



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CAMPUS FLORIANÓPOLIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Lucas Pieczarcka Guedes Pinto

**O APELO AO LEGISLADOR COMO INDUTOR DE UM SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL AUTOCONTIDO – UMA PERSPECTIVA MINIMALISTA**

Florianópolis (SC)
2023

Lucas Pieczarcka Guedes Pinto

**O APELO AO LEGISLADOR COMO INDUTOR DE UM SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL AUTOCONTIDO – UMA PERSPECTIVA MINIMALISTA**

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do Grau de Mestre em Direito.

Orientador: Profº. Dr. Cláudio Ladeira de Oliveira

Florianópolis (SC)

2023

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

pinto, lucas pieczarcka guedes pinto
O APELO AO LEGISLADOR COMO INDUTOR DE UM SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL AUTOCONTIDO - UMA PERSPECTIVA MINIMALISTA
/ lucas pieczarcka guedes pinto pinto ; orientador,
cláudio ladeira de oliveira, .
101 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa
Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós
Graduação em Direito, Florianópolis, .

Inclui referências.

1. Direito. 2. Apelo ao Legislador. 3. Minimalismo
Judicial. 4. autorrestricção judicial. 5. Supremo Tribunal
Federal. I. ladeira de oliveira, cláudio. II. Universidade
Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em
Direito. III. Título.

Lucas Pieczarcka Guedes Pinto

**O APELO AO LEGISLADOR COMO INDUTOR DE UM SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL AUTOCONTIDO – UMA PERSPECTIVA MINIMALISTA**

O presente trabalho em nível de Mestrado foi avaliado e aprovado, em 28 de abril de 2023, pela banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof. Roberto del Claro Benghi, Dr.
Instituição Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Prof. Guilherme Soares, Dr.
Instituição Escola da Procuradoria Estadual do Paraná (PGE-PR)

Certificamos que esta é a versão original e final do trabalho de conclusão que foi julgado adequado para obtenção do título de Mestre em Direito.

Prof. Dr. Cláudio Macedo de Souza
Coordenação do Programa de Pós-Graduação

Prof. Dr. Cláudio Ladeira de Souza, Dr.
Orientador

Florianópolis, 2023.

à Kiki.

AGRADECIMENTOS

Na atividade acadêmica e na vida, por mais que nos sintamos às vezes solitários, o caminho nunca é percorrido sem ajuda. O presente trabalho não foi diferente. Eu o concebi e o escrevi, mas a verdade é que as páginas ainda estariam em branco caso um mundo de pessoas não tivesse me ajudado. A elas, fica meu profundo e sincero agradecimento.

Minha esposa Mariana e minha filha Catarina sempre estiveram comigo. E quando não puderam estar por força das horas que dediquei ao mestrado, foram sempre compreensivas. Não teria completado este trabalho sem elas. Mais do que isso, sequer seria quem sou sem elas. Mais ainda, sequer haveria sentido em “ser” sem elas.

Meus pais Afonso e Sueli, minhas irmãs Débora e Bárbara e minha sobrinha Maitê são meu outro pilar. Sem eles, há muito teria desabado. Boa parte do que faço na vida é uma mera tentativa de não os decepcionar. Espero que, nesses anos todos, tenha tido algum sucesso nessa empreitada.

Meu professor orientador Cláudio Ladeira foi o grande capitão de todo este processo. Sempre soube juntar cobrança com amizade. Sempre ensinou como um igual. E, acima de tudo, habilmente despertou um senso crítico em mim que sequer imaginava que possuía. Dentre meus mestres, ele estará sempre entre aqueles que mais brilham. Outros também se destacam, os professores Guilherme Soares e Roberto Benghi del Claro foram e continuarão sendo importantes em minha formação acadêmica.

Meus amigos, irmãos de caminhada, sempre tornaram o fardo das responsabilidades mais leves. Há um mundo deles. Mas destaco quatro por terem relação direta com o mestrado: Rodrigo Bayer, Rafael Speck, Bruno Cunha e Paulo Gregório.

Por fim, não há como esquecer a Universidade Federal de Santa Catarina, em especial a Faculdade de Direito. Esta Velha Senhora, quase centenária, nunca se furtou de me acolher e me entregar tudo: conhecimento, mestres, amigos e até uma esposa.

If it is not necessary to decide more to dispose of a case, then it is necessary not to decide more (Chief Justice John Roberts).

RESUMO

Esta pesquisa investiga a possibilidade de o Apelo ao Legislador servir como um mecanismo de indução de uma postura minimalista do Supremo Tribunal Federal. A dissertação inicia tendo como fio condutor o Minimalismo Judicial de Cass Sunstein, o que dará todo o suporte teórico para se identificar o que é uma postura maximalista, o que é uma postura minimalista, e por qual razão esta última pode ser tida como uma alternativa institucional interessante para a democracia deliberativa. No primeiro capítulo, busca-se estudar a teoria do Minimalismo Judicial conforme desenhada por Sunstein. Seu foco será demonstrar como uma corte minimalista tende a proferir decisões rasas e estreitas, ao passo que tribunais maximalistas costumam decidir de maneira ampla e profunda. Será também abordado as vantagens do Minimalismo à luz do democracia deliberativa. Prosseguindo, no segundo capítulo será colocado sob uma lupa teórica o instituto do Apelo ao Legislador. Serão analisados qual sua origem, qual sua estrutura, sua dinâmica e os casos em que é aplicado, pelo Tribunal Federal Constitucional alemão o mecanismo em estudo. No terceiro capítulo, chegar-se-á à hipótese propriamente dita, isto é, a verificação da possibilidade do uso do instituto servir para transformar o STF em uma corte mais minimalista. Para tanto, será verificado se existem meios, já à disposição, que podem afastar o Supremo do maximalismo, bem como será analisado se tais meios são eficazes plenamente ou se o Apelo ao Legislador possui algum espaço a desempenhar um papel indutor do minimalismo no STF. O método de abordagem utilizado foi o indutivo e o método de procedimento adotado o monográfico. As técnicas de pesquisa foram a bibliográfica e a documental.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; Apelo ao Legislador; Minimalismo Judicial; *Appelentscheidung*; Ativismo judicial; autorrestrrição judicial.

ABSTRACT

This research investigates the possibility of the Appeal to the Congress serving as a mechanism to induce a minimalist behavior on the Supreme Federal Court. The dissertation begins with Cass Sunstein's Judicial Minimalism as a guiding principle, which will provide all the theoretical support to identify what a maximalist posture is, what a minimalist posture is, and why the latter can be considered an interesting alternative for deliberative democracy. In the first chapter, we seek to study the theory of Judicial Minimalism as inspired by Sunstein. Its focus will demonstrate how a minimalist court tends to decide in a shallow and narrow way, whereas maximalist courts tend to rule in a deep and width way. The advantages of Minimalism will also be achieved in light of deliberative democracy. Continuing, in the second chapter, the institute of the Appeal do Congress will be placed under a theoretical scrutiny. It will be analyzed its origin, its structure, its dynamics and the cases in which it is applied by the German Federal Constitutional Court. In the third and last chapter, the hypothesis itself will be reached, that is, the verification of the possibility of using the institute of Appeal to Congress to transform the STF into a more minimalist court. To this end, it will be verified whether there are means, already available, that can move the Supreme Court away from maximalism, as well as whether such means are fully effective or whether the Appeal to Congress has some space to fulfill an inducing role of minimalism in the STF. The method of approach used was inductive and the method of procedure adopted was monographic. The research techniques were bibliographical and documental.

Keywords: Supreme Federal Court; Appeal to Congress; *Appelenstscheidung*; Judicial activism; Judicial self-restrain.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	12
2. O MINIMALISMO JUDICIAL.....	16
2.a. roteiro do capítulo.....	16
2.b. a divergência e as circunstâncias da política.....	16
2.c. acordos teóricos incompletos.....	17
2.d. minimalismo judicial.....	22
2.e. maximalismo x minimalismo.....	26
2.f. minimalismo (e maximalismo) em ação.....	31
2g. conclusões do capítulo.....	37
3. O APELO AO LEGISLADOR.....;	40
3.a. roteiro do capítulo.....	40
3.b. períodos de graça do controle de constitucionalidade.....	40
3.c. origem da Appellentscheidungen – ferramentas conceituais do período de graça + construção do elemento admonitório.....	44
3.d. a utilização do Apelo ao Legislador pelo Tribunal Constitucional Federal alemão.....	49
3.e. críticas ao Apelo ao Legislador.....	58
3.d. conclusões do capítulo.....	60
4. O APELO AO LEGISLADOR COMO INDUTOR DE UM STF MINIMALISTA.....	62
4.a. roteiro do capítulo.....	62
4.b. aspectos introdutórios – o maximalismo e o minimalismo no Supremo Tribunal Federal....	62
4.c. como se chegar ao minimalismo?.....	65
4.d. os limites da hermenêutica e da jurisprudência defensiva.....	74
4.f. a proposta de uso do Apelo ao Legislador no Supremo Tribunal Federal.....	79
4.g. o uso do Apelo ao Legislador pelo STF como instrumento da guinada minimalista.....	84
4.h. conclusão do capítulo.....	88
5. CONCLUSÃO.....	90
REFERÊNCIAS.....	96

Introdução

O Apelo ao Legislador seria útil na busca de um Supremo Tribunal Federal mais autocontido? Esta foi a pergunta inicial sobre a qual foi construído este trabalho. No entanto, não há como respondê-la sem que se faça uma análise em camadas, isto é, até se chegar à resposta propriamente dita, há a necessidade de, previamente, se debruçar sobre outras questões. Essas camadas, por assim dizer, são os degraus teóricos que foram, um a um, sendo analisados ao longo desta dissertação, e que deram a ela toda sua estrutura.

A primeira dessas camadas diz respeito à autocontenção. Afinal, como seria um Supremo autocontido? Seria um Tribunal que simplesmente referendaria as decisões políticas dos demais poderes? Uma Corte que tentaria ao máximo não julgar matérias envoltas em dissensos políticos? Aqui, como se pode perceber, era preciso encontrar uma teoria que conseguisse demonstrar o que é e como se daria a autocontenção. O Minimalismo Judicial de Cass Sustein foi o elemento-chave desta primeira camada. Ou seja, para fins deste trabalho, o Minimalismo é o fiel da balança para definir se uma Corte é ou não autocontida.

