
Para além da declaração de inconstitucionalidade: “*Second look*” e “apelo ao legislador” como técnicas alternativas de resolução de controvérsias constitucionais

Beyond declaration of unconstitutionality: “Second look” and “appeal to the legislature” as alternative techniques of resolution of constitutional issues

Alberto Luiz Hanemann Bastos¹

RESUMO

Este estudo objetiva abordar as doutrinas do “*second look*” e do “apelo ao legislador” – legatárias das tradições norte-americana e alemã –, demonstrando como elas são capazes de fornecer soluções alternativas à decretação da inconstitucionalidade de dispositivos legais pelo Supremo Tribunal Federal. A doutrina jurídica clássica, pautada principalmente nas teorizações de Hans Kelsen, concebeu que o funcionamento das Cortes Constitucionais equivaleria a um “legislador negativo”, cujas funções adstringir-se-iam à anulação de leis incompatíveis com a Constituição. Obtempera-se, contudo, que o exercício reiterado do papel de “legislador negativo” pelos Tribunais, sem a realização de um diálogo prévio com demais instâncias, tem acarretado constantes tensões institucionais entre os Poderes da República. Assim, através do método analítico-bibliográfico, conclui-se que o Direito Constitucional contemporâneo demanda a construção de técnicas decisórias que fomentem o diálogo institucional, ao invés de imposições unilaterais partidas dos Tribunais, como ocorre com o “*second look*” e o “apelo ao legislador”.

Palavras-chave: controle de constitucionalidade; apelo ao legislador; *second look*; cortes constitucionais.

¹ Mestrando em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade Federal do Paraná – UFPR, Curitiba/PR, Brasil. Bacharel em Direito pela mesma instituição. Pós-Graduando em Processo Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Pesquisador do Grupo de Estudos em Trabalho, Economia e Políticas Públicas – TRAEPP. Advogado.

ABSTRACT

This paper aims to analyse the doctrines of “*second look*” and “*appeal to the legislature*” – emerged in the North American and German’s tradition –, describing how they are capable to compose alternative solutions to the declaration of unconstitutionality of legal provisions by Federal Supreme Court. The classic legal doctrine, based mainly in Hans Kelsen’s theories, understood that the role of Constitutional Courts would be equivalent to a “*negative legislator*”, whose functions would be restricted to the annulment of statutes incompatible with the Constitution. It is caveated, however, that the repeated exercise of “*negative legislator’s*” role, without the realization of an previous dialogue with other instances, has led to constant institutional tensions between Republic Powers. Thus, through literature-review, it is concluded that the contemporary Constitutional Law needs construction of decision-making techniques that foster institutional dialogue, rather than unilateral impositions from the Courts, like “*second look*” and “*appeal to the legislature*”.

Keywords: control of constitutionality; appeal to the legislature; second look; constitutional courts.

1. INTRODUÇÃO

Dispositivos legais podem ser acometidos por vícios de diversas ordens. Uma lei pode se mostrar inadequada, por exemplo, porque o parlamento lançou mão de uma prognose científica equivocada para justificar a sua promulgação – basta cogitar que as leis que autorizaram a exploração comercial e industrial do amianto partiram da premissa equivocada de que tal substância não causava prejuízos à saúde.² Uma disposição legal também pode gerar intercorrências hermenêuticas por conta de ambiguidades e imprecisões semânticas em sua redação.³

Não obstante, certamente a inconstitucionalidade se trata do vício mais grave que um dispositivo legal pode estampar. Isso porque, como bem aponta Luís Roberto Barroso, “com a promulgação da Constituição, a soberania popular se converte em soberania constitucional”, motivo pelo qual as regras e os princípios nela consignados ostentam

² Para maiores informações sobre o tema das “*prognoses legislativas*”, ver: SAMPAIO, José Adércio Leite. O Supremo Tribunal Federal e as prognoses do legislador. *Cadernos de Pós-Graduação em Direito-PPGDDir./UFRGS*, v. 15, n. 2, p. 282-304, dez., 2020.

³ GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y argumentar*. Tradução: Silvina Álvarez Medina. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 79-84.

“posição hierárquica superior às demais normas do sistema”.⁴ Um ato legislativo que contraria a Constituição, portanto, vilipêndia os desígnios republicanos e democráticos comungados pela sociedade, devendo ser extirpado do ordenamento jurídico – seja de maneira imediata ou gradual.⁵

Ocorre que o reconhecimento da(s) inconstitucionalidade(s) nem sempre se situa numa “zona de certeza positiva” ou numa “zona de certeza negativa”, dentro das quais não há qualquer resquício de dúvida a respeito da (in)compatibilidade do ato legislativo com a Constituição.⁶ Conforme reconhece a doutrina, o texto constitucional é permeado por cláusulas abertas e termos jurídicos indeterminados,⁷ cujos significados devem ser preenchidos pela atividade do intérprete.⁸ Por esse motivo, não são raras as ocasiões em que a apuração da (in)constitucionalidade de um dispositivo legal dá azo à existência de

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 299.

⁵ Como será minuciado ao longo do texto, os mecanismos de defesa da Constituição não mais se resumem à simples decretação da nulidade do dispositivo tido como inconstitucional, com efeitos *ex tunc*. De fato, inúmeras soluções paralelas têm sido empregadas pelas Cortes para balancear, de um lado, a força normativa da Constituição e, de outro, a segurança jurídica – a título ilustrativo, pode-se mencionar a modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, disposta no art. 28 da Lei 9.868/99. Para uma ampla e aprofundada abordagem deste debate, vale conferir: BRUST, Léo. *Controle de constitucionalidade: a tipologia das decisões do STF*. Curitiba: Juruá, 2014.

⁶ As expressões “zona de certeza positiva” e “zona de certeza negativa” provêm da doutrina de Gustavo Binebojm, como pode ser visto em: BINEBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 220.

⁷ Ao fazer alusão ao direito estadunidense, Mattias Kumm indica que a adjudicação constitucional possui atributos distintos da adjudicação vislumbrada nos demais segmentos do Direito, mormente porque “disposições concernentes à direitos constitucionais tendem a ser comparativamente indeterminadas. Os textos constitucionais são mais propensos a incluir invocações gerais de liberdade, igualdade, devido processo legal, liberdade de expressão, dentre outras. Isso os deixa mais abertos à interpretação judicial do que a maioria dos diplomas legais, regulamentos administrativos e resoluções” (KUMM, Mattias. *Constitutional rights as principles: on the structure and domain of constitutional justice*. *Journal of Constitutional Law*, v. 2, n. 3, p. 574-596, jul., 2004, p. 574, *tradução livre*).

