.

A questão não é de fácil solução, tendo em vista sua estreita relação com a maior dificuldade da filosofia política contemporânea, que é encontrar o ponto ideal de equilíbrio entre os dois grandes valores do estado de direito – a democracia e o constitucionalismo.

### 3.3 **Hipóteses de Correções Legislativas da Jurisprudência no Direito Constitucional Tributário Brasileiro**

#### 3.3.1 A Emenda Constitucional no. 20/98 e o art. 195, inciso I, da Constituição Federal

O art. 195, inciso I, da Constituição Federal, em sua redação original, ao prever a possibilidade de instituição de contribuição previdenciária em face do empregador, utilizava a expressão “ folha de salários” . Interpretando o dispositivo, o

Supremo Tribunal Federal no RE 166772<sup>423</sup> havia definido o entendimento de que a expressão deveria ser interpretada em seu sentido estritamente técnico, ou seja, deveria ser entendida como autorizando a exigência de contribuição previdenciária apenas em relação aos empregados em sentido estrito, regidos pela Consolidação das leis do Trabalho – CLT, com vínculo empregatício. Desta forma, estaria

desautorizada a incidência de contribuição previdenciária em relação aos trabalhadores que não tivessem vínculo empregatício – como administradores e autônomos. Por tal razão, reconheceu a inconstitucionalidade da Lei 7.787/89, que previa tal exação.

<sup>422</sup> Ibid. p. 57.

<sup>423</sup> Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, j. 12/05/94, DJ 16/12/94.

Na ADIN no. 1.102<sup>424</sup>, o Supremo Tribunal Federal ratificou o entendimento, reconhecendo a inconstitucionalidade das expressões “ empresários” e “ autônomos”

constantes do art. 22, inciso I, da Lei 8.212/91, pelas mesmas razões. *Na própria ementa do acórdão constou todavia a observação de que a contribuição previdenciária em exame poderia ser criada por intermédio de lei complementar*, em razão do disposto no art. 195, §4º, da CF, que possibilitava a criação de nova fonte de custeio para a seguridade social desde que observado o art. 154, I, que exige lei complementar para instituição de novos tributos. Após a decisão do STF, foi editada a Lei Complementar no. 84/96, que previu a incidência da contribuição previdenciária na hipótese. Note-se que a hipótese caracteriza uma daquelas situações já descrita anteriormente em que a própria decisão judicial, embora reconheça a inconstitucionalidade de um ato normativo, já indica para o Legislador quais os caminhos que deve adotar para regular novamente a matéria de forma que possa ser afastado o óbice da inconstitucionalidade.

A Emenda Constitucional no. 20/98 alterou a redação do art. 195, inciso I, para estabelecer que a contribuição previdenciária poderia incidir sobre “ a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício” . O escopo da emenda foi claramente corrigir o entendimento jurisprudencial do STF, que tinha conferido à incidência da contribuição previdenciária sobre folha de salários um caráter muito restrito. Com fulcro na alteração realizada pela Emenda, sobreveio a Lei no. 9876/99, que manteve a contribuição previdenciária incidente sobre administradores e autônomos e revogou a Lei Complementar no. 84/96.<sup>425</sup>

Note-se que todo o longo processo descrito teve sua origem na primeira decisão do STF que havia conferido à expressão “ folha de salários” um sentido muito restrito, de forma a impossibilitar a incidência de contribuição previdenciária em relação aos autônomos e empresários. Ricardo Lobo Torres menciona a presente

<sup>424</sup> Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, j. 5/10/95, DJ 17/11/95.

<sup>425</sup> ABRAHAM, Marcus. *As Emendas constitucionais tributárias e os vinte snos da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 105

decisão como um caso de “ complicação do direito tributário pelo Judiciário” , pelas

seguintes razões:

Do ponto de vista prático, todavia, o STF impôs inusitada complicação econômica e funcional, pois os autônomos, que até a decisão judicial pagavam a contribuição social, deixaram de pagá-la e ainda repetiram o indébito; mas não perderam o direito aos benefícios previdenciários adquiridos. A nova legislação repôs a situação em seu status quo ante, com o imenso prejuízo financeiro do Tesouro e sem qualquer avanço do direito dos trabalhadores sob a perspectiva da justiça social. Mera complicação judicial, em suma.<sup>426</sup>

A decisão do STF também comporta críticas à luz dos questionamentos relativos às questões ligadas aos aspectos institucionais da interpretação, ventiladas por Sunstein e Vermeule, no estudo já mencionado.<sup>427</sup> A preocupação excessiva do STF com os aspectos semânticos da expressão “ folha de salários” contida na

Constituição acabou obscurecendo questões importantes acerca dos efeitos sistêmicos que a decisão judicial poderia ocasionar, visto que apesar do STF ter reconhecido a impossibilidade de incidência de contribuição previdenciária em relação aos autônomos, estes continuaram vinculados à Previdência Social, sendo possível assim usufruir dos benefícios previdenciários, apesar da Previdência Social ter perdido durante tempo razoável uma importante fonte de custeio.

### 3.3.2 A Emenda Constitucional no. 29/00 e a progressividade fiscal do IPTU

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 153.771,<sup>428</sup> fixou a tese de que ante a natureza de imposto real do IPTU, não seria admissível a progressividade fiscal do imposto com fulcro na capacidade contributiva prevista no art. 145, §1º da CF. O voto que conduziu a maioria vitoriosa no precedente em tela foi o do Ministro Moreira Alves, que considerou ser a progressividade fiscal inaplicável, com fulcro na

<sup>426</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 467.

<sup>427</sup> Sunstein, Cass; Vermeule, Adrian. Interpretation and institutions. *Michigan Law Review*, vol. 101, p. 885/951, 2003.

<sup>428</sup> Rel para acórdão Min. Moreira Alves, Pleno, j. 20/11/96, DJ 05/09/97

capacidade contributiva, aos impostos de caráter real, como o IPTU, sendo possível a progressividade do imposto apenas nas hipóteses em que a finalidade seja extrafiscal, nos termos do art. 182, §2º e §4º da CF, como forma de cumprimento da função social da propriedade.

A matéria sempre foi objeto de intensa polêmica doutrinária. Alguns autores, como Ives Gandra da Silva Martins,<sup>429</sup> Aires F. Barreto<sup>430</sup> e José Eduardo Soares de Melo<sup>431</sup> sustentavam que a progressividade do IPTU admitida pela Constituição seria apenas para atender à finalidade extrafiscal do art. 182, inadmitindo, portanto, a progressividade fiscal. Pode-se dizer, contudo, que a corrente majoritária da doutrina admitia a progressividade fiscal do IPTU, sustentando inexistir qualquer incompatibilidade entre a técnica da progressividade e os impostos reais. Neste sentido, exemplificativamente, Geraldo Ataliba,<sup>432</sup> Sacha Calmon Navarro Coelho,<sup>433</sup> Hugo de Brito Machado,<sup>434</sup> Alcides Jorge Costa,<sup>435</sup> José Souto Maior Borges,<sup>436</sup> Mizabel Derzi,<sup>437</sup> José Marcos Domingues,<sup>438</sup> José Afonso da Silva,<sup>439</sup> Roque Antônio Carrazza,<sup>440</sup> Elisabeth Nazar Carrazza<sup>441</sup> e Valéria Furlan<sup>442</sup>.

<sup>429</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, vol. 6, 1990, p. 551.

<sup>430</sup> BARRETO, Aires F.. *Curso de direito tributário municipal*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 252.

<sup>431</sup> MELO, José Eduardo Soares de. IPTU – A função social da propriedade e a progressividade das alíquotas. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 1, p. 41-56, 1995.

<sup>432</sup> ATALIBA, Geraldo. IPTU-Progressividade. *Revista de Direito Tributário*, v. 56, p. 79-83, 1991: “ O IPTU, como todos os impostos, deve ser estruturado de modo a satisfazer às exigências do princípio da capacidade contributiva (art. 145, §1º); pode e deve ser progressivo” .

<sup>433</sup> COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 256-257.

<sup>434</sup> MACHADO, Hugo de Brito. A Progressividade do IPTU e a EC 29. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 81, 2002, p. 59: “ Não se deve, portanto, afastar dos impostos ditos reais o princípio da capacidade contributiva. Pelo contrário, tal princípio deve ser aplicado intensamente em relação a eles.”

<sup>435</sup> COSTA, Alcides Jorge. IPTU-Progressividade. *Revista de Direito Tributário*, n. 93, 1991.

<sup>436</sup> BORGES, José Souto Maior. IPTU-Progressividade. *Revista de Direito Tributário*, n. 59, p. 73-94, 1994.

<sup>437</sup> DERIZ, Misabel. Atualização da obra de Aliomar Baleeiro, *Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 253-255: “ Na verdade, a progressividade (fiscal) em que as alíquotas sobem à medida que se eleva o valor venal do imóvel é a mais simples e justa das progressividades” .

<sup>438</sup> OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. Direitos Fundamentais, federalismo fiscal e emendas constitucionais tributárias. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 29, 2006, p. 230.

<sup>439</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 663.

<sup>440</sup> CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. São Paulo: Malheiros, 2000.

<sup>441</sup> CARRAZZA, Elisabeth Nazar. *IPTU e progressividade*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 91: “ O IPTU – como todo e qualquer imposto – deve obedecer ao princípio da capacidade contributiva, que vem expresso no artigo 145, § 1º,

da Constituição Federal. Por incidir sobre o direito de propriedade, a capacidade contributiva a que alude a Constituição Federal – e que o legislador ordinário deverá levar em conta ao criar o imposto – é de natureza

objetiva. Refere-se a uma manifestação objetiva de riqueza do contribuinte (ter um imóvel). Este o fato-signo presuntivo de riqueza, a que se refere ALFREDO AUGUSTO BECKER.”