Não por acaso, o capítulo que segue esta introdução se debruça sobre o Minimalismo Judicial. Afinal, antes de mais nada, era preciso apontar o que seria uma Corte autocontida. E o estudo da teoria de Sunstein levou a um refinamento no que toca à análise das posturas judiciais. Pela vagueza dos termos, não foram mais utilizados as expressões “autocontenção” ou “autorrestrição”. No lugar delas, passou-se a trabalhar com a seguinte classificação: juízes maximalistas e juízes minimalistas. Os instrumentos analíticos da obra de Sunstein trouxeram um conteúdo mais claro e preciso para se classificar as posturas judiciais. Desse modo, a pergunta deixou de ser “pode o Apelo ao Legislador contribuir para a construção de um STF autocontido?”, e passou a ser “o Apelo pode contribuir para construção de um STF minimalista?”.

O primeiro capítulo, portanto, tenta desenhar o que seriam cortes minimalistas e o que seriam cortes maximalistas. E, em apertada síntese, pode-se dizer que o maximalismo, para Sunstein (e para este trabalho), tem como traço característico a tentativa de resolver as questões postas às cortes de uma forma a privilegiar determinada doutrina fundamental geral. Isto é, as Cortes maximalistas avançam em matérias que trazem em si profundas divergências das mais variadas (filosóficas, morais, religiosas, etc). Nesse cenário, o objetivo do tribunal maximalista é resolver a questão escolhendo alguma doutrina geral, afastando as demais. Seus julgamentos, em razão disso, não se restringem apenas às questões concretas levadas à corte. Mais que isso, tentam pacificar a divergência de fundo — ainda que tal ponto sequer tenha se assentado na Sociedade. Ademais, os resultados de seus julgados procuram se traduzir em um comando geral pretensamente

capaz de resolver diversas outras situações, ainda que não seja possível conceber, no momento da decisão, muitas destas questões.

Por outro lado, a corte minimalista tem como contorno definidor a autorrestrição em lidar com doutrinas fundamentais gerais. O tribunal minimalista evita a tentativa de resolver tais questões, procurando um resultado concreto sem apelar — privilegiando ou descartando — alguma das doutrinas gerais existentes. Seria um julgamento raso, em oposição a uma decisão profunda da corte. Do mesmo modo, ao decidir, a corte se atém ao caso que a ela foi levado, sem tentar estabelecer algum comando geral que possa resolver outras situações — seria a chamada atuação estreita, que se opõe a uma postura ampla da corte.

O objetivo principal do capítulo primeiro, portanto, é trabalhar essas duas categorias — maximalismo e minimalismo. Para o presente trabalho, elas são o fiel da balança que definem como seria a postura do STF se houvesse uma mudança no modo de atuar de seus ministros. E isso leva à conclusão de que uma guinada minimalista do Supremo faria com que seus ministros buscassem, dentro de certos limites, julgamentos rasos e estreitos. O Supremo minimalista teria por prática não se posicionar acerca de alguma teoria fundamental, e assim o fazendo, se limitaria a resolver aquele determinado processo, sem o objetivo de instituir um comando geral pretensamente aplicável a outros casos. Portanto, a camada inicial que precisava ser percorrida para se responder a indagação inicial se completa no primeiro capítulo, e a torna mais precisa: o Apelo pode ser útil à construção de um STF minimalista, na medida de ser capaz de afastar da Corte matérias que envolvam dissensos fundamentais na Sociedade?

Ora, definido como seria um STF transformado em um tribunal minimalista, o próximo passo a ser dado é bastante óbvio: estudar o instrumento da mudança, qual seja, Apelo ao Legislador. E esta é a segunda camada da dissertação. Ora, se a pergunta é se o Apelo pode ou não ajudar na transformação do STF em um tribunal minimalista, o estudo aprofundado deste mecanismo se impõe. Não há como responder tal indagação sem saber a origem, a dinâmica, o funcionamento e as limitações do instituto. Portanto, no segundo capítulo da dissertação, o objetivo é a investigação pormenorizada do Apelo. Será analisado como e porquê o Tribunal Constitucional Federal alemão construiu, ao longo dos anos, a chamada *Appellentscheidung*. Como fica claro no capítulo, este instituto tem por ideia central o reconhecimento por parte da Corte de que a lei analisada não se tornou ainda inconstitucional, todavia, vislumbra-se que isso não tardará a acontecer. Portanto se exorta o legislador a que proceda à correção ou à adequação dessa situação ainda constitucional. Isto é, em vez de invalidar a lei objeto do controle, a Corte procura estender sua vigência, concedendo ao Legislador uma oportunidade para remediar, por meio do processo legislativo, o (futuro) vício de inconstitucionalidade.

Com o estudo do Apelo ao Legislador, as duas primeiras camadas necessárias à resposta da

indagação inicial são superadas. O estudo da teoria de Sunstein retira a dificuldade de definir o que seria uma corte autocontida, bem desenhando os contornos definidores de um eventual STF minimalista. Do mesmo modo, a investigação da *Appellentscheidung* permite conhecer o funcionamento do instituto acerca do qual se indaga se pode ele ou não induzir o Supremo ao minimalismo. Consolidados esses dois pontos, é o momento de sobrepor essas duas camadas, ou seja, o ato seguinte é verificar se o Apelo é, de fato, capaz de contribuir para uma guinada minimalista do STF. Este é o objetivo do terceiro e último capítulo.

O primeiro passo do derradeiro capítulo é verificar se já existem instrumentos capazes de promover a transformação do Supremo em um órgão minimalista. Afinal, se esses mecanismos já forem suficientes para afastar o Tribunal do maximalismo, não haverá razão para a utilização do Apelo. E, realmente, dois instrumentos já à disposição do STF parecem capazes de afastar o STF do maximalismo: 1. uma hermenêutica baseada nos instrumentos interpretativos do minimalismo de Sunstein e 2. a construção de uma jurisprudência defensiva por parte do STF. De fato, esses dois eixos parecem capazes de aproximar o Supremo do minimalismo.

Contudo, é preciso verificar, também, se eles por si sós são capazes de realizar todo o trabalho. Isto é, haverá alguma utilidade para o Apelo caso os ministros do STF passem a utilizar os instrumentos interpretativos do minimalismo e construam uma forte jurisprudência defensiva? Este é o segundo passo do terceiro capítulo. Estudar os limites desses dois eixos. E, realmente, há neles indícios de significativas limitações no que toca a sua capacidade de induzir o STF ao minimalismo. Isso porque tanto a hermenêutica quanto a jurisprudência defensiva parecem possuir ‘falhas’ na sua capacidade de induzir o STF ao minimalismo. Ainda que a Corte construa uma jurisprudência defensiva que permita o exercício das virtudes passivas, ainda que os ministros tentem, nos diversos casos que a eles cheguem, utilizar os mecanismos interpretativos do minimalismo de Sunstein, continuarão a existir, certamente, situações que demandarão uma manifestação mais enfática acerca de alguma teoria fundamental.

Em verdade, se se concluir que os limites nesses dois eixos são significativos, isso significa que mesmo um STF afastados do maximalismo por eles terá que se manifestar sobre teorias envolvidas em profundos dissensos políticos – ainda que em casos pontuais. E aqui se apresenta o terceiro e último passo da dissertação: a verificação de que se nessas situações, em que há necessidade de posicionamento acerca de matérias envolvendo profundo dissenso político, pode Apelo funcionar como meio de se obter uma postura mais minimalista do STF. O Tribunal, ao se deparar com um processo cuja resolução dependa da escolha de uma teoria fundamental, teria dois caminhos: decidir ele próprio ou apelar ao Congresso Nacional para que o faça. O primeiro caminho é o que todos conhecem. Com suas vantagens e desvantagens, esse tipo de julgado é habitual no Supremo. Contudo, o segundo caminho é que será colocado à prova neste trabalho. Faria sentido,

sob a ótica do minimalismo, o Tribunal, em vez de simplesmente substituir a decisão política dos demais Poderes, lançar mão do mecanismo do Apelo. Isso geraria algum ganho institucional, na medida que o Legislativo, instado a atuar mais incisivamente, processaria os dissensos sociais? Se tentará responder tal indagação sempre se usando os instrumentos analíticos do minimalismo de Sunstein.

E, assim, se terminarão as camadas deste trabalho. A hipótese é que o Apelo pode ser usado com uma alternativa interessante, a ser colocada à disposição do STF, quando há necessidade de lidar com casos envolvendo teorias fundamentais. Em sendo assim, é preciso analisar se o Apelo, usado como mecanismo de alocação do processo decisório nas instâncias políticas, poderia ser um propulsor da virada minimalista do STF. Testar essa hipótese à luz do minimalismo é, por assim dizer, o fio condutor de toda esta dissertação.

Capítulo I

2. O Minimalismo Judicial

2.a. roteiro do capítulo

Este capítulo tem o objetivo principal de desenhar o minimalismo judicial, bem como argumentar que tal postura pode ser uma benéfica alternativa, do ponto de vista institucional, ao maximalismo. Contudo, antes de se iniciar, é preciso apontar, em síntese, o roteiro teórico que se pretende seguir. O caminho se inicia pela constatação da permanência da divergência na Sociedade, somada a necessidade de se tomarem decisões políticas mesmo quando não há possibilidade de consenso. A seguir, será trilhado o estudo dos chamados acordos teóricos incompletos, em suas formas específicas e gerais. Com estas categorias em mente, o rumo teórico desembocará na análise do minimalismo das cortes, uma postura judicial que recomenda decisões que evitam, sempre que possível, o avanço dos tribunais em escolhas relativas às diversas teorias fundamentais existentes – o que seria melhor processado nos poderes representativos do Estado. Por fim, para demonstrar o benefício institucional do minimalismo, haverá o confronto desta postura judicial com a alternativa maximalista; para tanto, serão analisados julgados – decididos ou de maneira maximalista ou de forma minimalista - que envolveram profundas divergências no contexto social em que estavam inseridos.