⁸ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 158-161.

desacordos hermenêuticos razoáveis, nos quais o Judiciário e o Parlamento projetam soluções diversas para uma mesma controvérsia constitucional.⁹

Nesse panorama, a clássica tensão entre *constitucionalismo* e *democracia* vem à tona. De um lado, os cânones democráticos sugerem que o povo deve ter uma participação ativa no processo de tomada de decisões políticas, ao passo que, de outro, o constitucionalismo propõe que as instituições devem limitar a soberania popular para resguardar os valores que legitimam o Estado Democrático de Direito e os direitos fundamentais.¹⁰ O Legislativo, ao promulgar leis por meio de um diálogo coordenado entre os representantes da população, tende a encandear os valores ligados à democracia, enquanto o Judiciário, ao ceifar as decisões encampadas pelos parlamentares, tendem a realçar os valores ligados ao constitucionalismo.

Numa singela tentativa de equilibrar as variáveis da autoridade judicial e da autonomia legislativa, o presente estudo se debruçará sobre os institutos do “*second look*” e do “apelo ao legislador”, legatários do direito norte-americano e da experiência da Corte Constitucional da Alemanha, respectivamente. Demonstrar-se-á que essas duas doutrinas fornecem técnicas decisórias que permitem que Cortes Constitucionais sinalizem ao Poder Legislativo quais vícios devem ser sanados em um diploma legal, ao mesmo tempo que conferem aos parlamentares uma margem de manobra para que possam retificar a inconstitucionalidade de maneira autônoma e independente.

Para tanto, valendo-se do método analítico-bibliográfico, o presente trabalho se subdividirá em três etapas. Na primeira delas, serão expostos os contornos do controle de constitucionalidade clássico premeditado por Hans Kelsen, o qual preconizava que as Cortes

⁹ TUSHNET, Mark. Alternative Forms of Judicial Review. *Michigan Law Review*, v. 101, n. 8, p. 2.781-2.802, 2003, p. 2.801.

¹⁰ Para um amplo debate sobre o tema, ver: CHUERL, Vera Karam; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e democracia – soberania e poder constituinte. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 159-176, jan./jun., 2010.

Supremas exerciam papel semelhante ao de um “legislador negativo” que se limitava a anular leis incompatíveis com a Constituição; na sequência, indicar-se-á que, embora tenha sido incorporado a inúmeros ordenamentos jurídicos, o modelo de jurisdição constitucional engendrado por Kelsen foi intensamente criticado pela doutrina, sobretudo porque cria um ambiente propício para a emergência de tensões institucionais. Partindo das intercorrências geradas pelo modelo de Kelsen, a segunda etapa do trabalho apresentará os modelos do “*second look*” e do “apelo ao legislador” como mecanismos decisórios alternativos à declaração judicial de inconstitucionalidade, nos quais tanto a autoridade das Cortes quanto a autonomia do Legislativo são preservados. Por fim, na terceira etapa, serão expostas as considerações finais do estudo.

2. A CONSTRUÇÃO DA ARQUITETURA DECISÓRIA DAS CORTES CONSTITUCIONAIS: DOS “LEGISLADORES NEGATIVOS” ÀS TENSÕES INSTITUCIONAIS

A Constituição se trata do alicerce sobre o qual se apoiam todas as leis e regulamentos emanados pelos Poderes da República. Todo e qualquer diploma jurídico, independentemente da posição ocupada na “pirâmide normativa”,¹¹ tem por objetivo mediato ou imediato concretizar os desígnios plasmados na Constituição. Conforme sintetizado na doutrina de Eros Roberto Grau, “a interpretação de qualquer texto de direito impõe sempre ao intérprete, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se

¹¹ Neste particular, faz-se alusão à teoria de Hans Kelsen, segundo o qual toda a norma que compõe o ordenamento jurídico está calcada na existência de uma norma superior e, por sua vez, serve de substrato para a instituição de uma norma inferior – o que constituiria uma espécie de pirâmide, em cujo topo residiria a Constituição. A comparação da dinâmica do ordenamento jurídico à estrutura de uma pirâmide, contudo, não provém da teoria de Hans Kelsen, mas sim de seu discípulo Adolf Merkl, conforme esclarecido por: GONZÁLEZ, José Calvo. *Direito curvo*. Tradução: André Karam Trindade, Luis Rosenfield e Dino del Pino. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. E-book Kindle, posição 341-352.

projeta a partir dele – do texto – até a Constituição”.¹²

A mera instituição formal de uma Constituição, por si só, não é capaz de lhe dar força normativa. Mais do que inspirar uma “vontade de Constituição” perante a população,¹³ é necessário que se construa instituições capazes de defender e reafirmar a autoridade da Constituição em face de atos que intentem violá-la. Em outros termos, faz-se necessária a criação de “um órgão da Constituição, chamado a defendê-la e aplicá-la, nos casos em que surgem controvérsias de Direito Constitucional”.¹⁴

Neste sentido, inúmeras foram as instituições apontadas para ocupar o posto de “guardião da Constituição”.¹⁵ Não obstante, a doutrina de Hans Kelsen certamente foi aquela que desempenhou um dos papéis mais proeminentes na estruturação dos modelos de jurisdição constitucional – incluindo o brasileiro.

De acordo com o jurista austríaco, a instância mais idônea para verificar a (in)compatibilidade dos atos legislativos com a Constituição se trata do Poder Judiciário, mormente em razão de seu distanciamento da esfera política, da ausência de vinculação a compromissos eleitorais e de sua imparcialidade em relação ao processo de criação das leis.

¹² GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. Op. cit., p. 86.

¹³ Trata-se da conhecida teoria de Konrad Hesse, sobre a necessidade de se despertar uma “consciência geral” de defesa da Constituição, uma “vontade de Constituição”: HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 19-20.

¹⁴ BARACHO, José Alfredo. Teoria geral do Processo Constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 90, p. 69-169, 2004, p. 145.

¹⁵ Certamente, a polêmica mais conhecida sobre este assunto foi a travada entre Carl Schmitt e Hans Kelsen: enquanto o primeiro afirmava que o chefe do Poder Executivo deveria ser o responsável pela defesa dos desígnios políticos premeditados pelo constituinte, o segundo propôs que tal encargo deveria ser outorgado às instâncias ligadas ao Poder Judiciário. Para maiores informações: BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Controle concentrado de constitucionalidade: o “Guardião da Constituição” no embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 164, p. 87-104, out./dez., 2004. Do mesmo modo: FURLAN, Fabiano Ferreira. O guardião da Constituição: debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, n. 11, p. 127-146, jan./mar., 2010.