<sup>442</sup> FURLAN, Valéria. Análise jurídica da progressividade fiscal do IPTU, *Interesse Público*, n. 18, 2003, p. 107: “ Por tais razões, queremos enfatizar que a progressividade fiscal do IPTU sempre nos pareceu perfeitamente admitida e, até mesmo, implicitamente exigida pela nossa Carta Republicana. Com efeito, *diante de duas interpretações possíveis, afigura-se melhor aquela que não excepciona os princípios constitucionais*. Assim, rechaçamos a interpretação que restringe demasiadamente o alcance do princípio da capacidade contributiva no que concerne aos impostos reais.” Grifo original

A Emenda Constitucional no. 29/00 alterou a redação do art. 156, §1º da Constituição para estabelecer explicitamente que o IPTU poderá ser “ *progressivo em razão do valor venal do imóvel*” (inciso I). Cuida-se obviamente de típica correção legislativa da jurisprudência constitucional do STF.

O Supremo Tribunal Federal acatou a correção legislativa de sua jurisprudência, editando a Súmula 668.<sup>443</sup> Todavia, corrente doutrinária minoritária apontou suposta inconstitucionalidade da emenda em razão de alegada violação à cláusula pétreia estabelecida no art. 60, §4º, inciso IV da Constituição Federal. Em suma, tal doutrina sustenta que não se admitiria a progressividade fiscal do IPTU pois constituiria suposto direito individual o alegado princípio de que apenas os impostos pessoais poderiam ser progressivos, não sendo o caso do IPTU, que configura imposto real.<sup>444</sup>

A mencionada posição doutrinária pode ser objeto de intensos questionamentos. É cediço que a classificação que busca apartar de forma consistente os impostos reais dos impostos pessoais é bastante criticada pela doutrina tributária.<sup>445</sup> Por outro lado, ainda que se admita, por amor ao debate, a validade científica desta classificação para o direito tributário, não havia nenhuma razão que pudesse justificar que a técnica da progressividade, que consiste na forma mais adequada para a realização o princípio da capacidade contributiva (art. 145,

<sup>443</sup> Súmula 668: “ É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional 29/00, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana.” Vale aduzir que está pendente de julgamento definitivo o RE 423768, Rel. Min. Marco Aurélio, no qual se discute explicitamente a constitucionalidade da EC29/00 em relação à progressividade. O Min. Marco Aurélio já manifestou voto favorável à constitucionalidade da emenda, destacando que “ *ante a interpretação sistemática da Constituição Federal, com o cotejo do § 1º do seu art. 156 com o § 1º do seu art. 145, que a EC 29/2000 veio tão-só aclarar o real significado do que disposto anteriormente sobre a graduação dos tributos, não tendo abolido nenhum direito ou garantia individual, visto que a redação original da CF já versava a progressividade dos impostos e a consideração da capacidade econômica do contribuinte.*” No mesmo sentido já votaram os ministros Eros Grau, Carmen Lúcia, Joaquim Barbosa e Sepúlveda Pertence. Informativo STF no. 433.

<sup>444</sup> Neste sentido, BARRETO, Aires F.; MARTINS, Ives Gandra da Silva. IPTU: por ofensa a cláusulas pétreas a progressividade prevista na Emenda no. 29/2000 é inconstitucional. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 80, 2002; TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, v. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 342/344.

<sup>445</sup> TEIXEIRA, Ayrton de Mendonça. IPTU e progressividade. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 80, 2002, p. 21: “ A classificação que distingue entre impostos reais e pessoais é de todo equivocada para fins jurídicos, e sua adoção decorre da nefasta prática decorrente da adoção de lições da Ciência das Finanças, sem a devida depuração atinente aos adequados critérios de seleção.”

§1º)<sup>446</sup>, estivesse vedada aos impostos reais. Aliás, o próprio texto do artigo mencionado menciona expressamente que o “patrimônio” é um dos índices de riqueza possíveis de serem utilizados pelo Legislador para dar aplicação à capacidade contributiva.<sup>447</sup>

Porém, se o entendimento de que a Constituição de 1988 em sua redação original não possibilitava a progressividade fiscal do IPTU já se afigurava equivocado, na linha de sólidos entendimentos doutrinários, pretender que o constituinte derivado fosse impedido de decidir a questão em sentido contrário ao entendimento do STF sob a alegação de violação de cláusula pétrea afigura-se a nosso ver francamente inaceitável, inclusive com base nas contribuições trazidas pela significativa parcela da doutrina constitucionalista que defende a necessidade de que a interpretação das cláusulas pétreas pelo Judiciário seja conjugada com o princípio democrático, conforme visto acima. Desta forma, parece evidente a legitimidade, à luz do princípio democrático, do constituinte derivado tornar clara a possibilidade de cobrança por alíquotas progressivas do IPTU, ainda mais se considerarmos, juntamente com parte considerável da doutrina tributária, que a Emenda no. 29/00 teve caráter meramente declaratório,<sup>448</sup> visto que já se admitia sob a égide do texto original de 1988 a progressividade fiscal do IPTU.

Na hipótese, o alegado “direito individual de não ser tributado de forma progressiva nos impostos reais” que consistiria a apontada cláusula pétrea, além de não possuir nenhuma previsão formal no texto constitucional, também não era possível de ser extraído do sistema tributário constitucional. Ainda que admitíssemos que a questão em torno da aplicação da progressividade dos impostos reais pudesse ser classificada como controversa, a seara legislativa, ainda mais por maioria

<sup>446</sup> RIBEIRO, Ricardo Lodi. O Princípio da capacidade contributiva. In: *Temas de Direito Constitucional Tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 216: “Deste modo, numa sociedade marcada por profundas desigualdades

sociais como a nossa, a progressividade é, em vários impostos, o instrumento mais adequado à aplicação do princípio da capacidade contributiva, baseando-se na justiça.” O autor afirma ainda a plena compatibilidade da

progressividade com os impostos reais.

<sup>447</sup> Ibid. p. 217.

<sup>448</sup> CLÈVE, Clemerson Merlin; SEHN, Sólón. IPTU e Emenda Constitucional no. 29/2000 – legitimidade da progressão das alíquotas em razão do valor venal do imóvel. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 94, 2003, p. 139: “A Emenda Constitucional no. 29/2000 tem caráter declaratório e, antes de ofender, concretiza e realiza os princípios fundamentais do sistema constitucional tributário.” ; CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 97: “Noutros termos, a emenda constitucional em questão, dado seu caráter meramente declaratório, limitou-se a reforçar a idéia, consagrada em nosso sistema tributário, de que, para fins de IPTU, quanto maior o valor do imóvel, tanto maior haverá de ser sua alíquota.”

qualificada, seria a mais indicada para a resolução da questão, conforme entendimento explicitado acima. Desta forma, o direito fundamental que deve ser tutelado pelo art. 60, §4º, inciso IV, é a capacidade contributiva, *tout court*, projeção tributária da igualdade e da justiça tributária e não “ a capacidade contributiva

realizada pelo critério x ou y” . Se há divergência razoável em torno de qual técnica

melhor concretiza o mencionado direito fundamental, não cabe ao Judiciário no controle de constitucionalidade decidir tal aspecto, pois a matéria deve ser debatida nas instâncias democráticas. Do contrário, o Judiciário estaria adotando uma “ doutrina particular abrangente” sobre o tema, em prejuízo das instâncias democráticas.

Aliás, trata-se de raciocínio que pode ser utilizado para criticar o próprio entendimento jurisprudencial adotado no passado (RE 153.771) pelo STF e que gerou a necessidade da correção legislativa. Se tal entendimento jurisprudencial não encontrava sustentação em nenhuma norma constitucional expressa e a questão já suscitava controvérsias à época da decisão, qual a razão de não privilegiar a interpretação adotada pelo Legislador municipal no sentido de prever a progressividade fiscal para o IPTU? Desta forma, se os parâmetros já mencionados acerca da teoria do diálogo constitucional tivessem sido adotados pelo STF, no sentido de autorizar a interpretação legislativa da Constituição de uma questão que supostamente não estaria claramente definida no texto constitucional, outra poderia ter sido a decisão adotada.

### 3.3.3 A Emenda Constitucional no. 33/01 e o ICMS na importação por pessoa física

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário no. 203.075,<sup>449</sup> firmou o entendimento de que o art. 155, §2º, inciso IX, “ a” da Constituição Federal<sup>450</sup> não autorizava a incidência do ICMS sobre a importação de

<sup>449</sup> Relator para acórdão Min. Maurício Corrêa, Pleno, j. 05/08/98, DJ 29/10/99.

<sup>450</sup> “ Art. 155, §2º - o imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: IX- incidirá também: a) sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do

bem realizado por pessoa física. O voto condutor da maioria, proferido pelo Ministro Maurício Corrêa, foi baseado especialmente nos aspectos semânticos do dispositivo, que empregava os termos “circulação de mercadoria” e “estabelecimento”.

Desta

forma, o dispositivo seria apenas dirigido a pessoas que exercessem atos de comércio com habitualidade e inaplicável à pessoa física, que não praticaria atos de circulação de mercadoria nem possuiria estabelecimento. Além disso, exigir o ICMS na hipótese de importação por pessoa física tornaria impossível a aplicação do princípio constitucional da não-cumulatividade, pois somente ao comerciante seria assegurada a possibilidade de compensação do que for devido em cada operação com o montante exigido nas operações anteriores.