2.b. a divergência e as circunstâncias da política

A divergência é um traço permanente em todo corpo social. Esta é a primeira premissa sobre a qual será construída este capítulo, e de certo modo acompanhará todo o trabalho. De fato, é traço marcante da vida em sociedade o surgimento de uma diversidade de visões de mundo (religiosas, filosóficas, morais, etc.) que não só se diferem entre si, como muitas vezes são incompatíveis umas com as outras. E não há razão para supor que acontecerá, em algum momento, o consenso em torno de alguma corrente de pensamento em detrimento das demais (RAWLS, 2020, p. 43). Já a segunda premissa que também acompanhará este trabalho se apresenta na forma da necessidade de as instituições humanas desenvolverem meios capazes de obter decisões políticas sem que haja a ruptura do corpo social em decorrência dessa diversidade de concepções.

Trata-se daquilo que Jeremy Waldron denomina “as circunstâncias da política”: “a discordância entre os cidadãos quanto ao que devem fazer, como corpo político” acrescida da “necessidade sentida de agir conjuntamente, embora discordemos quanto ao que fazer”

(WALDRON, 2003, p. 187). E, realmente, a divergência, por ser um traço permanente nas sociedades, levou à construção de uma série de instituições que, em última análise, servem para processar as mais variadas concepções de mundo, e, quando necessário, tomar uma decisão. Parlamentos, eleições, partidos, conselhos, etc, são algumas dessas instituições que procuram lidar com o encontro do dissenso permanente e a necessidade de tomar decisões que afetam todos os envolvidos, mesmo aqueles que discordam daquilo que foi decidido.

É preciso deixar claro, no entanto, que tais instituições, embora processem os desacordos, não os fazem evaporar. As decisões são tomadas, portanto, não após um processo de convencimento que leva ao consenso. Pelo contrário, as decisões precisam ser tomadas levando em conta não só a existência do dissenso no momento de decidir, mas como também sua permanência após a tomada de decisão. E não se trata aqui de mero postulado teórico. Nas democracias, todo e qualquer movimento em direção ao que se entendia, à época, como uma sociedade mais justa, mais segura ou mais civilizada, foi trilhado em meio à grande discordância, a qual, inclusive, permaneceu mesmo após a decisão ser tomada. Proibição do trabalho infantil, limitação da jornada de trabalho, fim da segregação racial, etc, foram aspectos decididos não após a criação de um consenso em torno de determinada concepção. *Au contraire*, foram decisões tomadas em meio a persistente dissenso acerca de qual rumo se deveria trilhar (WALDRON, 1999, p. 155).

A divergência, portanto, por ser um traço permanente nas sociedades democráticas, levou à construção de processos decisórios que dispensam a obtenção de um consenso completo. Ora, se precisamos decidir, e o consenso é, muitas vezes, inalcançável, que decidamos sem ele. Justamente por isso – permanência do dissenso -, a questão da legitimidade política das instituições que possuem atribuição para decidir sobre tais aspectos é tão central. A tomada de decisão precisa ser percebida como legítima pelos membros do corpo político, sobretudo por aqueles que dela discordam, sob pena de se colocar em risco a própria coesão da sociedade. A resposta democrática e a construção de um procedimento deliberativo equitativo, por exemplo, são, em última instância, meios pelos quais se busca um processo decisório que possa ser visto como legítimo por todos (WALDRON, 2018, p. 16). Neste trabalho, no entanto, o foco será outro. Não se tratará da legitimidade política, mas se debruçará sobre modos de deliberação que, de certa forma, contornam o dissenso e permitem um terreno comum capaz de permitir uma decisão política. São os chamados acordos teóricos incompletos.

2.c. acordos teóricos incompletos

Levando-se em contas as premissas das circunstâncias da política, tem-se o cenário em que há a necessidade de se tomar uma decisão, sendo pouco provável que haja consenso em torno da

questão discutida. As decisões políticas passam a ser tomadas, portanto, com base em acordos teóricos incompletos, à medida que, embora não haja o fim da divergência, os membros do corpo político são capazes de confluir em torno de determinada escolha, a qual passa a ser vista como legítima por todos.

Nesse contexto, Sunstein explora os chamados acordos teóricos incompletos apontando duas possíveis formas (2018, p. XI). Podem apelar para abstrações gerais, como devido processo legal ou direito à igualdade, deixando-se a definição do conteúdo concreto destes direitos para outro momento; ou buscam tratar de questões específicas, sem que haja necessidade de se resolver questões mais amplas e gerais. A primeira forma é comumente adotada pelo constitucionalismo, pois não é raro, quando da elaboração de uma constituição, a adoção de norma geral abstrata, permitindo-se, assim, a aprovação do texto constitucional, deixando questões específicas para serem posteriormente concretizadas pelos poderes constituídos (SUNSTEIN, 2018, p. 48).

Tome-se como exemplo o art. 5º, XXIII, da Constituição Federal brasileira (CF/88), cuja redação abstrata¹, sem que houvesse a definição exata do conteúdo do dispositivo, permitiu a aprovação pela Assembleia Constituinte. Ora, é razoável supor que, caso se buscasse uma concreitude mais clara da norma, sua aprovação teria sido bem mais difícil, já que naquela época, assim como hoje, não havia consenso acerca dos limites do direito à propriedade. De fato, o apelo a uma cláusula abstrata, sem que haja definição exata das consequências de sua adoção, é fenômeno percebido em diversas constituintes. Sunstein (2007, p. 11) aponta, como exemplos, os processos constituintes de Polônia, Iraque e África do Sul, os quais inseriram em suas constituições cláusulas como liberdade de expressão, liberdade religiosa e isonomia, ainda que no seio de cada uma destas sociedades houvesse aguda divergência quanto ao real significado de tais normas.

Isso acontece porque a adoção de uma norma abstrata permite que cada uma das forças políticas envolvidas enxergue naquele mesmo ato normativo a confirmação de sua própria concepção. Ou seja: o conteúdo elástico possibilita que todos os lados da divergência vejam na norma o próprio fundamento de sua pretensão política, mesmo em se tratando de lados antagônicos da política. Tome-se, por exemplo, a discussão acerca de determinada política de cotas raciais. Os grupos favoráveis e contrários à medida poderiam, provavelmente, concordar com a adoção de uma norma geral que afirmasse a isonomia entre os cidadãos, pois todos os lados do dissenso enxergariam exatamente nesta cláusula a própria essência de sua posição – ainda que sejam elas opostas. As forças conflitantes concordariam com a adoção de uma cláusula abstrata de igualdade, portanto, mas, ao mesmo tempo, se utilizariam dela para a defesa de políticas absolutamente antagônicas (instituição ou não de cotas raciais).

Não é por acaso, pois, que seja comum nas constituintes a adoção de alguma norma

1 A propriedade atenderá a sua função social.

abstrata, cuja redação abarque mais de uma visão política, deixando-se a fixação do efetivo conteúdo para um momento posterior. Como nem sempre as forças conflitantes conseguem acordar acerca de normas concretas, procura-se a construção de uma norma mais elástica – que satisfaça momentaneamente todos os lados do conflito -, e se posterga a definição do conteúdo concreto do dispositivo para mais tarde. Na Assembleia Constituinte brasileira de 1987, tal prática foi adotada sempre que não havia possibilidade de acordo sobre alguma questão específica. Tentava-se, inicialmente a elaboração de um texto ambíguo, e, se mesmo assim não fosse possível o acordo, reservava-se a resolução do conteúdo exato da matéria à lei complementar ou ordinária – neste ponto, o artigo 7º, I, da CF/88, é um bom exemplo (CARVALHO, 2017).

Obviamente, nem toda norma constitucional é dotada de tal elasticidade. Há dispositivos com contornos bem precisos em todas as constituições. Por exemplo, um artigo que diga que cada estado-membro de uma federação terá três ou dois senadores² é bastante claro e específico; no entanto, sobretudo no que toca aos direitos fundamentais, a necessidade de abstração – e elasticidade - é maior. Talvez justamente por serem pontos atrativos de concepções fundamentais, muitas vezes opostas umas às outras, haja nos direitos constitucionais a necessidade de postergar a definição de seus conteúdos concretos:

The guarantee of constitutional rights is perhaps a paradigmatic case of the recognition and acknowledgement of the circumstances of politics in constitutional negotiations, given that citizens the world-over have tended to avoid settling too much in bills of rights. This is, after all, perhaps one of the reasons why we spend so much time talking about rights, engaging in various theories of ‘interpretation’ to uncover what they have always meant or to prescribe what they should now mean. Indeed, citizens frame and adopt constitutional rights in a manner that leaves the resolution of rights-disputes to a later day. They do so, not in the hope that these disputes will not arise or require resolution, but precisely on the understanding that answers to these disputes will be required; answers that will invite reasonable and persistent disagreement. (WEBBER, 2009, pág. 7)

Por outro lado, certos acordos incompletos podem ser obtidos não por apelo a construções gerais e abstratas, mas pelo caminho inverso. Há matérias em que, embora não se consiga encontrar um ponto abstrato aceitável a todos, pessoas razoáveis podem atingir terreno comum em uma questão mais concreta. É o que Sunstein chama de acordos teóricos incompletos quanto a um resultado específico (2018, p. XI). Ainda que nem sempre se possam compatibilizar questões fundamentais diversas, uma sociedade pode chegar a uma decisão específica sem que haja necessidade de se resolver a questão geral de fundo (por exemplo, mesmo não havendo consenso quanto ao direito ao aborto, seria possível chegar a um denominador comum quanto à possibilidade da interrupção da gravidez em caso de grave risco à saúde da mãe).

A dinâmica de se contornar as concepções gerais, focando-se apenas em um ponto

2 Vide art. 46, §1º, da CF/88.

específico, ficou clara no modo como atuou a comissão que preparou as diretrizes de sentenças criminais federais nos Estados Unidos. O colegiado, presidido pelo *Justice* Stephan Breyer, não conseguia definir qual deveria ser a teoria filosófica criminal a guiar o trabalho da comissão. Parte de seus membros defendiam uma concepção fundamental ligada à proporcionalidade da pena (“*just deserts*”), enquanto outros argumentavam que as regras de dosimetria deveriam se basear em uma teoria geral focada no caráter preventivo geral das penas (“*deterrence theory*”). Após ficar evidente que não seria possível à comissão chegar a um consenso acerca da teoria geral relativa às sentenças criminais, os membros decidiram simplesmente contornar a questão. Não se privilegiou uma das concepções. No lugar disso, a comissão definiu os pontos específicos da dosimetria fazendo um apanhado de práticas que já existiam no Judiciário Federal americano. Dessa forma, os membros, embora tivessem profundas divergências filosóficas ligadas às funções da pena, conseguiram encontrar um denominador comum em pontos específicos ligados à dosimetria (BREYER, 1988).