Nas palavras de Kelsen:

[...] caso se deva mesmo criar uma instituição através da qual seja controlada a conformidade à Constituição de certos atos do Estado – particularmente do Parlamento e do governo – tal controle não deve ser confiado a um dos órgãos cujos atos devem ser controlados. A função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder. Garantia da Constituição significa a segurança de que tais limites não serão ultrapassados. Se algo indubitável é que nenhuma instância é tão pouco idônea para tal função quanto justamente aquela a quem a Constituição confia – na totalidade ou em parte – o exercício do poder e que, portanto, possui, primordialmente, a oportunidade jurídica e o estímulo política para vulnerá-la. Lembre-se que nenhum outro princípio técnico jurídico é tão unânime quanto este: ninguém pode ser juiz em causa própria.¹⁶

As Cortes Constitucionais, estatuídas na cúpula do sistema judiciário, seriam as instâncias detentoras da prerrogativa de apurar a (in)constitucionalidade das disposições legais, bem como dos “decretos com força de lei”.¹⁷ Além disso, Kelsen explica que os mecanismos decisórios por elas aplicados são “absolutamente determinados pela Constituição”, consistindo na atividade do “legislador negativo”.¹⁸ Diferentemente do que ocorre com o Legislativo, as Cortes Constitucionais não possuiriam legitimidade para *innovar* o ordenamento jurídico, motivo pelo qual o escopo das suas atividades adstringir-se-ia à anulação das leis reputadas inconstitucionais. Segundo aponta Kelsen, o Tribunal Constitucional:

[...] ao aplicar a Constituição a um suporte fático de produção legislativa, obtendo assim uma anulação da lei inconstitucional, não produz, mas elimina uma norma geral, instituindo assim o *actus contrarius* correspondente à produção jurídica, ou seja, atuando [...] como *legislador negativo*.¹⁹

¹⁶ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução: Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 240.

¹⁷ *Ibidem*, p. 155-164.

¹⁸ *Ibidem*, p. 153.

¹⁹ *Ibidem*, p. 263.

Em certa medida, Hans Kelsen premeditou uma arquitetura decisória bastante rígida para os Tribunais Constitucionais: competiria a eles se debruçar sobre a disposição engendrada pelo legislador e, tão-somente, promover a sua invalidação caso constatado algum tipo de incongruência com a Constituição. A sua tarefa consiste, portanto, na simples decretação da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da lei: caso o dispositivo legal seja reputado compatível com a Constituição, o Tribunal ratifica a sua vigência; porém, se o dispositivo legal estampar conteúdo contrário aos propósitos do constituinte, compete ao Tribunal ceifar a sua validade. Na visão de Kelsen, a Corte Constitucional não poderia adotar qualquer medida que ultrapassasse a *invalidação* do ato legislativo.²⁰

Em que pese a indiscutível relevância da doutrina kelseniana, uma das principais críticas endereçadas à arquitetura decisória por ela construída concerne à exaltação da supremacia judicial. Ao indicar que as Cortes detêm a prerrogativa inelutável de extirpar atos legislativos, Kelsen dá azo à ideia de que o Judiciário seria a instância detentora da “última palavra” sobre o significado da Constituição.²¹

Todavia, legar exclusivamente às Cortes o papel de resolver controvérsias constitucionais é uma solução que carece de legitimidade democrática, eis que exclui parcela significativa da população de importantes debates ligados à sua vivência política. Nessa linha, autores como Cass Sunstein e Mark Tushnet têm diagnosticado um desequilíbrio do

²⁰ Como bem assinala Edilson Pereira Nobre Júnior, “tributa-se a Kelsen a afirmação de que o Tribunal Constitucional, no desempenho de sua missão de garante do cumprimento da Lei Fundamental, não poderia ir além da invalidação da norma que a esta se contrapõe. De fato, ao tentar justificar a legitimidade da jurisdição constitucional perante a independência dos órgãos de produção normativa, o mestre austríaco alvitra distinção entre a elaboração e a anulação de leis, limitando-se a esta o alcance da competência do Tribunal Constitucional” (NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 43, n. 170, p. 111-141, abr./jun., 2006, p. 112).

²¹ Uma aprofundada análise das teorias ligadas à ascensão e às críticas à supremacia judicial podem ser localizadas no seguinte escrito: GODOY, Guilherme Gualano de. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 82-104.

papel desempenhado pelos Tribunais em relação à função desempenhada pelo parlamento.²² Gradativamente, o Judiciário assumiu uma proeminência no papel de resolver controvérsias constitucionais, enquanto o povo e o Legislativo tornaram-se condescendentes com este sistema, introjetando uma espécie de crença de que este tipo de função estaria fora de sua alçada.²³

Numa dinâmica desse jaez, porém, os cânones que animam o Estado Democrático de Direito tendem a ser solapados, pois, como bem aquilata Miguel de Gualano Godoy:

O sentido da Constituição deve ser construído e definido coletivamente entre o povo e as instituições de sua sociedade. Dessa forma, é certo que o Poder Judiciário tem um papel fundamental na definição da interpretação constitucional e da aplicação da constituição, mas a efetivação da constituição não pode viver apenas da interpretação que os juízes e as cortes constitucionais fazem dela. Ao contrário, a constituição só pode ser plenamente realizada pela política democrática. O Estado Constitucional foi conquistado no combate à falta do Estado de Direito. Esse combate segue com a democracia, que deve ser cumprida diariamente na efetivação dos direitos fundamentais, pois ela, juntamente com a soberania popular, pressupõe a titularidade da poder do Estado, o qual, em última análise, reside no povo. Por isso, a democracia não pode, e nem deve, ser compreendida como mera técnica jurídica ou de representação, mas sim, como pressuposto, experimentação, substância e pauta para a toda atuação política e jurídica.²⁴

Além disso, a arquitetura decisória clássica das Cortes Constitucionais, cuja atuação está adstrita ao papel do “legislador negativo”, tende a gerar um ambiente propício para a

²² Para uma síntese das teorizações de Cass Sunstein, ver: ZIEGLER, Joci Antonia; GAUER, Lessandra Bertolazi. Minimalismo judicial na visão de Cass Sunstein: uma alternativa para a concretização da democracia. *Arquivo Jurídico: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí, Teresina*, v. 3, n. 2, p. 94-111, jul./dez., 2017. Ao seu turno, Tushnet sintetiza posições doutrinárias refratárias à supremacia judicial no seguinte escrito: TUSHNET, Mark. *Against Judicial Review. Harvard Public Law and Legal Theory Working Papers Series*, n. 09-20, 2009.