A EC no. 33/01 alterou a redação do dispositivo em exame para claramente corrigir o entendimento jurisprudencial do STF, estabelecendo que o ICMS incidirá “*sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade (...)*”

Conforme leciona Ricardo Lobo Torres, a correção legislativa é plenamente justificável, pois o entendimento jurisprudencial do STF, apegado de forma excessiva aos aspectos semânticos do texto constitucional, ignorou os aspectos científicos, jurídicos e econômicos que envolvem a questão da incidência dos impostos sobre o valor acrescido tal como o ICMS na importação.

No Brasil e no âmbito internacional, há a prevalência do princípio do país de destino, que inspirado na idéia de capacidade contributiva, estabelece que a tributação deva ser deixada para o país onde serão consumidos os bens. Nesta lógica, as exportações devem sofrer desonerações tributárias; já na importação, deve haver incidência do imposto compensatório capaz de igualar o preço da mercadoria estrangeira ao preço da mercadoria nacional.<sup>451</sup> Desta forma, a incidência do ICMS na importação possui uma função equalizadora e vinculada à

---

*estabelecimento, assim como sobre serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço.*

<sup>451</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, v. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 319.

última etapa da circulação internacional da mercadoria, de forma que é indiferente a pessoa do destinatário do bem.<sup>452</sup>

Com base neste raciocínio, o entendimento do STF de reconhecer a não incidência do ICMS na importação por pessoa física criava uma série de distorções: 1) implicava em enriquecimento injustificável da pessoa física importadora, que iria apropriar-se do tributo que fora isento no país exportador, justamente em atenção ao princípio do país de destino; 2) criava distinção inconstitucional (art. 150, II) entre os importadores brasileiros, privilegiando a pessoa física, em detrimento de outros que pagavam o ICMS na importação; 3) trazia prejuízo injustificável à Fazenda Pública, pois na hipótese inversa, de mercadorias exportadas para pessoa física estrangeira, a mercadoria é desonerada do ICMS (art. 155, §2º, X, “ a” da CF).<sup>453</sup> Tais aspectos, contudo, não foram debatidos no precedente que originou o entendimento jurisprudencial do STF.

A nosso ver, portanto, trata-se de típico caso de correção legislativa que buscou superar entendimento jurisprudencial que, ao privilegiar os aspectos semânticos do enunciado constitucional, acabou por ignorar as sérias distorções que a jurisprudência formada causava no sistema constitucional do ICMS e o aspecto internacional da incidência tributária na hipótese. Além disso, o entendimento jurisprudencial não atentou para as consequências sistêmicas que poderia ocasionar: desequilíbrio nos preços entre mercadorias nacionais e importadas, com possível prejuízo para a indústria nacional e a criação de distinção entre importadores brasileiros (com violação ao princípio da igualdade tributária– art. 150,

---

<sup>452</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 452. Em sentido semelhante, DERZI, Mizabel. Aspectos essenciais do ICMS como imposto de mercado. In: *Direito Tributário. Estudos em homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética, 1998: “ O princípio do destino é a regra universal, adotada pelos países da Comunidade Européia no imposto sobre o valor agregado, porque aquela comunidade não completou ainda a sua integração. É também adotado pelas nações exportadoras de forma geral. O Brasil também aderiu à regra, por meio da Lei Complementar no. 87/96, que determinou a exoneração total das exportações (inclusive dos produtos primários e semi-elaborados) e a tributação das importações. [...]. Repita-se, não se deve, portanto, entender que a Constituição de 1988 proibiria a incidência do ICMS sobre as importações de bens de consumo, feitas por pessoas não-contribuintes. Parece-nos, ao contrário, que a Constituição de 1988 autoriza a incidência do ICMS em todas as importações de mercadorias à revenda ou de quaisquer outros bens, quer sejam feitas por pessoas físicas ou jurídicas ou por particulares para uso próprio.” No mesmo sentido, Sacha Calmon Navarro Coêlho, ressaltando a necessidade da

tributação para ocorrer a igualdade de tratamento em relação às operações internas, sob pena de risco à atividade da indústria nacional. COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 497.

<sup>453</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, v. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 320.

II).<sup>454</sup> Desta forma, a decisão judicial do STF nos parece plenamente criticável também à luz dos questionamentos relativos às questões ligadas aos aspectos institucionais da interpretação, ventiladas por Sunstein e Vermeule, no estudo já mencionado, de forma que a correção legislativa foi plenamente justificada.

É certo que já houve manifestações doutrinárias levantando dúvidas em relação à constitucionalidade da alteração realizada pela EC 33/01. Neste sentido, Clélio Chiesa questiona a possibilidade da modificação em exame,<sup>455</sup> argumentando que a Constituição Federal introduziu “ regra de fechamento do sistema tributário brasileiro” por meio da combinação dos artigos 154, I e artigos 155 e 156, estabelecendo que a instituição de novos impostos pela União só seria admissível se fossem não cumulativos e não tivessem fato gerador ou base de cálculo própria dos impostos já discriminados na Constituição. Esta regra seria insuscetível de modificação mesmo por emenda, pois integraria o conjunto de direitos e garantias do cidadão em matéria tributária (art. 60, §4º, inciso IV). Desta forma, a nova redação trazida pela EC 33/01, ao possibilitar a incidência do ICMS na importação realizada por pessoa física, teria feito incidir novo imposto, além do imposto de importação, na operação realizada.<sup>456</sup>

Não concordamos com a posição aludida, pois, com fulcro nas razões já mencionadas, entendemos que não houve criação de nenhum novo imposto que poderia, em tese, atrair a incidência do art. 154, I, da Constituição Federal. Ainda assim, parece questionável pretender que a regra contemple cláusula pétrea que

<sup>454</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Seleções Jurídicas Advocacia Dinâmica*, COAD, 2009, p. 34-40: “ Também o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados pode recomendar, em certos casos, uma posição de cautela e deferência por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça. Ele nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público.”

<sup>455</sup> CHIESA, Clélio. EC 33 – Dois novos impostos rotulados de ICMS. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 90, 2003, p. 37: “ Parece-nos, e digo parece-nos porque se trata de uma modificação recente e que merece ainda uma maior reflexão, mas a impressão que tenho é de que a EC no. 33/2001 não poderia ter modificado a alínea a, inciso IX, §2º do art. 155, da Constituição Federal, com o propósito de tributar, por meio do ICMS, a pessoa física que vier a importar bens para uso próprio. Digo isso porque o ato de importar bens já figura como hipótese de incidência do imposto de importação e nem se diga que, em sendo assim, também não poderia incidir quando a aquisição fosse feita por pessoa sujeita à tributação por meio do ICMS, pois essa possibilidade foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro pelo poder constituinte originário.”

<sup>456</sup> Ibid. p. 36: “ Com espreque nessa exegese, parece-nos que o legislador incorreu em inconstitucionalidade ao modificar a alínea a, inciso IX, §2º, do art. 155, da Constituição Federal, com a finalidade de alcançar, por meio do ICMS, o ato de importar realizado por pessoa física ou jurídica que não é contribuinte do ICMS, pois acutilou a garantia assegurada ao contribuinte de não ser tributado concomitantemente por dois impostos sobre uma mesma base econômica.”

configuraria direito individual, insuscetível de modificação pelo constituinte derivado, pois tal raciocínio poderia conferir um grau de imodificabilidade excessivo ao sistema tributário, insustentável à luz de considerações relativas ao princípio democrático. A modificação introduzida pela EC 33/01 não criou novo imposto, apenas corrigiu uma hipótese de não incidência do ICMS reconhecida pela jurisprudência que era incompatível com a mecânica da incidência do imposto considerando a circulação internacional de bens e mercadorias.

Outra linha de argumentação utilizada para questionar a constitucionalidade da alteração promovida pela EC 33/01 é relativa à suposta violação do princípio da não-cumulatividade. Neste sentido, Paulo Nelson Lemos Basto Nascimento argumenta que, na hipótese da importação do bem ser realizada por pessoa física, o princípio em exame não poderá ser aplicável, pois a pessoa física não praticará operações posteriores de circulação da mercadoria que propiciará os procedimentos compensatórios típicos da não-cumulatividade. Ou seja, a pessoa física suportará sozinha a carga tributária do ICMS na operação de importação.<sup>457</sup> Em sentido semelhante, Cristiano Maciel Carneiro Leão sustenta que a nova regra criada pela EC 33/01 não seria inconstitucional em tese, desde que os Legisladores estaduais adotem medidas que possam garantir a observância do princípio da não-cumulatividade. Caso tal circunstância não ocorra, a norma seria inconstitucional.<sup>458</sup>

Em sentido contrário, Mário Hermes Trigo de Loureiro Filho não vislumbra inconstitucionalidade na redação conferida pela EC 33/01 ao art. 155, §2º, inciso IX, “ a” da CF, listando argumentos favoráveis à constitucionalidade da inovação: 1) não se pode falar em ofensa ao art. 154, I, da CF, que cuida da competência residual da União, visto que, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal na ADIN 939-7, trata-se de regra destinada ao legislador ordinário e não ao constituinte derivado; 2)

<sup>457</sup> NASCIMENTO, Paulo Nelson Lemos Basto. ICMS – importação de bens para uso próprio e a Emenda Constitucional no. 33/01. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 86, 2002, p. 109: “ Inevitável, sob esse aspecto, concluir-se que também após o advento da Emenda Constitucional no. 33/2001 não há de subsistir a exigência de ICMS em questão, haja vista o flagrante vício de inconstitucionalidade do qual a mesma padece, não sendo possível, repita-se, sustentar-se a validade, nos dias de hoje, do dispositivo da Lei Complementar no. 87/96, que trata de tal exação, por apresentar-se o mesmo inconstitucional perante a redação originária do artigo 11, §2º, inciso IX, alínea “ a” , da Carta Magna, não podendo retirar o seu fundamento de validade da EC no. 33/2001.”