Evidentemente, nem sempre é possível – ou mesmo desejável - a sociedade tomar decisões com base em acordos teóricos incompletos. Por vezes, questões fundamentais precisam ser enfrentadas em determinados contextos, e contorná-las, seja por meio da adoção de uma norma abstrata, seja por meio do foco em um ponto específico, não parece algo positivo. Há situações em que escolhas fundamentais precisam ser feitas. A discussão acerca da escravidão, que, entre outros fatores, levou os Estados Unidos à Guerra Civil, ilustra bem como pode ser necessário e justo enfrentar o dissenso abertamente. No entanto, apenas se afirma aqui que atuar por meio de acordos incompletos possui vantagens que tornam o funcionamento da sociedade possível, o que não exclui a necessidade de, de tempos em tempos, enfrentar uma questão fundamental incontornável.

E há quatro pontos a serem levantados que demonstram como decidir em acordos teóricos incompletos possuem vantagens (SUNSTEIN, 2007, p. 15). O primeiro deles diz respeito à estabilidade. Considerando a permanência do dissenso, decidir com base em acordos teóricos incompletos promove uma ambiente institucional estável. Seria difícil ou quase impossível manter coeso o corpo social se, em cada debate público, surgissem desacordos fundamentais. Já o segundo ponto assevera que os acordos incompletos permitem não só que pessoas com concepções de mundo antagônicas convivam em relativa harmonia, mas também que consigam demonstrar um grau maior de respeito e civilidade uns para com os outros.

O terceiro argumento se relaciona aos árbitros do conflito social, como, por exemplo, o Poder Judiciário. Tais instituições precisam decidir casos que, por vezes, estão alocadas em um substrato que envolve questões fundamentais altamente discutidas na sociedade. Portanto, há um custo político de decidir que pode ser maior ou menor conforme o modo com que se decida. Assim, caso a autoridade tome partido de uma teoria fundamental, em detrimento das demais, os opositores à concepção vitoriosa se enxergariam em uma sociedade que rejeita toda sua concepção de mundo,

e o custo será altíssimo. Por outro lado, caso se decida com base em um acordo teórico incompleto quanto a um resultado específico, o custo de decidir será muito menor. Pois, quem perde em uma situação particular, perde menos. Como pontuou Sunstein (2007, p. 14), “eles perdem uma decisão, mas não perdem o mundo todo”. O custo político de decidir, portanto, torna-se menor para a instituição que funciona como árbitro do conflito social caso decida utilizando-se uma das formas dos acordos teóricos incompletos.

Nesse ponto, um exemplo ajuda a ilustrar: suponha-se que uma corte constitucional tenha que decidir acerca de uma lei envolvendo questões de biossegurança³. A situação, obviamente, envolve, ainda que indiretamente, teorias diversas acerca do início da vida humana. Caso a corte adote determinada concepção – por exemplo, diga que a vida se inicia no momento da fecundação – tal decisão impactará em diversas outras áreas (direitos hereditários, reprodutivos, etc). Desse modo, uma vez que decisão envolveria profundas divergências filosóficas e religiosas, aqueles que possuem outra concepção enxergariam nisso a rejeição, por parte da corte, quase absoluta de seu modo de ver o mundo. Por outro lado, uma decisão que foque em um acordo teórico incompleto específico permitirá que o lado derrotado possa fazer valer sua concepção em outra esfera (por exemplo, na discussão acerca do aborto).

Por fim, há o quarto argumento. Acordos teóricos incompletos na forma específica são formas de decisão que melhor se adaptam a mudanças ao longo do tempo. Decidindo-se com foco em um ponto específico, sem se bater o martelo quanto a uma teoria fundamental, abre-se espaço para evolução das ideias envolvidas, pois uma gama de casos ainda precisará ser resolvida no futuro, sem que haja a fixação de algum norte teórico fundamental. A escolha de uma concepção geral pode terminar cristalizando a discussão a ponto de evitar o progresso das ideias envolvidas. Mais uma vez, um exemplo ajuda a compreender. Imagine-se um caso envolvendo a pensão por morte decorrente de um membro de uma família poliafetiva; se o Poder Judiciário afirmar peremptoriamente que o ordenamento não protege tal arranjo familiar a questão ficará estagnada – ao menos do ponto de vista jurídico -. No entanto, se, por outro lado, as cortes negarem a pensão por morte tão somente com base em algum acordo teórico incompleto (por exemplo, falta de lei criando um benefício previdenciário específico para dois ou mais cônjuges), a discussão em outras áreas do direito (por exemplo, direito de família, sucessões, etc) permanecerá viva, e precisará ser enfrentada em casos futuros. Desse modo, não havendo cristalização do assunto, a tendência é de se impulsionar a evolução.

Mas quais seriam as implicações no que toca às Cortes de tais modos de decidir? Afinal, questões controvertidas são levadas ao Judiciário, que, de uma forma ou outra, precisa entregar alguma decisão. Por vezes, as questões envolvem comandos legais abstratos que trazem em torno de

3 Vide a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.510, decidida pelo Supremo Tribunal Federal.

si divergências profundas e sinceras. Um tribunal pode ter que decidir, por exemplo, acerca da constitucionalidade de determinada política afirmativa (questão envolvendo divergências profundas), tendo como parâmetro o princípio da isonomia (comando abstrato). Nesse ponto, a corrente de pensamento que melhor se comunica com os acordos teóricos incompletos é o minimalismo judicial (SUNSTEIN, 2018, p. 46).

2.d. minimalismo judicial

Nesse ponto, cabe introduzir o chamado minimalismo judicial conforme desenhado por Cass R. Sunstein (2018). Como já afirmado, a divergência é traço permanente nas sociedades democráticas, que precisa tomar decisões políticas sem que haja, muitas vezes, possibilidade de construção de consenso. Dessa forma, os acordos teóricos incompletos são formas encontradas de se chegar a uma decisão vista como legítimas por todos. Nesse contexto, há que se analisar o papel dos tribunais, pois, enquanto árbitros do conflito social, precisam decidir em meio ao agudo dissenso naturalmente existente em qualquer sociedade plural.

Um tribunal pode ter que decidir, por exemplo, acerca da constitucionalidade das manifestações de determinado movimento que defenda a instauração de uma ditadura militar (questão envolvendo divergências profundas) tendo como parâmetro a liberdade de expressão (comando abstrato). Ora, tribunais podem adotar posturas maximalistas, que tentam resolver as questões postas de uma forma a privilegiar determinada doutrina geral, e aqui surge a necessidade do tribunal justificar-se como instância decisória adequada a definir tais questões, ou adotar uma postura mais autocontida. E, quanto a esta última forma, o minimalismo judicial tem um papel central. Sobretudo em razão do fraco *pedigree* democrático das cortes — em comparação às instituições representativas —, uma postura minimalista dos tribunais pode ser considerada mais adequada a um sistema constitucional funcional (SUNSTEIN, 2018, p. 46). Um Poder Judiciário focado em resolver disputas tendo por base acordos teóricos incompletos na forma específica abriria espaço para que, mais adequadamente, os braços representativos do Estado possam tratar de questões fundamentais gerais (SUNSTEIN, 2018, p. 4 e 39).

Dessa forma, é importante apontar que cortes exercendo uma função mais contida, direcionando sua atuação não à resolução de questões divergentes profundas, mas a acordos teóricos específicos, pode significar uma abertura de espaço importante para que instâncias políticas absorvam e processem os dissensos mais fundamentais. Aqui o minimalismo pode cumprir um papel essencial. De início, aponte-se que a postura minimalista pode ser caracterizada como uma forma de autorrestrrição judicial. No entanto, não são meros sinônimos, pois, embora uma corte minimalista seja, de fato, mais prudente em invalidar as escolhas políticas dos outros Poderes, há

lugar para que haja, em algum grau, a revisão judicial destas decisões (SUNSTEIN, 2001, p. X). O ponto mais significativo seria a autorrestricção da corte em lidar com doutrinas fundamentais. O tribunal minimalista evitaria a tentativa de resolver tais questões, procurando um resultado concreto sem apelar — privilegiando ou descartando — alguma das doutrinas gerais existentes.

É preciso apontar que o minimalismo, como apresentado por Sunstein, possui duas dimensões: a formal e material. Neste trabalho, o foco será a dimensão formal do minimalismo, que será tratada em detalhes a seguir. Isso assim será porque a dimensão material do minimalismo depende do sistema legal institucional no qual está inserido. Desta forma, seu estudo, embora seja importante para compreensão da teoria em si, será feito de maneira superficial, pois, tendo em conta que Sunstein descreveu tal dimensão no contexto estadunidense, é inaplicável ao ordenamento brasileiro – ou, pelo menos, carece de modificações substanciais para ser possível sua importação. Por outro lado, a dimensão formal, por ter um caráter mais ligado ao modo de construir decisões judiciais, algo que precisa ser feito nos mais diversos contextos, será analisada com mais vagar.

1) dimensão material

O minimalismo está associado, de modo geral, a uma tentativa dos tribunais de resolver questões envoltas em alta divergência social, procurando um resultado concreto sem apelar — privilegiando ou descartando — alguma das doutrinas gerais existentes. É uma forma autocontida de atuar, que procura, sempre que possível, deixar alguns aspectos, sobretudo os mais fundamentais, não-decididos. No entanto, o minimalismo não se reduz a uma forma de decidir – ou de não decidir. Sempre é pressuposta uma dimensão material, no sentido de que a teoria opera em um núcleo que representa um conjunto de compromissos constitucionais tidos como pré-requisitos para o bom funcionamento institucional. Tendo essa ideia em mente - de que há alguns consensos em uma sociedade -, mesmo o tribunal mais minimalista não escapa de possuir pontos de apoios fundamentais, os quais são, inclusive, judicialmente exigíveis.

No contexto americano do início do século XXI, Sunstein (2001, p. 63) identifica dez compromissos que compõem o chamado *core* constitucional. Em outras palavras, o autor descreve os seguintes itens como a dimensão material do minimalismo daquele país: proteção contra prisões arbitrárias, proteção do dissenso político (aqui inserida a ideia de liberdade de expressão), direito de votar, liberdade religiosa, proteção da propriedade, proteção contra abusos policiais, devido processo legal, proteção contra tortura ou abuso físico praticado por agentes estatais, proteção contra escravidão ou subordinação com base em raça ou sexo, e, finalmente, proteção contra intromissão indevida do Estado na esfera mais íntima.