²³ Num panorama geral, essa é a crítica da qual partem os adeptos da corrente teórica do “constitucionalismo popular” (“*popular constitutionalism*”). Para uma abordagem bastante elucidativa do tema: DONELLY, Tom. Making popular constitutionalism work. *Wisconsin Law Review*, v. 2012, n. 1, p. 160-194, 2012, p. 168-170.

²⁴ GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Op. cit., p. 110-111.

emergência de tensões institucionais. Não raro, a simples invalidação de atos legislativos, ao invés de resolver o problema constitucional perscrutado pela Corte, tende a agravá-lo exponencialmente, na medida em que os demais Poderes da República, não raso, sentem-se compelidos a exercer as suas competências no sentido de minar a efetividade do comando jurisdicional.

Exemplo claro deste panorama pode ser visualizado nos fenômenos que Carlos Blanco de Moraes alcunhou de *tensões institucionais de intensidade elevada*, as quais consistem nos “enfrentamentos entre a Justiça Constitucional e outros poderes estatais que se traduzem ou num ‘braço de ferro’ sobre quem tem a última palavra, compreendendo o *overruling* de sentenças por emendas constitucionais em ambientes por vezes crispado”.²⁵

Traçando uma descrição de casos de *tensões institucionais elevadas*, o autor cita o famigerado exemplo do “caso da Vaquejada”, substanciado na ADI nº 4.983/CE.²⁶ O referido litígio se debruçava sobre a (in)constitucionalidade da Lei Estadual 15.299/13, cujo teor autorizava a realização da “Vaquejada” (atividade na qual dois indivíduos montados a cavalo têm por objetivo derrubar um boi, puxando-o pela cauda). Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a Lei 15.299/13 estava eivada de inconstitucionalidade, sob o fundamento de que infringia a cláusula de vedação do tratamento cruel de animais, disposta no art. 225, inciso VII, da Constituição. Ocorre que, logo após o julgamento da ADI nº 4.983/CE, o parlamento rechaçou o provimento do Supremo Tribunal Federal, acoplando ao art. 225 da Constituição um § 7º, cuja redação passou a disciplinar que “não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, [...] registradas como bem de natureza imaterial do patrimônio cultural brasileiro”.

Em análise ao “caso da Vaquejada”, Vera Karam de Chueiri e José Arthur Castillo de

²⁵ MORAIS, Carlos Blanco. A justiça constitucional e as suas relações de tensão com os demais Poderes do Estado. In: MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang (coords.). *Processo constitucional*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 173.

²⁶ *Ibidem*, p. 174.

Macedo destacam que a decretação da inconstitucionalidade da Lei 15.299/13 ocorreu à revelia de um diálogo com o parlamento e com os segmentos sociais interessados na controvérsia,²⁷ sendo lícito concluir que a tensão institucional entre Judiciário e Legislativo decorreu da inexistência de uma intermediação do posicionamento do Supremo Tribunal Federal com o posicionamento da sociedade civil (e dos seus respectivos representantes parlamentares) a respeito do tema.

De igual parte, o caso da ADPF nº 153 do STF – concernente à avaliação da não-recepção da “Lei de Anistia” da ditadura militar pela Constituição de 1988 – também gerou embates entre o Legislativo e o Supremo Tribunal Federal. A Corte Constitucional julgou a ADPF improcedente, de modo a rechaçar o pedido de invalidação do referido diploma legal. O posicionamento gerou uma forte reação do Legislativo que, após a divulgação do ocorrido, exarou o Projeto de Lei nº 7.376 (que culminou na publicação da Lei 12.528/11), responsável por instaurar Comissão Nacional da Verdade destinada à investigação e esclarecimento das graves violações a direitos humanos perpetradas durante o período da ditadura militar.²⁸

Tanto no “caso da Vaquejada”, quanto na avaliação da não-recepção da “Lei de Anistia”, vê-se que o simples reconhecimento da (in)constitucionalidade das disposições legais inquinadas, ao invés de solver a controvérsia constitucional submetida à jurisdição, deu início a uma espécie de “braço de ferro sobre quem dispõe da última palavra”.²⁹ Embora abalizada doutrina aponte diversos efeitos positivos no *backlash* e nas tensões institucionais,³⁰

²⁷ CHUEIRI, Vera Karam; MACEDO, José Arthur Castillo de. Teorias Constitucionais Progressistas, *Backlash* e Vaquejada. *Seqüência*, Florianópolis, n. 80, p. 123-150, dez., 2018, p. 144.

²⁸ KOZICKI, Katya. *Backlash: as “Reações Contrárias” à Decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153*. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de; SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; PAIXÃO, Cristiano; FONSECA, Livia Gimenes Dias da; RAMPIN, Talita Tatiana Dias (orgs.). *O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina*. Brasília: UnB, 2015, v. 7.

²⁹ MORAIS, Carlos Blanco. A justiça constitucional e as suas relações de tensão com os demais Poderes do Estado. Op. cit., p. 174.

³⁰ A título ilustrativo: POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, v. 42, p. 373-433, 2007.

é certo que tais incidentes também despertam uma séria de atribuições, a exemplo da insegurança jurídica e do fomento às tentativas de diminuição do capital político do Supremo Tribunal Federal.

Dessa maneira, são profícuas meditações que se prestem a erguer uma arquitetura decisória que vise a inibir *tensões* institucionais e, em contrapartida, estimular *diálogos* institucionais.³¹ Entende-se que as Cortes Constitucionais poderiam atingir tal resultado através da prolação de “decisões intermediárias”,³² que forneçam soluções alternativas ao simples reconhecimento da (in)constitucionalidade do dispositivo legal questionado.

Ao invés de se limitarem a ceifar a validade da lei submetida ao crivo da jurisdição, o controle concentrado de constitucionalidade pode servir como um processo que dá início a um amplo diálogo social sobre questões políticas relevantes para a comunidade, conclamando o povo e os representantes do parlamento ao debate.³³ Os institutos do “*second look*” e do “*apelo ao legislador*”, a seguir expostos, prestam-se a este desiderato.

³¹ Decerto, a doutrina controverte sobre o conceito de “diálogo institucional”, bem como sobre os requisitos que devem permeá-lo. Para os propósitos do presente estudo, entende-se por diálogo institucional as interações travadas entre o Judiciário e demais instâncias públicas (p.ex., Legislativo, Executivo, autarquias, fundações públicas) que possuem o objetivo de solucionar de maneira conjunta um problema diagnosticado pelo Tribunal. A existência de um diálogo legítimo pressupõe que todos os envolvidos estejam imbuídos de um intuito cooperativo, cômico dos limites e das possibilidades de suas respectivas capacidades institucionais. Para maiores informações sobre o tema, ver: MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

³² O termo provém do seguinte escrito: SAMPAIO, José Adércio Leite. *As sentenças intermediárias e o mito do legislador negativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 159.