<sup>458</sup> LEÃO, Cristiano Maciel Carneiro. *A Emenda Constitucional 33/01 e o “novo” ICMS-Importação*. Manutenção da “ transferência de titularidade” como núcleo constitucional da materialidade do ICMS-Importação. Dissertação (Mestrado em Direito)-Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

não há violação ao art. 60, §4º, inciso IV, da CF em razão de suposta violação do princípio da não-cumulatividade, pois cuida-se de princípio que não é absoluto em nosso sistema tributário, sendo mister ressaltar que no julgamento da ADIN-MC no. 1497/DF o STF assentou que a não-cumulatividade não ostenta o *status* de cláusula pétrea. Ademais, na hipótese da incidência do ICMS na importação por pessoa física, a incidência do tributo ocorre de maneira monofásica, não havendo sentido cogitar da não-cumulatividade.<sup>459</sup>

Não é necessário perquirir acerca da configuração ou não do princípio da não-cumulatividade como direito individual suscetível de proteção como cláusula pétrea para refutar a argumentação explicitada. A incidência do ICMS na hipótese de importação por pessoa física, como destaca Ricardo Lobo Torres, deve ser compreendida como sendo a última etapa da circulação internacional da mercadoria, em razão do princípio do país de destino. Assim compreendida a operação, resta evidenciada a circunstância de que inexistente violação ao princípio da não-cumulatividade.

A posição do Supremo Tribunal Federal sobre a correção legislativa em exame parece não ter sido definitivamente firmada. O Informativo STF no. 318 (agosto de 2003) noticiou a aprovação de diversas súmulas, entre elas a que posteriormente adotou o número 660, no sentido de que “ *não incide ICMS na importação de bens por pessoa física ou jurídica que não seja contribuinte do imposto*” . No Informativo no. 331 (novembro de 2003) foi noticiado que, de acordo com proposta do Ministro Sepúlveda Pertence, o Tribunal teria deliberado na Sessão de 26/11/2003 alterar a Súmula 660 para constar “ *Até a EC/2001, não incide ICMS na importação de bens por pessoa física ou jurídica que não seja contribuinte do imposto*”. Todavia, o Informativo no. 422 (abril de 2006) noticiou o seguinte:

**Enunciado da Súmula 660 do STF:** Republicação Informamos que, em razão de o Tribunal, na sessão plenária de 26.11.2003, ter recusado a proposta de alteração da

<sup>459</sup> LOUREIRO FILHO, Mário Hermes Trigo de. *Alteração de competência tributária e reforma constitucional: o ICMS na importação de bens e a EC 33/01*. Dissertação (Mestrado em Direito) Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. A defesa da constitucionalidade da EC 33/01 no ponto em exame também foi realizada por WEISS, Fernando Leme. *Justiça Tributária. Um enfoque sobre renúncias fiscais, a Reforma Tributária de 2003/2004 e os códigos de defesa dos contribuintes (ES, IT, SP, MG e o projeto brasileiro)* . Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 100-108.

Súmula 660, constante do Adendo nº 7, foi republicado o respectivo enunciado nos Diários da Justiça dos dias 28.3.2006, 29.3.2006 e 30.3.2006, com o teor aprovado na sessão plenária de 24.9.2003: "Não incide ICMS na importação de bens por pessoa física ou jurídica que não seja contribuinte do imposto". Fica, portanto, substituída, nesses termos, a notícia veiculada pelo Informativo 331 quanto ao referido verbete.

A nova publicação do enunciado da Súmula 660, sem a ressalva referente à EC 33/01 poderia ser entendida como um reconhecimento implícito da suposta inconstitucionalidade da medida legislativa. Todavia, a questão não parece ainda ter sido definida no Tribunal. Diversos julgados posteriores que dão aplicação à Súmula, reconhecendo a não-incidência do ICMS, ressalvam expressamente a circunstância de que a questão examinada é anterior à EC 33/01.<sup>460</sup>

Danilo Monteiro de Castro sustentou o entendimento de que a tentativa frustrada de modificação do enunciado da Súmula no. 660, combinada com considerações explicitadas pelo Ministro Eros Grau no Agravo Regimental no RE 401.552<sup>461</sup> teria o condão de conduzir à tese de que mesmo após a edição da EC 33/01, a exigência do ICMS não poderia ocorrer na espécie, visto que a regra constitucional da não-cumulatividade não foi excepcionada pela emenda constitucional. A exigência somente seria possível em tese se a legislação infraconstitucional estabelecesse mecanismos de creditamente aptos a garantirem a observância da não-cumulatividade na espécie.<sup>462</sup>

Como já mencionado, entendemos que o princípio da não-cumulatividade não é atingido pela inovação constitucional em tela, pois a importação do bem pela pessoa física deve ser compreendida como sendo a última etapa da circulação internacional da mercadoria, em razão do princípio do país de destino. Todavia, de fato no precedente citado, o voto do Ministro Eros Grau e a própria ementa fazem a seguinte referência:

<sup>460</sup> Neste sentido, RE 318719 AgR-AgR, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 06/12/2005, DJ 03/02/2006; RE 255682 AgR, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 29/11/2005, DJ 10/02/2006. Decisões monocráticas: AI 730634, Rel. Min. CARLOS BRITTO, julgado em 13/11/2008, publicado em DJ 27/11/2008; RE 491986, Rel. Min. CARLOS BRITTO, julgado em 12/12/2006, publicado em DJ 06/02/2007

<sup>461</sup> RE 401552 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 21/09/2004, DJ 15/10/2004

<sup>462</sup> CASTRO, Danilo Monteiro de. O ICMS e o IPI na importação por não-contribuintes, a não-cumulatividade, a Súmula 660 do STF e suas atuais implicações à luz da própria jurisprudência da corte. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n.147, p. 42-53.

Hipótese anterior à promulgação EC 33/2001, que, embora tenha previsto a possibilidade de cobrança do ICMS na importação nas operações efetuadas por quem não seja contribuinte habitual do imposto, *não prescinde de integração legislativa para disciplinar a realização da compensação do tributo, de modo a conferir efetividade ao princípio constitucional da não-cumulatividade da exação*. Agravo regimental não provido. (grifo nosso)

Todavia, entendemos que a referência contida na ementa e no voto do Ministro acerca de possível necessidade, após a EC 33/01, de a legislação tributária prever mecanismos para observância da não-cumulatividade pode ser entendida como um mero *obter dictum*,<sup>463</sup> pois para a resolução do tema sob julgamento, que cuidava de hipótese anterior à EC 33/01, como expressamente mencionou a ementa e o voto do Ministro Eros Grau, não era necessário tal raciocínio, de forma que no atual momento não é possível definir com segurança a posição do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

### 3.3.4 A Emenda Constitucional no. 39/02 e a contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 233.332,<sup>464</sup> firmou entendimento no sentido de que o serviço de iluminação pública não poderia ser custeado por intermédio de taxa, tendo em vista constituir serviço inespecífico e indivisível.

O tema divia a doutrina tributária. Ruy Barbosa Nogueira sustentava a inconstitucionalidade da exação.<sup>465</sup> Geraldo Ataliba,<sup>466</sup> Bernardo Ribeiro de Moraes<sup>467</sup> e Sampaio Dória<sup>468</sup> admitiam a constitucionalidade da taxa na hipótese.

<sup>463</sup> Sobre *obter dictum*, ver MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 125.

<sup>464</sup> Rel. Min. Ilmar Galvão, Pleno, julgado em 10/03/99, DJ 14/05/99.

<sup>465</sup> Contribuição de melhoria e taxa de iluminação pública. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, n. 76, p. 39-52, 1981 *apud* TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, v. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 646.

<sup>466</sup> Imposto predial urbano e taxas de serviços urbanos. *Revista de Direito Público*, n. 11, p.133,1970 *apud* TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, v. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 646

<sup>467</sup> MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Doutrina e prática das taxas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 152.

A Emenda Constitucional no. 39/02, de nítido caráter corretivo da jurisprudência, estabeleceu que “ *os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III.*”

A correção legislativa a nosso ver foi plenamente justificável, pois conforme leciona Ricardo Lobo Torres, a jurisprudência formada no âmbito do STF, ao considerar que o serviço não seria suscetível de utilização individual concentrou-se apenas no aspecto material (físico) da prestação, desconsiderando a possibilidade da divisão ideal da prestação entre os beneficiários.<sup>469</sup>

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 573675,<sup>470</sup> já reconheceu a constitucionalidade da EC 39/02. A constitucionalidade da emenda também já foi reconhecida em sede doutrinária por Ricardo Lobo Torres<sup>471</sup>, Paulo Roberto Lyrio Pimenta<sup>472</sup> e Aurora Tomazini de Carvalho.<sup>473</sup>

Houve, no entanto, algumas vezes doutrinárias que suscitaram a inconstitucionalidade da medida adotada pelo constituinte derivado. Neste sentido, Regina Helena Costa<sup>474</sup> sustentou a inconstitucionalidade da EC 39/02 em virtude de alegada violação ao art. 60, §4º, III, da CF, que estabelece a separação de poderes como cláusula pétrea. Nesta linha, sustenta a autora que a Emenda seria inconstitucional, pois teria subvertido interpretação já conferida ao tema pelo Supremo Tribunal Federal. Discordamos do entendimento, tendo em vista as

<sup>468</sup> Área de imóveis e base Imponível. *Revista de Direito Tributário* 1: 28, 1977, *apud* TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, v. IV, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 646.