É preciso reforçar, entretanto, que a dimensão material é sempre localizada geográfica e

temporalmente. Cada país, conforme sua história, sua cultura, seu arcabouço institucional, etc, terá um núcleo constitucional diferente. Por exemplo, a liberdade de expressão que é um dos pilares do compromisso fundamental americano – inserido, na teoria de Sustain, na proteção do dissenso político -, possui tratamento distinto na Alemanha. Enquanto nos EUA, onde predominam tendências liberais, a Suprema Corte tende decidir casos relacionados ao discurso de ódio de maneira a privilegiar a liberdade de expressão, no país europeu o Tribunal Constitucional Federal (BVerfG – para usar a sigla alemã já consagrada), comprometido com a ideia de democracia militante, aborda tais questões de maneira diversa (CAVALCANTE, 2018). O ponto que aqui se faz é que a dimensão material muda conforme o contexto. Além disso, o componente temporal também é determinante, pois dentro do mesmo país o núcleo material evolui constantemente. Por exemplo, o consenso que existe hoje nos EUA da proteção contra escravidão não existia à época pré-Guerra Civil, ao passo que a proteção contra a subordinação baseada em raça ou sexo é um produto do pós-Segunda Guerra (SUNSTEIN, 2001, p. 68).

Portanto, o caráter contextualizado da dimensão material nos impede de utilizá-la no ordenamento brasileiro nos exatos contornos descritos por Sunstein. No entanto, a dimensão formal possui um apelo mais universal, tendo, portanto, uma melhor aplicabilidade em nosso sistema institucional.

2) dimensão formal

A dimensão formal do minimalismo relaciona-se à postura judicial diante de casos que envolvam divergências importantes. Como já apontado, este modo de decidir pode ser caracterizado como uma forma de autorrestrrição judicial. No entanto, há diferenças importantes, pois, embora uma corte minimalista seja, de fato, mais prudente em invalidar as escolhas políticas dos outros Poderes, há lugar para a revisão judicial (SUNSTEIN, 2001, p. X).

O que diferencia uma corte minimalista de outras reside no modo de decidir. Enquanto o tribunal minimalista resolve seus casos sem se manifestar — privilegiando ou descartando — sobre teorias fundamentais, outras cortes, as maximalistas, as utilizam como razão de decidir. Esta diferença no atuar das cortes corresponderia ao que Sunstein aponta como julgamento raso, em oposição a uma decisão profunda da corte (*shallow* e *deep*). A corte minimalista, ao proferir julgamentos rasos, se apoiaria na forma específica dos acordos teóricos incompletos, pois resolveria o caso concreto sem se posicionar sobre alguma teoria profunda (SUNSTEIN, 2001, p. 13). Rasa seria, repita-se, a decisão que *não* se apoiaria em uma teoria fundamental, ao passo que a profunda tomaria partido de uma destas concepções, descartando as demais.

Por exemplo, uma decisão judicial que afirme, de maneira rasa, que determinada cláusula

de barreira eleitoral é inconstitucional por ter requisitos restritivos demais é diferente de privilegiar uma concepção geral do princípio democrático, cujo conteúdo proíba a instituição de toda e qualquer barreira de desempenho. Mesmo pessoas que professam doutrinas diversas acerca da democracia — e, talvez, até incompatíveis entre si — podem discordar daquela cláusula de barreira em específico, sem que seja necessário algum consenso quanto à ideia de fundo. Deste modo, a corte abriria espaço para que os órgãos representativos, mais bem posicionados do ponto de vista da legitimidade democrática, possam se debruçar sobre questões políticas amplas e gerais.

Por outro lado, ao decidir, a corte minimalista se ater a ao caso que a ela foi levado, sem tentar estabelecer algum comando geral que possa resolver outras situações — seria a chamada atuação estreita, que se opõe a uma postura ampla da corte (*narrowness* e *width*) (SUSTEIN, 2001, p. 10). Os casos seriam resolvidos um a um, tornando a construção jurisprudencial gradual e comedida. As mudanças, portanto, não ocorreriam de forma abrupta, sendo necessária uma construção passo a passo por parte da corte. Tal atuar teria a grande vantagem de evitar uma postura mais arrojada do tribunal que, a partir de um caso, procuraria resolver um sem número de situações, o que incrementa risco de situações futuras não vislumbradas pela corte terem uma solução imperfeita ou até mesmo injusta. A postura estreita, portanto, não deixa de ser o exercício de humildade judicial, pois reconhece a incapacidade de alguma corte — por melhor que seja — criar comandos que resolvam os mais diferentes casos de maneira sempre correta.

Para ilustrar, um caso hipotético de contornos exagerados é útil. Imagine-se um parlamento que aprove uma lei permitindo o aborto eletivo até a 24ª semana da gravidez, sendo tal norma desafiada na corte constitucional daquele país. Nesse contexto hipotético, uma das opções seria o tribunal atuar de maneira maximalista, no sentido de se adotar determinada teoria fundamental, tornando a decisão profunda (*deep*). A corte pode julgar, por exemplo, a lei inconstitucional ao fundamento de que a vida humana se inicia na concepção, sendo necessária sua total proteção desde este momento⁴. Nesse caso, por se privilegiar determinada visão sobre o assunto (no caso, que a constituição protege a vida do embrião desde a concepção), pouco espaço haveria para se (re)discutir tal questão nos poderes representativos do Estado. Além disso, este precedente, potencialmente, teria um alcance amplo (*width*), na medida que, ao fixar juridicamente o ponto do início da vida humana, seria incoerente não aplicar esta razão de decidir nos casos de gravidez resultante de violência sexual, ou ainda nas questões relativas à pesquisa científica envolvendo

4 Neste ponto, é interessante citar o chamado caso Aborto I, julgado em 1972, pelo Tribunal Constitucional Federal alemão. O pano de fundo da decisão foi a alteração do código penal da Alemanha ocidental a fim de descriminalizar os abortos eletivos nas primeiras 12 semanas de gestação. Aprovada a lei, 193 membros do Bundestag, juntamente com alguns governos estaduais, desafiaram a constitucionalidade do ato normativo. A Corte decidiu apontando que, por ser uma vida, o feto deveria ser protegido pelo Estado. E, mais que isso, tal proteção não deveria ocorrer por outro meio senão pelo direito penal. O Estado possuiria o chamado *duties to protect*, o que lhe impõe uma atuação ativa para promoção dos direitos constitucionais (no caso, a vida e a dignidade da pessoa humana do feto). Deste modo, não seria dado ao Parlamento retirar a proteção do direito penal no que toca ao aborto (COLLINGS, 2015, p. 142)

embriões.

Por outro lado, caso a corte assumisse uma postura minimalista, evitando enfrentar a questão fundamental envolvida, mas apontando, por exemplo, que a lei é inconstitucional tão somente por considerar o marco temporal (24^a semana) extensivo demais, a situação seria bem diferente. Nesse caso, o julgado seria raso e estreito (*shallow e narrow*). Raso porque, não adotando determinada concepção fundamental acerca do início da vida humana, deixaria a discussão para parlamento, cujo desenho institucional é melhor preparado para absorver a pluralidade social. Nada impediria, por exemplo, o Legislativo de editar nova lei autorizando o aborto até a 12^a semana. E, ainda, seria estreito, pois não se fixando a uma teoria fundamental que diga se o início da vida humana se dá neste ou naquele momento, o precedente seria mais restrito, praticamente não se aplicando em casos futuros que envolvam esta questão.

2.e. maximalismo x minimalismo

Nesse ponto, seria interessante contrapor a postura minimalista com a maximalista. Diga-se primeiramente que o maximalismo não é uma teoria de contornos definido. É basicamente uma predisposição das cortes em proferir decisões profundas e amplas. São posturas que fazem os tribunais avançarem em matérias que trazem consigo profundas divergências das mais variadas (filosóficas, morais, religiosas, etc) (2001, p. 26). Na medida do grau de intervencionismo adotado, o tribunal procura resolver a questão escolhendo alguma doutrina geral, afastando as demais. O julgamento, assim, não se restringe apenas às questões concretas levadas à corte. Mais que isso, tenta pacificar a divergência de fundo — ainda que tal ponto não tenha sido resolvido pelos poderes representativos do Estado. Além disso, o resultado do julgado procura se traduzir em um comando geral pretensamente capaz de resolver diversas outras situações, ainda que não seja possível conceber, no momento da decisão, muitas destas questões futuras.

É preciso esclarecer que quando se fala em cortes maximalismo ou minimalismo não se está diante de uma classificação de *tudo ou nada*. Ou seja, não se pode classificar simplesmente uma corte como maximalista ou não. Trata-se, em verdade, de um *continuum*. Conforme uma série de fatores (matéria enfrentada, momento político, etc) a corte pode pender mais ou menos para um dos polos. A análise, portanto, ainda que se possa identificar certas tendências de alguns tribunais, sempre deve levar em conta a postura da corte numa decisão específica.

No contexto estadunidense, há clássicas decisões maximalistas. *Dred Scott v. Sandford* (1857) talvez seja o exemplo negativo mais claro. A Suprema Corte dos Estados Unidos procurou definir a questão de fundo (escavidão), que era o substrato teórico do caso concreto, em um momento em que a divergência sobre o assunto era viva e vista como existencial na sociedade

americana (McPHERSON, 1988, p. 170-185). A Corte poderia ter se limitado aos estreitos contornos da questão (se a pessoa envolvida - Dred Scott - deveria ou não permanecer em escravidão), no entanto, em uma atuação maximalista, procurou definir a questão de fundo acerca da justiça ou injustiça da escravidão, bem como a possibilidade de sua expansão nos novos estados daquele país. Do mesmo modo, *Roe v. Wade* (1973) procurou pacificar uma questão que era altamente divergente: o aborto. Indo além do caso concreto, Roe estabeleceu, a partir de uma norma implícita da Constituição americana (intimidade), o direito ao aborto. A divergência acerca do assunto na sociedade era, e ainda é, bastante intensa (MARINONI, 2021, p. 181).