³³ Esta sugestão é vaticinada por Rosalind Dixon, mais especificamente no seguinte escrito: DIXON, Rosalind. The forms, functions and varieties of weak(ened) judicial review. *International Journal of Constitutional Law*, v. 17, n. 3, p. 904-930, 2019, p. 929.

3. A (RE)CONSTRUÇÃO DA ARQUITETURA DECISÓRIA DAS CORTES CONSTITUCIONAIS: DA DEFERÊNCIA AO PARLAMENTO AOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

Na acepção clássica de Hans Kelsen, as Cortes Constitucionais adjudicavam controvérsias constitucionais de uma forma binária. O dispositivo submetido ao crivo do Tribunal era tido como inconstitucional e inteiramente anulado ou, alternativamente, o dispositivo era considerado constitucional e a sua validade era ratificada. A arquitetura decisória carecia de soluções intermediárias: a total extirpação do ato legislativo consistia no único mecanismo disponível para os Tribunais lidarem com o vício da inconstitucionalidade.³⁴

Todavia, viu-se que a anulação do ato legislativo de modo *ex tunc*, quando não precedida de um diálogo com a população e os seus representantes no parlamento, tende a contrariar os valores que encandeiam a democracia e a gerar episódios de tensão institucional.

Neste particular, faz-se necessário apostar em métodos de trabalho alternativos à declaração judicial da inconstitucionalidade, de modo que as Cortes deixem de ser visualizadas como *protagonistas* da resolução de controvérsias constitucionais e passem a ser encaradas como *modeladoras* e *facilitadoras* do diálogo institucional, a partir do qual emergirá a solução da controvérsia que é submetida ao seu crivo. Essa perspectiva de reforço ao diálogo institucional é bem delineada pela doutrina de Barry Friedman:

Cortes desempenham dois papéis no diálogo: o papel de orador e o papel de modelador ou facilitador. [...]

O papel das cortes no diálogo sobre o significado da Constituição é altamente interativo. As cortes agem como intermediárias no diálogo, sintetizando as visões da sociedade e, então, oferecendo uma síntese para a sociedade para posterior discussão.

³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1.043-1.046.

As cortes servem como um parceiro de tênis da sociedade, sempre arremessando a bola de volta.³⁵

Postula o jurista que, ao fim e ao cabo, a principal incumbência a ser desempenhada pelas Cortes nos conflitos constitucionais é a de incitar as demais instituições públicas e a sociedade a construírem conjuntamente uma solução para a cizânia.³⁶ Cabe às Cortes Constitucionais sintetizar as diversas visões da sociedade sobre o tema em debate; depurar estas visões, a fim de verificar qual delas se mostra compatível com os preceitos jurídicos vigentes; catalisar o debate perante as instituições públicas; dar voz e corpo ao diálogo com as diversas instâncias sociais afetadas; e, por fim, moderar a estimular o debate entre os múltiplos segmentos da sociedade.³⁷

Evidentemente, certas controvérsias constitucionais, nas quais o dispositivo legal inquinado estampa latente incongruência com a Constituição, comportarão a declaração judicial de inconstitucionalidade e a anulação integral da norma jurídica diretamente pelo Tribunal – como mencionado alhures, alguns casos se inserem numa espécie de “zona de certeza positiva” ou numa “zona de certeza negativa” a respeito da (in)constitucionalidade do diploma legal impugnado.³⁸ Entretanto, quando a controvérsia constitucional possui caráter nebuloso, contemplando argumentos razoáveis tanto a favor quanto contra a anulação da disposição legal, o debate deve ser estimulado, a fim de evitar que os Tribunais

³⁵ FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. *Michigan Law Review*, n. 91, v. 4, p. 577-682, fev., 1993, p. 668-669, *tradução livre*.

³⁶ “[...] ao decidir enfrentar uma questão por conta própria ou ao passá-la para outros decisores, as cortes podem incitar outras instituições a falar. Então, a Suprema Corte frequentemente atribui tal incumbência ao Congresso, mesmo nos casos em que o Congresso pode não ter tido a intenção de fazê-lo, ‘passando a bola’ para o crivo do Congresso. Com efeito, às vezes a corte pede para outros atores falarem” (Ibidem, p. 670, *tradução livre*).

³⁷ Ao mencionar tais tarefas, Barry Friedman emprega os termos “*synthesize*”, “*focus the debate*”, “*catalyst*”, “*shape the debate*”, “*give voice and body*” e “*moderate and tend the debate*”. Nesse sentido: Ibidem, p. 669-670.

³⁸ Como já exposto, as expressões “zona de certeza positiva” e “zona de certeza negativa” provêm do seguinte escrito: BINEBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo*. Op. cit., p. 220.

inviabilizem a participação do povo e das instituições políticas no processo de tomada de decisões sobre os rumos da nação. Em casos deste jaez, as Cortes não devem se valer de declarações de “tudo-ou-nada” (“*all-or-nothing*”) sobre a (in)constitucionalidade, mas sim de declarações “geradoras de diálogo” (“*dialogue-generating*”).³⁹

E esta é justamente a proposta dos institutos do “apelo ao legislador” e do “*second look*”: ao invés de decretarem a (in)constitucionalidade e a (in)validade da lei *sub judice*, os Tribunais são estimulados a dar início a um diálogo com o Legislativo sobre a (in)viabilidade jurídica do ato exarado pelo parlamento.

O “apelo ao legislador” é uma figura decisória legatária da experiência jurisprudencial da Alemanha, utilizada em episódios nos quais o Tribunal Constitucional alemão deixou de decretar a invalidade da norma impugnada, porém emitiu alerta ao Poder Legislativo no sentido de que a disposição legal poderia ser anulada em momento futuro, caso provocado a tanto.⁴⁰ Segundo a doutrina de Gilmar Ferreira Mendes, o apelo ao legislador se trata de uma sentença constitucional que compreende duas etapas: num primeiro momento, a Corte emite uma declaração de *rejeição da inconstitucionalidade* da norma submetida ao seu escrutínio, ressaltando que, até o momento presente, a disposição adscrita na lei está em consonância com a Constituição; num segundo momento, porém, a Corte envia uma admoestação ao legislador, exortando-o a modificar a norma legal vigente, tendo em vista

³⁹ A alusão à substituição do paradigma das declarações de “tudo-ou-nada” para o das declarações “geradoras de diálogo” provém da doutrina de Dan T. Coenen, como pode ser visto em: COENEN, Dan T. A Constitution of Collaboration: Protecting Fundamental Values with Second-Look Rules of Interbranch Dialogue. *William & Mary Law Review*, v. 42, n. 5, p. 1.575-1.870, maio, 2001, p. 1.590.