<sup>469</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, v. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 648.

<sup>470</sup> Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 25/3/2009, Informativo STF no. 540.

<sup>471</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, v. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 647.

<sup>472</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 95, p. 100-108, 2003.

<sup>473</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini. O art. 149-A da Constituição Federal introduzido pela EC 39/2002 e a contribuição para custeio do serviço de iluminação pública. *Revista de Direito Tributário*, n. 91, 2004, p. 239-250.

<sup>474</sup> COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário – Constituição e Código Tributário Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 153. Em sentido semelhante, José Marcos Domingues de Oliveira sustenta a inconstitucionalidade da emenda com fulcro também em alegada violação do art. 60, §4º, III, da Constituição, pois o constituinte derivado teria ofendido a interpretação conferida ao tema pelo Supremo Tribunal Federal. OLIVEIRA, José Marques Domingues de. A chamada contribuição de iluminação pública (Emenda Constitucional no. 39 de 2003). *Revista de Direito Administrativo*, n. 233, 2003, p. 302.

considerações anteriores relativas à legitimidade do Legislador como intérprete da Constituição. Neste sentido, quando cuidamos dos limites materiais da correção legislativa da jurisprudência, deixamos evidenciado que a aferição da constitucionalidade de emendas corretivas deve ser feita em relação a seu conteúdo.

Aires F. Barreto<sup>475</sup> também sustentou a inconstitucionalidade da nova exação, alegando suposta ofensa ao art. 60, §4º, inciso I e IV, visto que criou tributo que não estava previsto na repartição constitucional de competências, que constituiria suposto direito individual do contribuinte. Também não conseguimos vislumbrar nenhuma das alegadas inconstitucionalidades apontadas pelo autor. A criação do mencionado tributo por emenda constitucional não implica em tentativa de abolir “ a *forma federativa de Estado*” , nem é possível extrair da simples repartição das competências tributárias realizada pela Constituição de 1988 um suposto direito individual do contribuinte de não sofrer novas imposições tributárias por emenda constitucional.

## **CONCLUSÃO – PROPOSIÇÕES OBJETIVAS**

1) A correção legislativa da jurisprudência manifesta a insatisfação do Legislativo com determinado entendimento jurisprudencial considerado equivocado acerca da interpretação de determinado tema. Seu crescimento no constitucionalismo atual pode ser explicado pela franca ascensão do Judiciário e dos precedentes judiciais no âmbito da interpretação constitucional, de forma que as divergências de interpretação entre Judiciário e Legislativo em torno dos conteúdos constitucionais tendem a aumentar de forma significativa.

2) Na história constitucional dos Estados Unidos, a correção legislativa da jurisprudência sempre representou tema de alta indagação. Quatro Emendas ao

---

<sup>475</sup> BARRETO, Aires F..Curso de direito tributário municipal. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 513-519.

texto constitucional daquele país são consideradas casos de correções legislativas de entendimentos adotados pela Suprema Corte julgados inadequados pelo Congresso.

3) A Suprema Corte norte-americana, em pelo menos três precedentes emblemáticos - *United States v. Eichamn* (1990), *City of Boerne v. Flores* (1997) e *Dickerson v. United States* (2000) - originados de tentativas de correções legislativas da jurisprudência da corte por meio de ato infraconstitucional, afirmou a doutrina da supremacia judicial na interpretação constitucional, invalidando as três tentativas empreendidas pelo Congresso.

4) A doutrina da supremacia judicial na interpretação constitucional é defendida na doutrina norte-americana por Frederick Schauer e Larry Alexander, com base em argumentos eminentemente práticos acerca da necessidade, para a estabilidade institucional do país, da existência de uma instituição que tenha a autoridade de definir a interpretação dos conteúdos constitucionais de forma obrigatória para os outros poderes. A supremacia judicial também encontra defensores que enfatizam o papel da Suprema Corte na proteção de direitos fundamentais, tal como a doutrina de Ronald Dworkin.

5) A doutrina da supremacia judicial, tal como o próprio instituto da *judicial review*, sempre foram objeto de intensas críticas pela doutrina norte-americana. Atualmente, tais críticas podem ser divididas em dois grandes campos. Em primeiro lugar, a crítica acerca da legitimidade democrática da supremacia judicial, que nos últimos anos foi exacerbada por intermédio de um movimento conhecido como constitucionalismo popular, cuja característica principal é negar a legitimidade do Judiciário como o intérprete mais qualificado da Constituição, defendendo a idéia de que ao povo de competir tal missão, por intermédio das instâncias representativas. Outra crítica à supremacia judicial surgida mais recentemente concentra esforços nas limitações relativas à capacidade institucional do Judiciário.

6) A teoria do diálogo constitucional surge no ambiente constitucionalista como uma tentativa de atingir uma conciliação entre supremacia judicial e supremacia legislativa na interpretação constitucional. Cuida-se de doutrina que encontrou, com algumas

críticas, respaldo em significativa parcela da doutrina canadense bem como em alguns julgados da Suprema Corte daquele país.

7) A teoria do diálogo constitucional conta com importantes adeptos no âmbito da doutrina norte-americana, inclusive na ciência política. O cerne da doutrina consiste na afirmação de que a interpretação constitucional não pode ser monopólio do Judiciário, visto que o sentido das cláusulas constitucionais deve ser construído por intermédio da contínua interação entre os Poderes do Estado.

8) O direito constitucional positivo brasileiro inclina-se a favor do reconhecimento da supremacia judicial exercida pelo Supremo Tribunal Federal em matéria de interpretação constitucional. No atual estágio do constitucionalismo brasileiro, a supremacia judicial advinda do exercício da jurisdição constitucional cumpre um relevante papel de garantia da efetividade das normas constitucionais, conquista que nosso país somente experimentou verdadeiramente após a promulgação da Constituição de 1988. Todavia, há elementos de direito positivo constitucional e considerações ligadas ao perfil analítico da Constituição de 1988 que militam a favor do entendimento de que o Legislativo deve ser também considerado um intérprete legitimado da Constituição.

9) Nesta linha de raciocínio, as idéias centrais da doutrina do diálogo constitucional podem cumprir relevante papel no direito constitucional brasileiro como forma de evitar uma concepção de supremacia judicial extremada que possa ser adotada pelo Supremo Tribunal Federal, com evidentes prejuízos de ordem democrática. Neste ponto, a correção legislativa da jurisprudência, sendo uma das manifestações mais eloquentes das idéias do diálogo constitucional, pode servir como instrumento legítimo de participação do Legislativo no processo de interpretação constitucional em nosso país.

10) A correção legislativa da jurisprudência cumpre relevante papel no âmbito do Estado de Direito pois permite que interesses contrariados em sede judicial tenham nova chance de serem considerados e novamente discutidos no âmbito do processo legislativo .

11) A doutrina norte-americana, especialmente no seio da ciência política, vem estudando o fenômeno com profundidade, destacando como ocorrem as interações entre as decisões judiciais e as medidas legislativas e os reflexos no sistema de forças que compõem a contemporânea configuração da separação de poderes.

12) Muitas lições desenvolvidas pela doutrina norte-americana podem ser aproveitadas para o exame do papel da correção legislativa no direito constitucional brasileiro. O instrumento pode tornar o Legislativo um importante espaço de reflexão democrático acerca do conteúdo das decisões judiciais. Além disso, pode representar instrumento de modificação de entendimentos jurisprudenciais adotados sem atenção às limitações relacionadas à capacidade institucional do Judiciário. Em determinadas situações especiais, a iniciativa de provocar o Legislativo a editar uma correção legislativa pode partir da própria decisão judicial, que pode indicar os caminhos possíveis de adoção pelo Legislador. As considerações em torno da doutrina do diálogo constitucional recomendam que o Supremo Tribunal Federal mantenha estado de atenção em relação às preferências políticas interpretativas emanadas do Legislativo, seja para avaliar criticamente tais posturas ou mesmo verificar a possibilidade de adotar decisões que sejam compatíveis com tais preferências.

13) Em relação aos limites formais da correção legislativa da jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal adotou duas importantes decisões conflitantes em relação à possibilidade modificação de entendimento jurisprudencial de norma constitucional por meio de norma infraconstitucional. No julgamento da ADIN 2860 foi assentada a tese de que o legislador não pode se valer de lei ordinária para alterar jurisprudência do Supremo Tribunal Federal fundada na interpretação da Constituição. Nesta hipótese, cuidar-se-ia de inconstitucionalidade formal, pois uma norma inferior estaria tentando ditar a interpretação de uma norma de hierarquia superior. Já na ADIN 3772, o STF manteve a aplicação preconizada pela Lei 11.301/06 da aposentadoria especial no que se refere aos professores que exercem cargos de direção de unidade escolar, coordenação e assessoramento pedagógico, o que contraria o teor da Súmula no. 726 do STF.