Como dito, parece claro que uma corte não possa ser sempre minimalista ou sempre maximalista. Conforme uma série de fatores (matérias que se está decidindo, momento político, etc), a forma de atuar muda. No entanto, é razoável enxergar na postura do Supremo Tribunal Federal (STF) um grau maximalista considerável. Não que não haja matérias em que o STF procure atuar de maneira mais autocontida. Por exemplo, nos casos envolvendo cassação de parlamentares por quebra de decoto, o Tribunal, ao longo dos anos, tem entendido que a “cassação do mandato é uma questão política (*political question doctrine*) por caber exclusivamente ao Parlamento, impossibilitando ao Judiciário conhecer sobre o mérito da cassação, ou seja, se houve ou não quebra de decoro parlamentar” (BIM, 2006, p. 67).

No entanto, ainda que haja casos em que a Corte atua de maneira mais autocontida, não são raros os julgamentos profundos e amplos, os quais, inclusive, trazem autoproclamações de um papel bastante ativo do Tribunal, que é apresentado como um elemento necessário à realização de um projeto transformador. E, muitas vezes, tal projeto envolve matérias altamente divergentes. Essa maneira maximalista de atuar pode ser claramente percebida no modo como um de seus mais destacados membros — Ministro Luís Roberto Barroso — enxerga o papel da corte: “Para além do papel puramente representativo, tribunais constitucionais desempenham, ocasionalmente, o papel iluminista de empurrar a história quando ela emperra” (BARROSO, 2017, p. 60).

Não se está a afirmar que a linha maximalista é essencialmente produtora de maus resultados. Há elementos positivos no maximalismo que são claros. Uma decisão que firme um comando geral capaz de resolver processos futuros traz uma segurança jurídica muito maior do que o método de decidir caso a caso os processos que chegam à corte. Ademais, sobretudo no que toca a processos que lidam com direitos de minorias ou com questões ligadas à participação política, é inegável que posturas maximalistas de tribunais possam ser benéficas (SUNSTEIN, 2001, p.57). Decisões como a proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI n. 7277, que reconheceu a legitimidade das uniões homoafetivas, ou como a emanada pela Suprema Corte do EUA em *Brown v. Board of Education* (1954), que apontou como inconstitucional o regime de segregação racial nas escolas americanas, são maximalistas e devem ser celebradas.

É preciso apontar, inclusive, que, para uma corrente de pensamento, a linha maximalista melhor se harmoniza com uma concepção mais moderna de democracia. Nessa visão, a democracia não se reduziria ao governo do povo por seus representantes (aspecto formal), haveria também nela um caráter substantivo, isto é, existiriam elementos essenciais ao regime democrático sem os quais ocorreria sua descaracterização. Separação dos poderes, existência de um Judiciário independente, *rule of law* e, sobretudo, respeito aos direitos humanos seriam valores que devem ser protegidos pelas cortes, por vezes limitando-se a própria vontade da maioria. O papel do juiz, portanto, nesta concepção, seria a defesa do aspecto substantivo da democracia, mesmo quando haja choque com sua dimensão formal (BARAK, 2008, p. X). A análise do acerto ou equívoco desta visão foge ao escopo deste trabalho, basta aqui afirmar que é uma linha deveras defendida no mundo jurídico – inclusive o brasileiro.

Contudo, há que se apontar que a alternativa minimalista pode ser benéfica ao funcionamento das instituições. Cortes exercendo uma função mais contida, focando sua atuação não na resolução de questões divergentes profundas, mas em acordos teóricos incompletos específicos, pode significar um ganho institucional. E isso ocorre porque três razões. A primeira dela diz respeito à própria democracia. Decisões minimalistas permitem uma abertura de espaço importante para que instâncias representativas absorvam e processem os dissensos mais fundamentais. Existe no minimalismo, portanto, um elemento promotor da democracia deliberativa (SUNSTEIN, 2001, 24). Ora, na forma democrática de organização estatal, o controle eleitoral é central. Assim, uma doutrina constitucional que aloque as decisões mais fundamentais justamente naquelas autoridades que são, via de regra, responsáveis eleitoralmente (sobretudo os membros do Parlamento), termina por promover a própria democracia.

E mais do que isso: o intercâmbio de razões de pessoas com diferentes perspectivas é uma força construtiva na democracia. Inibir o debate em uma sociedade plural costuma ter o efeito de retardar uma evolução que poderia ocorrer caso o curso do enfrentamento político tivesse seguido naturalmente. O dissenso, quando processado por instituições que sejam desenhadas justamente para promover o debate público e para representar a pluralidade do corpo social, reforça o caráter deliberativo da democracia, ressaltando-se assim a força propulsora da divergência. Nesse quadro, levando em conta que os tribunais não costumam ter uma composição representativa, uma decisão judicial prematura pode inibir, ou mesmo interromper, um fluxo evolutivo do assunto em questão. Veja-se o exemplo da decisão da Suprema Corte dos EUA *Roe v. Wade* (1973), que, com base no implícito direito constitucional à intimidade, garantiu o aborto até o 3º mês de gestação⁵. Ainda que se possa concordar – ou discordar – do mérito do julgado, é inegável que a Corte atuou de maneira maximalista. E para a *Justice* Ruth Bader Ginsburg a decisão foi um elemento que paralisou o

5 Posteriormente, em *Planned Parenthood v. Casey* (1992), a corte alterou este marco temporal, mantendo, todavia, o cerne da possibilidade de abortar como expressão do direito constitucional à intimidade

momentum político pró-aborto que vinha crescendo na década de 70 (MARINONI, 2022, p. 181). Cristalizada a discussão política, não houve mais avanços no processo legislativo acerca da questão, o que contribuiu para que, anos mais tarde, devido a uma guinada conservadora na composição da Corte⁶, houvesse uma alteração substancial do quadro: o tribunal, superando o estabelecido em *Roe*, afirmou em *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* (2022) que a Constituição americana não garante o direito ao aborto.

A segunda razão pela qual a alternativa minimalista se torna interessante trata-se da redução do fardo de decidir (SUSNTEIN, 2001. p. 4). Ao limitar-se o objeto da decisão, o custo de decidir diminui. Não só porque seja mais difícil se chegar a uma conclusão – sobretudo quando quem decide é um colegiado – acerca de uma teoria geral que fundamente uma gama enorme de questões (exemplo: quando se inicia a vida humana, quais arranjos familiares são protegidos pelo ordenamento, etc) -, mas também pelo custo político de decidir tais questões. Na linha do que foi exposto sobre os acordos teóricos incompletos quanto a um resultado específico, caso a corte penda para uma teoria fundamental, em detrimento das demais, os opositores à concepção vitoriosa se enxergariam em um ambiente que rejeita, quase completamente, seu modo de pensar quanto ao ponto. Com isso, a instituição que decidiu privilegiar determinada doutrina fundamental atrairia para si, muito provavelmente, enorme criticismo e, no limite, poderia ver uma diminuição da percepção de sua legitimidade. Por outro lado, se se decida de maneira minimalista, o custo político para a Corte será menor. Pois, quem perde em uma situação particular, perde menos.

Outro aspecto do custo político do maximalismo é a potencialidade de colocar a corte em rota de colisão com outras instituições. Por tender a privilegiar alguma concepção fundamental, a postura maximalista pode fazer com que os demais Poderes, que eventualmente defendam outra visão sobre o assunto, não vejam alternativa senão o confronto. De modo inverso, a possibilidade de conflito é atenuada no minimalismo, pois a decisão, ainda que possa trazer algum atrito com outros Poderes, não será encarada como uma rejeição total da visão de mundo prevalente na outra instituição. Aqui, o exemplo histórico do embate entre a Presidência de Franklin Delano Roosevelt (FDR) e a Suprema Corte dos EUA acerca do *New Deal* ilustra bem a questão.

O conflito teve sua gênese na necessidade de enfrentar a crise econômica do fim dos anos 20. Para tanto, FDR promoveu a edição de um conjunto de atos normativos e de políticas públicas que, em tintas gerais, permitiam uma maior delegação da atividade legislativa às agências executivas e uma maior intervenção do Estado na atividade econômica. No entanto, a Suprema Corte - firme em seu caráter mais conservador fruto de anos de domínio do partido republicano na política nacional⁷ – adotou uma linha maximalista e privilegiou uma concepção fundamental que

6 A consolidação do cunho conservador da composição da Corte se deu com a nomeação de três *justices* pelo então Presidente Donald Trump: Brett Kavanaugh, Neil Gorsuch e Amy Coney Barrett.

7 O democrata FDR, ao se tornar presidente em 1933, encontrou uma corte composta por membros escolhidos em um

impedia este papel mais ativo do Estado pretendido por FDR. Basicamente, enquanto o Executivo e o Legislativo impulsionavam políticas interventivas na atividade econômica, a Corte adotou uma concepção geral que enxergava como imprópria a delegação de matérias legislativas a outros órgãos do Executivo e como inconstitucional a intervenção da esfera pública na área econômica. Com tais comandos profundos e amplos, o tribunal, a partir de 1935, começou a invalidar importantes peças normativas do arcabouço legal do *New Deal* (REHNQUIST, 1987, cap. 6).

A postura da Corte, segundo FDR, chocava-se com a própria fundação do poder estatal na moderna sociedade industrial (KENNEDY, 1999, p. 327). O custo político a ser pago pela Corte ficou evidenciado na reação do Executivo. Após a acachapante vitória democrata nas eleições de 1936⁸, Roosevelt anunciou seu plano de reformar o judiciário. De todas as mudanças, a mais importante era a reformulação da composição da Suprema Corte. Na regra pretendida, o Presidente poderia nomear um *justice* adicional, até que o tribunal chegasse a 15 membros, toda vez que um dos atuais juizes se recusasse a se aposentar quando fizesse 70 anos. A tentativa de reforma logo ficou conhecida como *court-packing plan* (REHNQUIST, 1987, cap. 6). Nesse quadro, o custo político da adoção de uma postura maximalista se tornou tão alto que a Corte se viu obrigada a recuar. Proferindo a decisão *West Coast Hotel v. Parrish* (1937), o Tribunal alterou seu entendimento anterior, e, por um placar de 5x4, considerou constitucional a legislação do estado de Washington que instituíra o salário-mínimo. Assim o fazendo, a Corte sinalizou aos poderes representativos que passaria a adotar uma postura mais deferente em relação às políticas do *New Deal*.