⁴⁰ “A expressão ‘*Appellentscheidung*’ [apelo ao legislador] foi utilizada, porém, pela primeira vez, no conhecido escrito de Rupp v. Brünneck, de 1970, no qual a antiga juíza da Corte Constitucional defendeu a pronúncia, em determinados casos, da sentença de rejeição da inconstitucionalidade vinculada a uma conclamação ao legislador para que empreendesse as medidas corretivas necessárias” (MENDES, Gilmar Ferreira. O apelo ao legislador – *appellentscheidung* – na práxis da Corte Constitucional Federal alemã. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 188, p. 36-63, abr./jun., 1992, p. 43).

que, em um futuro próximo, ela se tornará inconstitucional.⁴¹ Portanto, na visão de Gilmar Mendes, o “apelo ao legislador” é um tipo de decisão aplicável às situações em que há uma “constatação desse incompleto processo de inconstitucionalização”, competindo ao Tribunal “ressaltar, nas chamadas ‘situações ainda constitucionais’, as deficiências da norma impugnada e a necessidade de sua substituição, derrogação ou complementação”.⁴²

De outra banda, o jurista Léo Brust, ao enunciar uma “tipologia” das decisões constitucionais do Supremo Tribunal Federal, compreende o “apelo ao legislador” de uma maneira mais ampla. Para o autor, a categoria das “sentenças apelativas” englobaria tanto as decisões de rejeição da inconstitucionalidade do dispositivo legal, quanto as decisões de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, visto que, a despeito do mérito discrepante, ambas teriam o mesmo efeito de afastar a invalidação da norma e, por conseguinte, exortar o legislador a modificar o tratamento jurídico da questão debatida.⁴³ Brust conceitua o “apelo ao legislador” nos seguintes termos:

[...] enquadram-se nessa tipologia todas aquelas sentenças que exortam o legislador a modificar ou elaborar uma nova lei, capaz de atender plenamente aos parâmetros constitucionais. Esta exortação pode ser explícita ou implícita e não necessariamente implica a fixação de um prazo para que o legislador supra a omissão ou realize as modificações necessárias. Este critério, portanto, dá prioridade à existência de uma exortação ao legislador – seja esta expressa ou não – e põe em segundo plano a necessária improcedência da demanda e a exortação explícita, que é o critério alemão para considerá-las apelativas.⁴⁴

Veja-se, então, que a decisão de “apelo ao legislador” se distancia da solução tradicional de invalidação da norma jurídica e, também, afasta-se das soluções fornecidas pelos institutos do Mandado de Injunção de da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, eis que, ao invés de *obrigar* o órgão legislativo a suprir uma omissão, *convida-o* ao

⁴¹ Ibidem, p. 45.

⁴² Ibidem, p. 57.

⁴³ BRUST, Léo. *Controle de constitucionalidade: a tipologia das decisões do STF*. Op. cit., p. 285-286.

⁴⁴ Ibidem, p. 284.

diálogo.

O contexto brasileiro contém um exemplo bastante elucidativo em que o “apelo ao legislador” foi aplicado com sucesso.⁴⁵ Durante o julgamento do RE nº 204.193/RS, o Supremo Tribunal Federal se debruçou sobre a (in)constitucionalidade Lei Estadual nº 7.672/82, promulgada pelo estado do Rio Grande do Sul.⁴⁶ Ocorre que o art. 9º do referido diploma imputava critérios diversos aos homens e às mulheres para a obtenção de pensões perante Regime Próprio de Previdência Social: toda e qualquer companheira ou esposa, para efeitos previdenciários, seria considerada dependente do *de cujus* e, por conseguinte, faria jus à pensão; em contrapartida, para serem tidos como dependentes para efeitos previdenciários, os homens deveriam comprovar invalidez. No bojo do RE nº 203.193/RS, apontou-se que tais diretrizes legais contrariavam a cláusula constitucional da isonomia, na medida em que conferia um tratamento jurídico distinto aos homens e às mulheres. Naquela ocasião, ao invés de decretar a invalidade da norma, o Supremo Tribunal Federal indicou que a lei gaúcha se mostrava “ainda constitucional” em virtude da existência de um significativo contingente de famílias cuja dependência econômica era centrada no homem, porém instou o legislador estadual a alterar os contornos deste diploma para que o seu teor fosse adequado aos influxos sociais vindouros, pautados por uma equalização das posições dos homens e mulheres no mercado de trabalho. A técnica do “apelo ao legislador” foi bem-sucedida, conforme descreve João Trindade Cavalcante Filho:

A norma (art. 9º da Lei nº 7.672, de 18 de junho de 1982) foi considerada constitucional, com um sutil apelo ao legislador para que, verificada a anunciada

⁴⁵ Curiosamente, questão bastante semelhante foi enfrentada pelo Tribunal Constitucional Alemão, o qual, para resolvê-la, também se valeu da técnica do “apelo ao legislador”. Para maiores informações: MENDES, Gilmar. O apelo ao legislador – *appellentscheidung* – na práxis da Corte Constitucional Federal alemã. Op. cit., p. 47-48.

⁴⁶ A análise do arresto provém do seguinte escrito: CAVALCANTE FILHO, João Trindade. A decisão de apelo ao legislador na jurisprudência do STF: uma abordagem empírica dos diálogos institucionais entre judiciário e legislativo. In: MENDES, Gilmar Ferreira (org.). *Processo e Jurisdição Constitucional*. Brasília: IDP, 2015, p. 199-200.

alteração do quadro fático que justificava a subsistência da norma, realizasse as necessárias adaptações.

O apelo foi efetivamente atendido: em 30 de dezembro de 2011, foi promulgada a lei Estadual nº 13.889, que inseriu no art. 9º da Lei nº 7.672/82 um inciso VI, estabelecendo serem considerados dependentes “o marido ou o companheiro de servidora pública e o companheiro ou companheira de pessoa do mesmo sexo que seja segurada, uma vez comprovada a dependência na forma desta lei”.