14) Em regra, a correção legislativa de entendimento jurisprudencial relativo à interpretação de norma constitucional é veiculada por intermédio de emenda constitucional. Todavia, tal regra comporta exceções, baseadas no ideal de que o Legislativo também pode atuar como intérprete legitimado da Constituição. Ao menos duas situações justificariam a alteração de entendimento do STF em relação a norma constitucional por meio de lei infraconstitucional, sem necessidade de alteração do texto. A primeira indicaria que na hipótese de mudança na orientação jurisprudencial do STF acerca de um tema geral que tem aplicação uniforme aos dispositivos constitucionais “ a” e “ b” , ainda que a mudança tenha ocorrido, no caso

judicial decidido, apenas em relação à interpretação do dispositivo “ a” , é plenamente

legítima a atuação do Legislador infraconstitucional de regular o dispositivo constitucional “ b” de acordo com o novo entendimento jurisprudencial. A segunda hipótese seria a situação em que entendimento jurisprudencial que se quer corrigir tenha sido formado em determinadas circunstâncias peculiares, que recomendam a possibilidade efetiva de modificação do entendimento jurisprudencial caso a matéria seja examinada novamente pelo Tribunal.

15) Em relação aos limites materiais de emendas constitucionais que veiculem correções legislativas da jurisprudência, tais emendas também estão submetidas ao controle de constitucionalidade com fulcro na observância dos critérios para a reforma do texto constitucional, especialmente em relação à verificação de alguma violação de cláusulas pétreas.

16) A correção legislativa da jurisprudência desempenha relevante papel no direito constitucional tributário brasileiro. Parcela significativa da doutrina tributária brasileira permanece apegada a uma concepção positivista e formalista em relação à temática tributária, privilegiando o valor da segurança jurídica em detrimento de outros valores constitucionais como a capacidade contributiva e a igualdade. Em algumas situações, a jurisprudência pode incorporar tais padrões e produzir decisões que reproduzem tal visão, abrindo espaço para a atuação do Legislador por intermédio da correção legislativa da jurisprudência. Parcela da doutrina tributária também empreende interpretação maximizadora das cláusulas pétreas tributárias, incompatíveis com os recentes aportes da doutrina constitucionalista acerca da

necessária observância do parâmetro democrático no controle de constitucionalidade de emendas constitucionais.

17) Ao menos quatro emendas constitucionais tiveram nítido caráter corretivo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional tributária após a promulgação da Constituição de 1988. A EC 20/98 modificou a redação do art. 195, I, da Constituição Federal para superar entendimento do STF que conferia à expressão “ folha de salários” sentido restrito. A EC 29/00 explicitou a possibilidade da progressividade fiscal do IPTU; a EC 33/01 reconheceu a incidência do ICMS na importação de bens por pessoa física e a EC 39/02 instituiu a contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública. As quatro emendas constitucionais buscaram corrigir entendimentos constitucionais do Supremo Tribunal Federal que julgamos equivocados. Inexiste qualquer mácula de inconstitucionalidade nas emendas mencionadas.

## REFERÊNCIAS

- ABRAHAM, Marcus. *As Emendas constitucionais tributárias e os vinte anos da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- \_\_\_\_\_. *O Planejamento tributário e o direito privado*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- ALEXANDER, Larry. Constitutional rules, constitutional standards, and constitutional settlement: *Marbury v. Madison* and the case for judicial supremacy. *Constitutional Commentary*, v. 20, 2003.
- ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no estado constitucional democrático*. In: *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.
- AMAR, Akhil Reed. In: Akhil Reed Amar e Jed Rubenfeld. A Dialogue. *Yale Law Journal*, v. 115, p. 2015-2035., 2006.
- AMARO, Luciano. As Cláusulas pétreas e o direito tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 21, p. 71-78, 1997.
- ARATO, Andrew. Representação, soberania popular e accountability. *Lua Nova*, São Paulo, v. 55-56, p. 85-103, 2002.
- ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e política no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2002.
- ATALIBA, Geraldo. IPTU-progressividade. *Revista de Direito Tributário*, v. 56, p. 79-83, 1991.
- BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. Atualização de Mizabel Derzi.

BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: *Temas de Direito Constitucional*, v. III. Rio de Janeiro: Renovar, p. 3-59, 2005.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Seleções Jurídicas Advocacia Dinâmica*, COAD, 2009, p. 34-40.

\_\_\_\_\_. Liberdade de Expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: *Temas de Direito Constitucional*, vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, p. 79-131, 2005.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 9, 2007. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 7 dez. 2007.

BARNES, Jeb. Adversarial legalism, the rise of judicial policymaking, and the separation-of-powers doctrine. In: *Making policy, making law: an interbranch perspective*. MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb. (ed.). Washington, D.C.: Georgetown University Press, 2004.

\_\_\_\_\_. Bringing the courts back in: interbranch perspectives on the role of courts in american politics and policy making. *Annual Review of Political Science*. v. 10, p. 25-43, 2007.

\_\_\_\_\_. *Overruled ?*: legislative overrides, pluralism, and contemporary court-Congress relations. Stanford: Stanford University Press, 2004.

BARNES, Jeb; Miller, Mark C. Governance as dialogue. In: *Making policy, making law: an interbranch perspective*. MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb.(ed.). Washington, D.C.: Georgetown University Press, 2004. p. 202/207.

BARRETO, Aires F.. *Curso de direito tributário municipal*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARRETO, Aires F.; MARTINS, Ives Gandra da Silva. IPTU: por ofensa a cláusulas pétreas a progressividade prevista na emenda no. 29/2000 é inconstitucional. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 80, p. 105-126, 2002.

BATISTA, Clayton Xavier. É possível a progressividade de alíquotas no ITCMD ? *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 132, p. 40-47, 2006.

BAUM, Lawrence; HAUSEGGER, Lori. The Supreme Court and congress. Reconsidering the relationship. In: *Making policy, making law: an interbranch perspective*. MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb. (ed.). Washington, D.C.: Georgetown University Press, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição dirigente e a crise da teoria da Constituição. In: *Teoria da Constituição*. Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 75-150.

\_\_\_\_\_. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova*, v. 61, p. 5-24, 2004.

BICKEL, Alexander. The least dangerous branch. 2nd ed., New Haven: Yale University Press, 1986.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BLADUELL, Héctor G.. Twins or triplets ? Protecting the eleventh amendment through a three-prong arm-of-the – state test. *Michigan Law Review* , v. 105, p. 837-865, 2007.

BONAVIDES, Paulo. Getúlio Vargas e o estado social das ditaduras. *Revista de Direito do Estado*, n. 2, p. 71-82, 2006.

BORGES, José Souto Maior. IPTU-progressividade. *Revista de Direito Tributário*, n. 59, p. 73-94, 1994.

BRAGAW, Stephen G.; MILLER, Mark C.. The City of Boerne: two tales of one city. In: *Making policy, making law: an interbranch perspective*. MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb. (ed.). Washington, D.C.: Georgetown University Press, 2004.

BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia: uma proposta de justificação e de aplicação do art. 60, §4º, IV, da CF/88*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 10, 2007. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 dez. 2007.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008,

\_\_\_\_\_. Rigidez constitucional e pluralismo político. In: *Vinte anos da Constituição de 1988*. SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBJOIN, Gustavo. (org.). Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

CARRAZZA, Elisabeth Nazar. *IPTU e progressividade*. Curitiba: Juruá, 2002.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. São Paulo: Malheiros, 2000.

CARVALHO, Aurora Tomazini. O art. 149-A da Constituição Federal introduzido pela EC 39/2002 e a contribuição para custeio do serviço de iluminação pública. *Revista de Direito Tributário*, n. 91, 2004, p. 239-250.

CHIESA, Clélio. EC 33 – Dois novos impostos rotulados de ICMS. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 90, 2003, p. 21-48.

CURI, Bruno Maurício Macedo. *Limitações ao poder de tributar: análise de sua fundamentalidade ante a razão pública*. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais)-Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2007.

CAMPOS, Francisco. Diretrizes constitucionais do novo estado brasileiro. *Revista Forense*, v. 23, n. 417/417, p. 229, 1938.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Teoria da norma tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CASTRO, Danilo Monteiro de. O ICMS e o IPI na importação por não-contribuintes, a não-cumulatividade, a súmula 660 do STF e suas atuais implicações à luz da própria jurisprudência da corte. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n.147, p. 42-53.

CLÈVE, Clemerson Merlin; SEHN, Sólon. IPTU e emenda constitucional no. 29/2000 – legitimidade da progressão das alíquotas em razão do valor venal do imóvel.

*Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 94, 2003, p. 133-139.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

COSTA, Alcides Jorge. IPTU-progressividade. *Revista de Direito Tributário*, n. 93, 1991, p. 240-248.

COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário – Constituição e Código Tributário*

Nacional. São Paulo: Saraiva, 2009.

COUTO, Cláudio Gonçalves; ARANTES, Rogério Bastos. Constituição, governo e democracia no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 21, n. 61, p. 42-62, 2006.

DERZI, Mizabel. Aspectos essenciais do ICMS como imposto de mercado. In: *Direito Tributário. Estudos em homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética, 1998.

DEVINS, Neal. Congress as Culprit. How lawmakers spurred on the court's anti-congress crusade. *Duke Law Journal*, v. 51, 2001, p. 435-464.

\_\_\_\_\_. How not to challenge the Court (U.S. Sumpre Court) (Symposium: Reflections on City of Boerne v. Flores). *William and Mary Law Review*, v. 39, n.3, p. 645-664, 1998.

DINIZ, Simone. Interações entre os poderes executivo e legislativo no processo decisório: Avaliando Sucesso e Fracasso Presidencial. *Dados – Revista de Ciências*

*Sociais*, v. 48, 2005, p. 333-369.