Por fim, a terceira razão que torna o minimalismo uma postura promissora diz respeito a seu caráter mitigador de erros. Erros judiciais sempre existirão. No entanto, enquanto o maximalismo amplifica os efeitos do erro judicial, o minimalismo possui um elemento de contenção da má decisão. O julgado maximalista, por definição, tende a irradiar suas razões para outros casos, mesmo os futuros. Portanto, caso uma decisão maximalista gere um comando geral ruim, o efeito será a replicação da injustiça para outras situações. Por outro lado, o minimalismo, por preferir decisões estreitas, tende a produzir um resultado restrito ao processo que se decide, permitindo que outras situações sejam resolvidas de maneira diferente no futuro. Tal ideia tem um apelo bastante grande quando se trata de áreas que estão em constante evolução. Imagine-se uma decisão acerca da liberdade de expressão na internet. Um comando geral, pretensamente construído para ser aplicado em casos futuros, é extremamente temerário. Uma decisão maximalista ruim hoje que envolva

passado de hegemonia republicana. Havia apenas dois justices apontados por um presidente democrata (Woodrow Wilson nomeara o liberal Brandeis e o conservador McReynolds). Os demais membros tinham sido escolhidos por presidentes republicanos. Mais do que isso, cerca de 80% dos quadros do judiciário federal, contanto todas as instâncias, eram 'indicações republicanas' (KENNEDY, 1999, p. 327).

8 FDR foi reeleito ganhando em todos os estados exceto em dois; o Senado passou a ser composto por 75 democratas, 18 republicanos e 2 independentes; na *House of Representatives* a vantagem democrata chegou a uma proporção de 4 para 1.

internet virá, potencialmente, a ser aplicada para uma infinidade de casos que sequer são concebidos atualmente, dado o grau de dinamismo evolutivo dessa tecnologia (SUNSTEIN, 2001, 49).

Tome-se o exemplo dos *Civil Rights cases*, julgados pela Suprema Corte do EUA em 1883⁹. Neste julgamento, a Corte declarou a inconstitucionalidade da lei dos direitos civis de 1875, cujo conteúdo impedia a discriminação racial por entes privados (especificamente estabelecimentos ligados a “*accommodation, public transport, theaters*”). Em uma postura maximalista, o Tribunal entendeu que a Constituição não autorizava o Congresso a legislar neste sentido, uma vez que as proteções constitucionais ligadas à isonomia – 13^a e 14^a emenda – não seriam dirigidas à atuação privada, mas tão somente aos atos estatais. Ou seja, inaugurou-se a chamada doutrina da *State Action*, a qual prescreve que os direitos fundamentais são somente oponíveis ao Estado, e não aos particulares. Tal doutrina, pelo seu caráter maximalista, permanece hígida até hoje no sistema jurídico americano, muito embora comporte uma série de exceções (CHEMERINSKY, 2015, p. 752). Ademais, tal comando teve o impacto de inibir o Congresso de elaborar qualquer legislação ligada aos direitos civis por mais de meio século. Mais que isso, respaldou o regime segregacionista adotado em muitos estados dos EUA (MAURO, 2018, p. 34). Como fica claro, portanto, as razões da decisão maximalista são amplificadas na medida que contamina uma série de áreas que fogem do caso originalmente decidido.

Portanto, caso a decisão seja injusta, a injustiça tende a se perpetuar com o maximalismo. Por outro lado, as decisões minimalistas trazem em si um efeito “compartimentalizador”. Isto é, por seus efeitos ficarem restritos a um número reduzido de casos, trata-se o minimalismo de uma postura interessante quando se leva em conta que juízes, por melhor que sejam e por mais bem-intencionadas que estejam, sempre podem errar.

2.f. minimalismo (e maximalismo) em ação

A fim de aclarar o descrito ainda mais, serão analisados dois processos: um da Suprema Corte dos EUA e outro do Supremo Tribunal Federal brasileiro. Em ambos os casos foram discutidas questões que levantam profundas divergências. O caso brasileiro trata da lei de biossegurança, que envolvia a discussão acerca do início da vida. Por sua vez, o processo americano diz respeito ao aborto, o qual obviamente atrai questões existências. Os dois casos ajudam a compreensão do que foi descrito até aqui, pois tanto em um quanto em outro há manifestações de juízes que seguiram as linhas descritas aqui: maximalista e minimalista. As diferenças, portanto, ficam bastante evidenciadas.

⁹ Na verdade foi o julgamento conjunto dos seguintes casos: *United States v. Stanley*; *United States v. Ryan*; *United States v. Nichols*; *United States v. Singleton*; *Robinson et ux. v. Memphis & Charleston R.R. Co.*. Todos eles envolviam discriminação racial perpetrada por entes privados.

1) ADI 3510

O primeiro caso envolve a Lei n. 11.105/05 (lei de biossegurança), que, em seu art. 5^a, autoriza a utilização de “células-troco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento” para “fins de pesquisa e terapia”. Com a aprovação da lei, a Procuradoria Geral da República ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510/DF, alegando que a norma contrariava “a inviolabilidade do direito à vida”, a qual “acontece na, e a partir da, fecundação”. Por outro lado, os defensores da lei apontavam que sua constitucionalidade decorreria do “direito à saúde e do direito de livre expressão da atividade científica”, não havendo porque proibir o emprego do material embrionário, o qual estaria em vias de descarte, em pesquisas científicas potencialmente benéfica a todos. O processo, portanto, envolvia uma questão que desperta dissensos fundamentais em qualquer sociedade: quando começa a vida humana e a partir de quando o ordenamento passa a protegê-la?

A Ação Direta de Inconstitucionalidade foi julgada improcedente, mas aqui o que importa é destacar as manifestações de dois ministros que adotaram posturas bem diversas, ministro Ayres Britto e ministra Ellen Gracie. Enquanto o ministro Ayres proferiu um voto profundo – no sentido de que procurou responder as questões fundamentais envolvidas, privilegiando uma das concepções fundamentais apresentadas -, sua colega preferiu abordar o tema de maneira rasa, ou seja, encaminhou seu voto sem se manifestar acerca de qual teoria acerca do início da vida era a escolhida pela Corte.

Em seu voto, o ministro Ayres apontou que a proteção constitucional do direito à vida se refere ao nascido, e não aos embriões:

Numa primeira síntese, então, é de se concluir que a Constituição Federal não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa e, nessa condição, dotada de compostura física ou natural. É como dizer: a inviolabilidade de que trata o artigo 5^o é exclusivamente reportante a um já personalizado indivíduo (o inviolável é, para o Direito, o que o sagrado é para a religião). E como se trata de uma Constituição que sobre o início da vida humana é de um silêncio de morte (permito-me o trocadilho), a questão não reside exatamente em se determinar o início da vida do homo sapiens, mas em saber que aspectos ou momentos dessa vida estão validamente protegidos pelo Direito infraconstitucional e em que medida.

E, posteriormente, complementou:

A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-lo, infraconstitucionalmente, contra tentativas esdrúxulas, levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana.

Nos dois trechos do voto, percebe-se o tom maximalista do voto, pois o ministro procurou

definir 1) que a proteção constitucional à vida se resume ao lapso temporal entre o nascimento e a morte, e 2) que o embrião, por ter a potencialidade de se tornar pessoa humana, pode vir a gozar de proteções infraconstitucionais. Ora, o estabelecimento dessas duas premissas torna a decisão bastante profunda, pois tanto no mundo jurídico, quanto na sociedade em geral, existe um sem número de concepções não só quanto ao início da vida, mas também quanto ao grau de proteção que deve gozar embrião em um ordenamento justo. Privilegiando uma dessas concepções, o ministro descarta as demais, aumentando os custos da decisão.

Ademais, em sendo profunda, a decisão acaba por se tornar ampla. Pois, ao estabelecer um forte comando judicial cujo conteúdo anuncia que a Constituição ampara somente a vida extrauterina, gozando o embrião apenas de proteção infraconstitucional, cria-se a tendência de que casos futuros sejam decididos da mesma forma. Imagine-se, por exemplo, que se altere o art. 2º do Código Civil a fim de se revogar a parte que coloca a salvo os direitos do nascituro, ou, ainda, que se altere o Código Penal a permitir o aborto eletivo até o dia anterior ao parto. Aplicando-se puramente as premissas estabelecidas pelo ministro Ayres – ou seja, que a proteção do embrião é apenas infraconstitucional -, não haveria nessas alterações nenhuma incompatibilidade com a Constituição.

Por outro lado, o voto da ministra Ellen Gracie tomou um rumo diferente. Apenas se restringiu a apontar que a escolha do legislador ordinário quanto à lei de biossegurança não é inconstitucional. A ministra deixou, assim, de privilegiar alguma corrente de pensamento acerca do início da vida humana ou da (in)existência da proteção constitucional ao embrião:

Equivocam-se aqueles que enxergaram nesta Corte a figura de um árbitro responsável por proclamar a vitória incontestável dessa ou daquela corrente científica, filosófica, religiosa, moral ou ética sobre todas as demais. Essa seria, certamente, uma tarefa digna de Sísifo.

Conforme visto, ficou sobejamente demonstrada a existência, nas diferentes áreas do saber, de numerosos entendimentos, tão respeitáveis quanto antagônicos, no que se refere à especificação do momento exato do surgimento da pessoa humana.

Buscaram-se neste Tribunal, a meu ver, respostas que nem mesmo os constituintes originário e reformador propuseram-se a dar. Não há, por certo, uma definição constitucional do momento inicial da vida humana e não é papel desta Suprema Corte estabelecer conceitos que já não estejam explícita ou implicitamente plasmados na Constituição Federal. Não somos uma Academia de Ciências. A introdução no ordenamento jurídico pátrio de qualquer dos vários marcos propostos pela Ciência deverá ser um exclusivo exercício de opção legislativa, passível, obviamente, de controle quanto a sua conformidade com a Carta de 1988.

(...)

Assim, por verificar um significativo grau de razoabilidade e cautela no tratamento normativo dado à matéria aqui exaustivamente debatida, não vejo qualquer ofensa à dignidade humana na utilização de pré-embriões inviáveis ou congelados há mais de três anos nas pesquisas de células-tronco, que não teriam outro destino que não o descarte.