[...] o legislador estadual adotou medidas para atender ao apelo lançado pelo STF, o que representa um importante e significativo caso de diálogo institucional, envolvendo instâncias distintas (federal/estadual) de poder diversos (Judiciário e Legislativo).⁴⁷

Veja-se que, nessa dinâmica, o Judiciário rechaça a existência da inconstitucionalidade – ou, ao menos, reconhece-a sem proceder à anulação da norma vigente –, mas sugere ao legislador algumas diretrizes sobre o modo como a lei deve ser alterada para que o seu conteúdo se adéque aos parâmetros encartados na Constituição.⁴⁸ Trata-se de uma mecânica adjudicatória análoga àquela que a doutrina constitucional espanhola alcunha de “sentença aditiva de princípio”, a qual realiza uma espécie de “convite ao legislador para que este intervenha regulando de uma maneira diferente a matéria e eliminando certas incongruências presentes na sua disciplina”, lançando admoestações que, “dependendo dos casos, podem ser mais, ou menos específicas”.⁴⁹

Portanto, o principal contributo do “apelo ao legislador” reside na disseminação de uma cultura de diálogo institucional e de deferência mútua do Legislativo e do Judiciário com os seus respectivos posicionamentos na concretização dos desígnios premeditados pelo

⁴⁷ Ibidem, p. 199-200.

⁴⁸ Nesse sentido, Gilmar Mendes descreve que, na labuta da Corte Constitucional alemã, valia-se da “ampla utilização de *obter dicta* com recomendações dirigidas ao legislador” (MENDES, Gilmar. O apelo ao legislador – *appellentscheidung* – na práxis da Corte Constitucional Federal alemã. Op. cit., p. 42).

⁴⁹ ROMBOLI, Roberto. La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en via incidental. *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 16, n. 48, p. 35-80, set./dez, 1996, p. 72.

constituente.⁵⁰

Ao seu turno, a técnica do “*second look*” propõe uma metodologia decisória similar. Tendo por principal aporte o direito canadense, a gramática do “*second look*” faz alusão aos modelos jurídicos que outorgam ao parlamento mecanismos para sobrepujar (“*override*”) as decisões perfilhadas pelas Cortes Constitucionais.⁵¹

O léxico do “*second look*” foi empregado por Guido Calabresi para se referir às situações nas quais o Judiciário, ao se deparar com um diploma legal cujas diretrizes deixaram de guardar congruência com os influxos sociais e jurídicos contemporâneos, promove o reenvio da questão ao Poder Legislativo para que verifique eventual possibilidade de revogação ou alteração do estatuto – isto é, proceda a uma “segunda avaliação” (“*second look*”) das leis obsoletas.⁵² Como bem descreve Richard Nelly, os Tribunais:

[...] são idealmente qualificados para decidir se um determinado diploma legal deve desfrutar de um viés retencionista (“*retentionist bias*”) ou de um viés revisionista (“*revisionist bias*”). Quando uma corte determinar que uma lei deve ter um viés revisionista, o tribunal deve ter o poder de atacar a lei – possivelmente com uma advertência ao parlamento –, de modo que o legislador proceda a uma “segunda avaliação” (“*second look*”) no assunto englobado por aquela lei e por outras relacionadas. Se, depois de uma segunda análise, o legislador decidir retomar a antiga lei, é isso (“*that’s it*”).⁵³

Para comportarem um diálogo mais amplo, questões constitucionais polêmicas e de alta repercussão social, política, econômica ou cultural tendem a ser reenviadas das Cortes

⁵⁰ MENDES, Gilmar. O apelo ao legislador – *appellentscheidung* – na práxis da Corte Constitucional Federal alemã. Op. cit., p. 39.

⁵¹ CALABRESI, Steven Gow. *The History and Growth of Judicial Review*. New York: Oxford University Press, 2021, v. 1, p. 28-29.

⁵² A ideia foi disseminada na seguinte obra do autor: CALABRESI, Guido. *A Common Law for the Age of Statutes*. New Jersey: The Lawbook Exchange, 1999.

⁵³ NELLY, Richard. Obsolete statutes, structural due process and the power of courts to demand a second legislative look. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 131, p. 271-282, 1982, p. 276, tradução livre.

para os legisladores.⁵⁴ Por meio do “*second look*”, as variantes da supremacia judicial e da autonomia do Poder Legislativo galgam equilíbrio, tendo em vista que tal técnica estimula o diálogo institucional e, ao mesmo tempo, resguarda a autoridade das cortes para decidir o momento propício para que este debate seja instaurado, quais são os seus limites e quais as opções juridicamente (in)viáveis para a resolução da questão debatida.⁵⁵

Em entrevista concedida após ser alçado ao cargo de magistrado da Corte de Apelações do Segundo Circuito dos Estados Unidos, Guido Calabresi relata interessante hipótese em que sugeriu a aplicação do “*second look*”. O jurista faz alusão ao caso “*Quill v. Vacco*”, cujo teor se debruçava sobre diploma legal do estado de Washington que proibiu médicos de prescrever fármacos para pessoas adultas que desejassem apressar a própria morte. Argumentou-se, àquela ocasião, que a norma estadual violava a cláusula constitucional da isonomia, tendo em vista que traçava uma discriminação injustificada entre os indivíduos que poderiam cometer suicídio por meios próprios e os indivíduos que recorreram a médicos para se submeter a uma “morte assistida”. Embora o seu posicionamento não tenha sido acatado pelos seus colegas magistrados, Calabresi descreve que este seria um cenário ideal para a aplicação do “*second look*”, pois, dada a complexidade do tema, a Corte deveria “reenviar o caso ao corpo legislativo, avisando-o sobre a possível inconstitucionalidade da lei, e lhe repassando a responsabilidade de decidir *se e como*

⁵⁴ DIXON, Rosalind. The forms, functions and varieties of weak(ened) judicial review. Op. cit., p. 912.

⁵⁵ Ao fazer alusão à doutrina do “*second look*”, Christine Bateup afirma: “O papel dialógico do poder Judiciário em tais interações é duplo. Primeiro, o uso dessas regras permite que os juízes deixem de decidir casos de maneira conclusiva, de modo a aumentar o espaço disponível para deliberações e escolhas democráticas. Ao mesmo tempo, a teoria continua a propor um papel ativo para o judiciário no diálogo constitucional, visto que as regras centradas neste processo encorajam os juízes a envolver os poderes políticos de forma mais explícita e direta no debate constitucional, perante o qual os políticos tomaram decisões sem prestar a devida deferência à valores constitucionais substantivos” (BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. *Brooklyn Law Review*, v. 71, n. 3, p. 1.109-1.180, 2006, p. 1.129, tradução livre).

modificar o diploma impugnado".⁵⁶

Em suma, tanto o “*second look*” quanto o “apelo ao legislador” incorporam ferramentas alternativas à declaração judicial de (in)constitucionalidade, exaltando a importância do diálogo institucional e da participação do povo e de seus respectivos representantes no processo de resolução de controvérsias constitucionais. Por isso, a adoção mais ampla de tais técnicas decisórias pelo Supremo Tribunal Federal poderia se mostrar profícua para o contexto brasileiro, a fim de que reduza as tensões institucionais que permeiam o cenário político contemporâneo.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve por objetivo explorar os institutos do “apelo ao legislador” e do “*second look*”, tratando-as como técnicas decisórias alternativas à declaração judicial de (in)constitucionalidade, seguida da anulação integral da norma impugnada.