DORF, Michael C. The heterogeneity of rights. *Legal theory*, n. 6, 2000, p. 269-297.

DUARTE, Fernanda; MOURA, Francisco; MASTRODI NETO, Josué; TSUBONE, Rubens Takashi. Ainda há supremacia do judiciário ? In: *Teoria da Mudança Constitucional*. Sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa. Duarte, Fernanda; Vieira, José Ribas. (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: *a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELSTER, John. Legislatures as constituent assemblies. In: *The least examined branch: the role of legislatures in the constitutional state*. BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi. (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 181/197.

EPPS, Garrett. The Antebellum political background of the fourteenth amendment. *Law and Contemporary Problems*, n. 67, p. 175-211, 2004.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; MARTIN, André D.. Constitutional interpretation from a strategic perspective. In: *Making policy, making law: an interbranch perspective*. MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb. (ed.). Washington, D.C.: Georgetown University Press, 2004. p. 170-187.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

ESKRIDGE JR., William N.. Overriding Supreme Court statutory decisions. *Yale Law Journal*, v.101, n.2, p. 331-417, 1991.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FISHER, Louis. Interpreting the Constitution: more than what the Supreme Court says,” *Extensions*. Carl Albert Congressional Research and Studies Center, University of Oklahoma, 2008.

\_\_\_\_\_. Judicial finality or an ongoing colloquy ? In: *Making policy, making law: an interbranch perspective*. MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb. (ed.). Washington, D.C.: Georgetown University Press, p. 153-169, 2004. p. 153-169.

FRIEDMAN, Barry. The birth of an academic obsession: the history of the countermajoritarian difficulty, part five. *Yale Law Journal*, v. 112, n. 2, p. 153/259, 2002.

\_\_\_\_\_. Dialogue and judicial review. *Michigan Law Review*, vol. 91, n. 4, p. 577/562, 1993.

FURLAN, Valéria. Análise jurídica da progressividade fiscal do IPTU. *Interesse Público*, n. 18, p. 101-108, 2003.

GOLDBERG, Daniel K. *Controle de políticas públicas pelo judiciário: welfarismo em um mundo imperfeito*. Disponível em <[www.ipea.gov.br](http://www.ipea.gov.br)>. Acesso em 5 mai. 2009.

GREENE, Abner S.. Against interpretive obligation (To the Supreme Court). *Fordham Law Review*, v. 75, p. 1661-1670, 2006.

GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. *Revista de Direito do Estado*, n. 4, p. 3-22, 2006.

GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. CARBONELL, Miguel (org.). Madrid: Trotta, 2003, p. 49-73.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*, vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HARE, Ivan C.. Method and objectivity in free speech adjudication: lessons from América. *International and Comparative Law Quarterly*, n. 54, p. 49-87, 2005.

HARRIGER, Katy J.. Cues and miscues in the constitutional dialogues. *The Review of Politics* v. 60, n. 3, p. 497-524, 1998.

HOGG, Peter W.. Canada: From privy council to Supreme Court. In: *Interpreting Constitutions: a comparative study*. Goldsworthy, Jeffrey. (ed.). Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 55-105.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, ALLISON A..The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the Charter isn't such a bad thing after all). *Osgoode Hall Law Journal*, v. 35, n.1, p. 75-124, 1997.

JENSEN, Erik M. Interpreting the sixteenth amendment (by way of the direct – tax clauses). *Constitutional Commentary*, n. 21, p. 355-404, 2004.

KAGAN, Robert A. American courts and the policy dialogue. The role of adversarial legalism. In: *Making policy, making law: an interbranch perspective*. MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb. (ed.). Washington, D.C.: Georgetown University Press, 2004, p. 13-34.

KAMISAR, Yale. Foreword: from Miranda to séc 3501 to Dickerson to... *Michigan Law Review*, v. 99, n. 5, p. 879-897, 2001.

KECK, Thomas M.. Party, policy, or duty: why does the Supreme Court invalidate federal statutes? *American Political Science Review*, v.101, n.02, p. 321-338, 2007.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KRAMER, Larry. *The people themselves*. Popular constitutionalism and judicial review. Oxford University Press: Oxford, 2004.

\_\_\_\_\_. Marbury and the retreat from judicial supremacy. *Constitutional Commentary*, v. 20, p. 205/230, 2003.

KYVIG, David E.. *Explicit and authentic acts: amending the U.S. Constitution, 1776-1995*. Kansas: University Press of Kansas, 1996.

IKAWA, Daniela R.. Hart, Dworkin e discricionariedade. *Lua Nova*, n. 61, p. 97-113, 2004.

LAJOIE, André; BERGADA, Cécile; GÉLINEAU, Éric. Legislatures as constitutional interpretation: another Dialogue. In: *The least examined branch: the role of legislatures in the constitutional state*. BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi. (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 385/395.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

LEÃO, Cristiano Maciel Carneiro. *A Emenda Constitucional 33/01 e o “novo” ICMS-Importação*. Manutenção da “transferência de titularidade” como núcleo

constitucional da materialidade do ICMS-Importação. Dissertação (Mestrado em Direito)-Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

LECLAIR, Jean. Judicial review in canadian constitutional law: A Brief Overview. *The George Washington International Law Review*, v. 36, n. 3, p. 543-555, 2004.

\_\_\_\_\_. Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien. *Revue du Barreau du Québec*, no. esp., p. 377-420, 2003.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Jurisdição constitucional: um problema da teoria da democracia política. In: *Teoria da Constituição*. Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 199-255.

LIMONGI, Fernando. A Democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. *Novos Estudos*: Cebrap, p. 17-41, 2006.

LIPKIN, Robert Justin. We are all judicial activists now. *Univeristy of Cincinnati Law Review*, v. 77, 2008, p. 181-232

\_\_\_\_\_. What's wrong with judicial supremacy ? What's right about judicial review ? *Widener Law Review*, v. 14, p. 1-51, 2008.

\_\_\_\_\_. Wich Constitution ? Who decides ? The problem of judicial supremacy and the interbranch solution. *Cardozo Law Review*, v. 28, n.3, p. 1056-1132, 2006.

LIU, Goodwin. Education, equality, and national Citizenship. *Yale Law Journal*, v. 116, p. 330-411, 2006.

LOUREIRO FILHO, Mário Hermes Trigo de. *Alteração de competência tributária e reforma constitucional: o ICMS na importação de bens e a EC 33/01*. Dissertação (Mestrado em Direito) Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

LUTZ, Donald. Toward a theory of constitutional amendment. IN: Levinson, Stanford. (org.). *Responding to Imperfetion - The theory and practice of constitutional amendment*. Princeton: Princeton University Press, 1995.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Algumas considerações sobre a emenda constitucional n. XIV e as minorias nos Estados Unidos. *Revista de Informação Legislativa*, n. 160, p. 7-28, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. A Progressividade do IPTU e a EC 29. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 81, p. 56-79, 2002.

MANNING, John F.. The eleventh amendment and the reading of precise constitutional texts. *Yale Law Journal*, v. 113, n. 8, p. 1663-1750, 2004.

MARINS, Leonardo Vieira. Interpretação constitucional e desenho institucional. A jurisdição constitucional entre o ativismo e a autocontenção. *Revista de Direito Estado*, n. 12, 2008, p. 143-179.

MARTINS, Bruno Sá Freire. A eficácia temporal e a inconstitucionalidade da lei n. 11.301/2006. *Revista de Previdência Social*, v.30, nº 308, p. 469-473, 2006.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, vol. 6, 1990.

MCCONNELL, Michael W.. Religious freedom, separation of powers, and the reversal of roles. *Brigham Young University Law Review*, p. 611-616, 2001.

MELO, José Eduardo Soares de. IPTU – A função social da propriedade e a progressividade das alíquotas. *Revista Dialética de Direito Tributário*, no. 1, p. 41-56, 1995.

MELO, Marcus André. *Reformas constitucionais no Brasil: instituições políticas e processo decisório*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MENDES, Conrado Hubner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política)-Departamento de Ciência

Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo.

MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. Estudos de direito constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

MICHAELS, Jon D. To promote the general welfare: the republican imperative to enhance citizenship welfare rights. *Yale Law Journal*, v. 111, n. 6, p. 1457-1498, 2002.

MILLER, Mark C.. The view of the courts from the Hill: a neoinstitutional perspective. In: *Making policy, making law: an interbranch perspective*. MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb. (ed.). Washington, D.C.: Georgetown University Press, 2004, p. 53-71.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Doutrina e prática das taxas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

MORAES FILHO, José Filomeno de. Separação de poderes no Brasil pós-88: princípio constitucional e práxis política. In: *Teoria da Constituição*. Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 152-197.

MOISÉIS, José Álvaro. Cultura política, instituições e democracia. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 23, n. 66, 2008, p. 11-43.

MORGADO, Cíntia Guimarães. *Correção legislativa no sistema de freios e contrapesos*. In: XXXIII Congresso Nacional de Procuradores de Estado, 2007.

MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *O Mito da propriedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NASCIMENTO, Paulo Nelson Lemos Basto. ICMS – importação de bens para uso

próprio e a emenda constitucional no. 33/01. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 86, p. 103-110, 2002.

NASCIMENTO, Rogério Soares do. A Ética do discurso como justificação dos direitos fundamentais na obra de Jürgen Habermas. In: Torres, Ricardo Lobo. (org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 451-498.

NEVES, Marcelo. *Entre têmis e leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NEWSOM, Kevin Christopher. *Setting incorporationism straight: a reinterpretation of the Slaughter-House cases*. *Yale Law Journal*, v. 109, n. 4, 2000.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. A chamada contribuição de iluminação pública (emenda constitucional no. 39 de 2003). *Revista de Direito Administrativo*, n. 233, p. 295-310, 2003.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais, federalismo fiscal e emendas constitucionais tributárias. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 29, p. 222-232 2006.

\_\_\_\_\_. *Direito tributário e meio ambiente: proporcionalidade, tipicidade aberta e afetação de receita*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PICKERILL, J. Mitchell. *Constitutional deliberation in congress*. Duke: Duke University Press, 2004.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 95, p. 100-108, 2003.

PIRES, Thiago Magalhães. Crônicas do subdesenvolvimento: jurisdição constitucional e democracia no Brasil. *Revista de Direito do Estado*, n. 12, p. 181-205.

POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. *Doxa*, n. 21, p. 339-353, 1998.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. Conceitos indeterminados, discricionariedade e tributação. In: *Temas de Direito Constitucional Tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 105-127.

\_\_\_\_\_. A Constitucionalização do direito tributário. In: *Temas de Direito Constitucional Tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1-23.

\_\_\_\_\_. O Princípio da capacidade contributiva. In: *Temas de Direito Constitucional Tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 203-234.

ROMOND, Russel F. Income, taxes and the Constitution: why the D.C. circuit court of appeals got it right in Murphy. *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, New York, n. 12, 2007.

SAMPAIO, Marco Aurélio. Medida provisória, diálogo constitucional e a falácia de usurpação de poderes legislativos pelo executivo. *Revista de Direito do Estado*, n. 4, p. 107-139, 2006.

SANCHÍS, Luis Pietro. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2000.

\_\_\_\_\_. El Constitucionalismo de los derechos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 71, p. 47-72, 2004.

SANTOS, Rogério Dutra dos. Francisco Campos e os fundamentos do constitucionalismo antiliberal no Brasil. *Dados: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 281-323, 2007.

SARLET, Ingo. A problemática dos direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da constituição. In: Sarlet, Ingo.(org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e justiça social, In: *Livres e Iguais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 3-31, 2006.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

\_\_\_\_\_. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: *Vinte anos da Constituição de 1988*. SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBJOIN, Gustavo. (org.). Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p. 311-322.

\_\_\_\_\_. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, n.9, 2009, p. 95-131.

\_\_\_\_\_. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: *Livre e Iguais*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 167-205, 2006.

SCHACTER, Jane S.. Political accountability, proxy accountability, and the democratic legitimacy of legislatures. In: *The least examined branch: the role of legislatures in the constitutional state*. BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi. (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 45-75.

SCHAUER, Frederick; ALEXANDER, Larry. On extrajudicial constitutional interpretation. *Harvard Law Review*, v. 110, p. 1359-1387, 1997.

\_\_\_\_\_. Defending judicial supremacy: a reply. *Constitiucional Commentary*, v. 17, n.3, p. 455-482, 2000.

SCHAUER, Frederick. Legislatures as rule-folloers. In: *The least examined branch: the role of legislatures in the constitutional state*. BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi. (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, p. 468-479, 2006.

\_\_\_\_\_. Judicial supremacy and the modest Constitution. *California Law Review*, v. 92, p. 1045-1067, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. A Fossilised constitution ? *Ratio Juris*, v. 17, no. 4, p. 454-473, 2004.

SILVA, Paulo Sérgio. *A Constituição brasileira de 10 de novembro de 1937*. São Paulo: UNESP, 2008.

SOARES, Guilherme. *Os Direitos, os juízes e o povo: a cláusula pétrea dos direitos e garantias individuais e o controle judicial de constitucionalidade das emendas à Constituição de 1988*. 2006. Tese (Doutorado em Direito)-Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Teoria da Constituição, democracia e igualdade. In: *Teoria da Constituição*. Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 1-73.

\_\_\_\_\_. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. Verticalização, cláusula de barreira e pluralismo político: uma crítica consequencialista à decisão do STF na ADIN 3685. *Interesse Público*, n. 37, 2006, p. 69-94.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. In: *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 709-741.

STAUDT, Nancy C. The hidden costs of the progressivity debate. *Vanderbilt Law Review*, v. 50, n. 4, p. 919-991, 1997.

STAUDT, Nancy C.; LINDSTÄDT, René; O'CONNOR, Jason. Judicial decisions as legislation: congressional oversight of Supreme Court tax cases, 1954-2005. *New York University Law Review*, v. 82, p. 1340-1402.

STOB, Paul. Chisholm vs. Geórgia and the question of the judiciary in the early republic. *Argumentation and Advocacy*, n. 42, p. 127-142, 2006.

SOUZA, Celina. Regras e contexto: as reformas da Constituição de 1988. *Dados: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, 2008, p. 791-823.

SOUZA, Márcia Teixeira de. O Processo decisório na constituição de 1988: práticas institucionais. *Lua Nova*, n. 58, p. 37-59, 2003.

SUNSTEIN, Cass. *One case at a time*. Judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Michigan Law Review*, vol. 101, p. 885/951, 2003.

TAVARES, André Ramos. *Perplexidades do novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro*. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 11, 2007. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 dez. 2007.

TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, v. 50, 2007, p. 229-257.

TAYLOR, Matthew M.; ROS, Luciano da. Os Partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 825/864, 2008.

TEIXEIRA, Ayrton de Mendonça. IPTU e progressividade. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 80, p. 20-23, 2002.

TIPKE, Klaus; Yamashita, Douglas. *Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. Curso de direito financeiro e tributário. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. Legalidade tributária e riscos sociais. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 59, p. 95-112, 2000.

\_\_\_\_\_. A integração entre a lei e a jurisprudência em matéria tributária. *Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, n.3, p. 7-20,1993.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TREANOR, Willian Michael. Judicial review before Marbury. *Stanford Law Review* , v. 58, n. 2, p. 455-562, 2005.

TROY, Patrick J.. No place to call home: a current perspective on the troubling disenfranchisement of college voters. *Washington University Journal of Law & Poliy*, n. 22, p. 591-617, 2006.

TREMBLAY, Luc B.. The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures. *International Journal of Constitucional Law*, v. 3, n. 4, p. 617-648, 2005.

TWIGHT, Charlotte. Evolution of federal income tax withholding: the machinery of institutional change. *Cato Journal*. Washington, n. 14, p. 359-395, 1995.

TUSHNET, Mark. Alternative forms of judicial review. *Michigan Law Review*, v. 101, n. 9, 2003, p. 2781/2802

\_\_\_\_\_. Interpretation in legislatures and courts: incentives and institutional design. In: *The least examined branch: the role of legislatures in the constitutional state*. BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi. (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 468-479.

\_\_\_\_\_. Non-judicial review. *Harvard Journal of Legislation*, v. 40, 2003, p. 453-492.

\_\_\_\_\_. *Taking the Constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

\_\_\_\_\_. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

- URBINATI, Nadia. O que torna a representação democrática ? *Lua Nova*, n. 67, 2006, p. 191-228.
- VALLE, Vanice Lírio do. Constitucionalismo americano e a incorporação teórica dos *separation of power games*. In: *Teoria da mudança constitucional*. Sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa. Duarte, Fernanda; Vieira, José Ribas. (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 105-153.
- VIANNA, Luís Werneck (org.). A democracia e os três poderes no Brasil. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.
- VERMEULE, Adrian. Introductory essay: political constraints on Supreme Court reform. *Minnesota Law Review*, v. 90, p. 1154-1172, 2006.
- VIEIRA, José Ribas; MASTRODI NETO, Josué; VALLE, Vanice Lírio do. A teoria da mudança no constitucionalismo americano: limites e possibilidades. In: *Teoria da mudança constitucional*. sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa. Duarte, Fernanda; Vieira, José Ribas. (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 1-42.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- \_\_\_\_\_. Supremocracia. *Revista de Direito do Estado*, n.12, 2008, p. 55-75.
- VITA, Álvaro de. Sociedade democrática e democracia política. *Política e Sociedade*, Revista de Sociologia Política, UFSC, n. 11, p. 159-181, 2007.
- WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford Univeristy Press, 2004.
- \_\_\_\_\_. Principles of legislation. In: *The least examined branch: the role of legislatures in the constitutional state*. BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi. (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 15/32.
- \_\_\_\_\_. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, vol. 115, p. 1346-1406, 2006.

WATLINS, JR., William J. Popular sovereignty, judicial supremacy, and the american revolution: why the judiciary cannot be the final arbiter of constitutions. *Duke Journal of Constitutional Law and Public Policy*, v. 1, p. 159-258 2006.

WEBBER, Jeremy. Democracy and contemporary constitutionalism. In: *The Least Examined Branch: the Role of Legislatures in the Constitutional State*. BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi. (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 411-430.

WEISS, Fernando Leme. *Justiça Tributária*. Um enfoque sobre renúncias fiscais, a Reforma Tributária de 2003/2004 e os códigos de defesa dos contribuintes (ES, IT, SP, MG e o projeto brasileiro” ). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

WHITTINGTON, Keith E. *Policital foundations of judicial supremacy: the presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in U. S. History*. Princeton: Princeton University Press, 2007.

WHITTINGTON, Keith E.; DEVINS, Neal; HICKEN, Hutch. The constitution and congressional committees. *The least examined branch: the role of legislatures in the constitutional state*. BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi. (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 396-410.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 5 ed. Madri: Editorial Trota, 2003.