Viu-se que, embora o modelo de jurisdição constitucional premeditado por Hans Kelsen tenha sido incorporado a inúmeros ordenamentos jurídicos, a limitação do papel das Cortes Constitucionais ao “legislador negativo” tende a realçar desmedidamente a supremacia judicial e a causar tensões institucionais de diversas ordens.

Em razão disso, mecanismos alternativos à anulação das leis tidas como inconstitucionais devem ser premeditados, a fim de que os Tribunais deixem de figurar como *protagonistas* exclusivos do processo constitucional e passem a se tornar *modeladores* e *facilitadores* do diálogo institucional. Assim, os institutos do “apelo ao legislador” e do “*second look*” se tratam de relevantes métodos decisórios para que tal desiderato seja atingido.

Evidentemente, os Tribunais continuarão a se debruçar sobre casos em que o

⁵⁶ BARSOTI, Vittoria; CALABRESI, Guido. A scholar on the bench: a conversation with Guido Calabresi. *New York University Annual Survey of American Law*, v. 70, n. 1, p. 101-119, 2014, p. 107, tradução livre.

reconhecimento da inconstitucionalidade da lei, acompanhada da declaração de sua nulidade *ab initio*, figurará como solução mais adequada para a proteção da Constituição. Não obstante, quanto maior a gama de técnicas decisórias construídas pela doutrina e pela jurisprudência, maiores as chances de o Judiciário fornecer uma solução mais adequada às complexidades políticas e sociais vindouras.

Referências

- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Controle concentrado de constitucionalidade: o “Guardião da Constituição” no embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 164, p. 87-104, out./dez., 2004.
- BARACHO, José Alfredo. Teoria geral do Processo Constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 90, p. 69-169, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARSOTI, Vittoria; CALABRESI, Guido. A scholar on the bench: a conversation with Guido Calabresi. *New York University Annual Survey of American Law*, v. 70, n. 1, p. 101-119, 2014.
- BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. *Brooklyn Law Review*, v. 71, n. 3, p. 1.109-1.180, 2006.
- BINEBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BRUST, Léo. *Controle de constitucionalidade: a tipologia das decisões do STF*. Curitiba: Juruá, 2014.
- CALABRESI, Guido. *A Common Law for the Age of Statutes*. New Jersey: The Lawbook Exchange, 1999.
- CALABRESI, Steven Gow. *The History and Growth of Judicial Review*. New York: Oxford University Press, 2021, v. 1.
- CAVALCANTE FILHO, João Trindade. A decisão de apelo ao legislador na jurisprudência

do STF: uma abordagem empírica dos diálogos institucionais entre judiciário e legislativo. In: MENDES, Gilmar Ferreira (org.). *Processo e Jurisdição Constitucional*. Brasília: IDP, 2015.

CHUERI, Vera Karam; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e democracia – soberania e poder constituinte. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 159-176, jan./jun., 2010.

CHUEIRI, Vera Karam; MACEDO, José Arthur Castillo de. Teorias Constitucionais Progressistas, *Backlash* e *Vaquejada*. *Seqüência*, Florianópolis, n. 80, p. 123-150, dez., 2018.

COENEN, Dan T. A Constitution of Collaboration: Protecting Fundamental Values with Second-Look Rules of Interbranch Dialogue. *William & Mary Law Review*, v. 42, n. 5, p. 1.575-1.870, maio, 2001.

DIXON, Rosalind. The forms, functions and varieties of weak(ened) judicial review. *International Journal of Constitutional Law*, v. 17, n. 3, p. 904-930, 2019.

DONELLY, Tom. Making popular constitutionalism work. *Wisconsin Law Review*, v. 2012, n. 1, p. 160-194, 2012.

FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. *Michigan Law Review*, n. 91, v. 4, p. 577-682, fev., 1993.

FURLAN, Fabiano Ferreira. O guardião da Constituição: debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, n. 11, p. 127-146, jan./mar., 2010.

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

GONZÁLEZ, José Calvo. *Direito curvo*. Tradução: André Karam Trindade, Luis Rosenfield e Dino del Pino. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. E-book Kindle.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y argumentar*. Tradução: Silvina Álvarez Medina. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto

Alegre: Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução: Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KOZICKI, Katya. *Backlash: as “Reações Contrárias” à Decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153*. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de; SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; PAIXÃO, Cristiano; FONSECA, Livia Gimenes Dias da; RAMPIN, Talita Tatiana Dias (orgs.). *O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina*. Brasília: UnB, 2015, v. 7.

KUMM, Mattias. Constitutional rights as principles: on the structure and domain of constitutional justice. *Journal of Constitutional Law*, v. 2, n. 3, p. 574-596, jul., 2004.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. O apelo ao legislador – *appellentscheidung* – na práxis da Corte Constitucional Federal alemã. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 188, p. 36-63, abr./jun., 1992.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAIS, Carlos Blanco. A justiça constitucional e as suas relações de tensão com os demais Poderes do Estado. In: MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang (coords.). *Processo constitucional*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NELLY, Richard. Obsolete statutes, structural due process and the power of courts to demand a second legislative look. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 131, p. 271-282, 1982.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 43, n. 170, p. 111-141, abr./jun., 2006.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, v. 42, p. 373-433, 2007.

ROMBOLI, Roberto. La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en via incidental. *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 16, n. 48, p. 35-80, set./dez, 1996.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *As sentenças intermediárias e o mito do legislador negativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SAMPAIO, José Adércio Leite. O Supremo Tribunal Federal e as prognoses do legislador. *Cadernos de Pós-Graduação em Direito-PPGDDir./UFRGS*, v. 15, n. 2, p. 282-304, dez., 2020.

TUSHNET, Mark. Alternative Forms of Judicial Review. *Michigan Law Review*, v. 101, n. 8, p. 2.781-2.802, 2003.

TUSHNET, Mark. Against Judicial Review. *Harvard Public Law and Legal Theory Working Papers Series*, n. 09-20, 2009.

ZIEGLER, Joci Antonia; GAUER, Lessandra Bertolazi. Minimalismo judicial na visão de Cass Sunstein: uma alternativa para a concretização da democracia. *Arquivo Jurídico: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí, Teresina*, v. 3, n. 2, p. 94-111, jul./dez., 2017.