Como se percebe, a ministra evitou privilegiar alguma doutrina abrangente acerca do

assunto – não houve definição acerca do início da vida ou do grau de proteção dado pelo ordenamento ao embrião. A manifestação foi rasa. E, sendo assim, tornou-se estreita, pois, não definindo a questão de fundo, o voto não poderia ser utilizado para resolver outras questões ligadas a esse tópico (aborto, direitos hereditários, etc).

2) Dobbs v. Jackson Women's Health Organization (2022)

O segundo caso que se pretende destacar é *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, julgado em 2022 pela Suprema Corte dos EUA. A questão dizia respeito à lei do estado do Mississippi, conhecida como “*Gestational Age Act*”, que proibia abortos eletivos após a 15ª semana de gestação. O pano de fundo da questão, envolta em enorme dissenso social, era a existência ou não de alguma norma constitucional que garantisse o direito ao aborto às gestantes.

Contudo, antes disso de se analisar o julgado, é preciso delimitar como se encontrava a questão do aborto nos EUA. De início, aponte-se que em *Roe v. Wade* (1973) a Suprema Corte havia declarado que o direito à privacidade – norma implícita decorrente do devido processo legal e reconhecida em decisões anteriores¹⁰ - abrangeria a opção da mulher pelo aborto. No entanto, a Corte estabeleceu que tal direito não seria absoluto, permitindo, em certo grau, a regulação estatal de tal interrupção.

Esta possibilidade deu origem a divisão trimestral da gravidez (*trimester framework*). De acordo com o *trimester framework*, no primeiro trimestre da gravidez não haveria possibilidade de restrição, pelo Estado, da autonomia da mulher em decidir pelo aborto. A partir daí até o final do segundo trimestre (ou até a viabilidade extrauterina), existiria espaço para que o Estado regule/restringa as condições da interrupção da gravidez tendo por objetivo a promoção da saúde da mãe. Por fim, no terceiro trimestre, a partir da viabilidade extrauterina surgiria a possibilidade de regulamentação pelo Estado em razão da promoção da saúde da mãe e da potencial vida humana da criança.

O quadro se alteraria parcialmente na década de 90, pois, em *Planned Parenthood v. Casey* (1992), a Corte abandonou a regra do chamado “*trimester framework*”. O Tribunal confirmou a ideia central de *Roe* de que o direito à privacidade abarca à escolha da mulher quanto ao aborto. No entanto, a decisão estabeleceu que, diante dos avanços da medicina que anteciparam a viabilidade fetal, a definição da abrangência regulatória do Estado teria apenas dois períodos distintos, antes e depois da viabilidade de vida extrauterina. Haveria, a partir de *Casey*, a possibilidade de regulação estatal em qualquer período da gestação, desde que isso não representasse um ônus indevido (*undue burden*) ao direito da mãe ao aborto. E, por fim, seria possível a regulação estatal a fim de promover

¹⁰ Vide: *Griswold v. Connecticut* (1965) e *Eisenstadt v. Baird* (1972).

a vida potencial da criança após a viabilidade extrauterina, inclusive sendo legítima a proibição da prática do aborto pelo Poder Público após este marco temporal.

Tal arcabouço jurisprudencial sofreria substancial mudança no ano de 2022, pois o Tribunal afirmou em *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* (2022) que a Constituição americana não garante o direito ao aborto. Ou seja, a regra matriz estabelecida em 1973 de que seria possível extrair o direito à intimidade do devido processo legal, o que, em última instância, permitiria o aborto eletivo em dadas situações, foi totalmente superada. Com a nova decisão, passa a não haver proteção à mulher quanto ao aborto na Constituição, cabendo aos estados a decisão final acerca do assunto. Como já apontado, há críticas à *Roe* justamente pelo seu tom maximalista. A *Justice* Ruth Bader Ginsburg, por exemplo, afirmou que o julgado teve o efeito de paralisar o movimento político pró-aborto que vinha crescendo na década de 70 (MARINONI, 2022, p. 181).

No entanto, se *Roe* é passível de críticas pelo maximalismo, é igualmente verdadeiro que a Corte, em *Dobbs*, atuou de maneira igualmente maximalista – ou até mais. Como se apreende da *opinion of the court*, os juízes optaram por uma brusca guinada jurisprudencial, pois apontaram, expressamente, que o conteúdo do devido processo legal (14ª emenda) não abarcaria a escolha da mulher quanto ao aborto. Em outras palavras, a regra matriz de *Roe*, que enxergava na Constituição o implícito direito à intimidade autorizadora do aborto, foi rejeitada. Fundamentando a decisão, *justice* Samuel Alito, escrevendo pela maioria, asseverou que o devido processo legal somente incorpora direitos não mencionados no texto constitucional quando estes estiverem profundamente enraizados na história institucional estadunidense, e, mais que isso, tão somente quando configurassem um elemento essencial à ideia protetiva de liberdade daquele país. O aborto, na visão da maioria, não se encaixaria nesses requisitos.

A amplitude da decisão (*width*) se expressa justamente em superar um direito implícito que outrora havia sido reconhecido pela Corte, adotando-se, para tanto, uma teoria fundamental (“a Constituição não protege o direito à escolha da gestante quanto ao aborto”). Assim agindo, o Tribunal abre espaço para a revisão de um sem número de julgados que reconheceram direitos não expressos ligados à privacidade.

Bem é verdade que a maioria da Corte procurou explicitar que a nova interpretação não seria aplicável a outros casos envolvendo o direito à intimidade, tais como *Griswold* e *Eisenstadt* (uso de contraceptivos), *Lawrence* (criminalização da sodomia) e *Obergefell* (casamentos homoafetivos). Para a Corte, a crítica diferença de *Dobbs* para os demais casos seria a existência de outro valor constitucional a ser sopesado: a proteção ao embrião. Tal aspecto, para a maioria, inexistia em situações envolvendo, por exemplo, o casamento gay. No entanto, a própria adoção de uma postura maximalista convida à utilização do precedente em casos futuros – e mesmo à revisão dos passados. É o que fica explícito na manifestação do *justice* Clarence Thomas:

For that reason, in future cases, we should reconsider all of this Court’s substantive due process precedents, including *Griswold*, *Lawrence*, and *Obergefell*. Because any substantive due process decision is “demonstrably erroneous,” *Ramos v. Louisiana*, 590 U. S. ___, ___ (2020) (THOMAS, J., concurring in judgment) (slip op., at 7), we have a duty to “correct the error” established in those precedents, *Gamble v. United States*, 587 U. S. ___, ___ (2019) (THOMAS, J., concurring) (slip op., at 9). After overruling these demonstrably erroneous decisions, the question would remain whether other constitutional provisions guarantee the myriad rights that our substantive due process cases have generated. For example, we could consider whether any of the rights announced in this Court’s substantive due process cases are “privileges or immunities of citizens of the United States” protected by the Fourteenth Amendment.

Por outro lado, o *chief justice* John Roberts, embora tenha se juntado à maioria no toca ao resultado do julgamento, adotou uma postura minimalista em suas razões. Ou seja, Roberts também considerou constitucional a lei do estado do Mississippi que proíbe abortos eletivos após a 15ª semana de gestação, entretanto, sua motivação foi bem diversa dos demais membros. Primeiramente, anunciou que a Corte deveria atuar de maneira a decidir somente aquilo que é necessário para se chegar à resolução do caso (*If it is not necessary to decide more to dispose of a case, then it is necessary not to decide more.*). Apontou, em seguida, que, em *Dobbs*, não havia necessidade de se superar o precedente já estabelecido há décadas em *Roe/Casey*. Haveria, pois, um caminho menos maximalista para a Corte.

Nesse ponto, Roberts identificou duas regras estabelecidas nos julgamentos anteriores da Corte. A primeira delas seria a regra matriz de *Roe* que afirma o direito ao aborto com base na intimidade (amparada pelo devido processo legal). A segunda regra, por sua vez, se trata do marco temporal, estabelecido em *Casey*, baseado na viabilidade fetal. Para Roberts, uma postura mais autocontida da Corte apontaria para a superação da segunda regra, mas indicaria, por outro lado, a manutenção da primeira, sobretudo em se tratando de uma cultura jurídica bastante ancorada na força vinculativa do precedente:

Following that “fundamental principle of judicial restraint,” *Washington State Grange*, 552 U. S., at 450, we should begin with the narrowest basis for disposition, proceeding to consider a broader one only if necessary to resolve the case at hand. See, e.g., *Office of Personnel Management v. Richmond*, 496 U. S. 414, 423 (1990). It is only where there is no valid narrower ground of decision that we should go on to address a broader issue, such as whether a constitutional decision should be overturned. See *Federal Election Comm’n v. Wisconsin Right to Life, Inc.*, 551 U. S. 449, 482 (2007) (declining to address the claim that a constitutional decision should be overruled when the appellant prevailed on its narrower constitutional argument).

E, de fato, superando-se apenas regra da viabilidade, o caso poderia ser resolvido analisando se a lei do Mississippi, que baniu abortamentos após a 15ª semana de gestação, seria compatível com a ideia central de *Roe*, qual seja, o aborto como um direito amparado no devido processo legal. Roberts faz, inclusive, este exercício e conclui que não há nenhuma

incompatibilidade, pois a proibição pós-15ª semana oportunizaria tempo suficiente para a gestante exercer seu direito. Dessa forma, a Corte poderia considerar constitucional o “*Gestational Age Act*”, sem adotar uma postura maximalista. O precedente, inclusive, não convidaria, como o faz atualmente devido ao maximalismo da maioria, à revisão de outros julgados ligados ao direito à intimidade. Tratando de maneira estreita a questão, o Tribunal não se veria constrangido em utilizar as mesmas razões em casos como Obergefell. Ademais, as leis estaduais futuras envolvendo aborto não seriam analisadas utilizando-se um comando amplo (como era o da viabilidade de Roe ou como é o fixado em Dobbs). No caso a caso, os *justices* apontariam se o ato normativo em questão seria compatível com a regra matriz de Roe, bem como se as motivações do legislador seriam razoáveis.

2.g. conclusões do capítulo

O presente capítulo se iniciou com dois alicerces que foram resumidos no que é chamado de circunstâncias da política: a necessidade da construção de decisões políticas levando em conta que as divergências são um traço permanente na sociedade. É algo inescapável: o dissenso acompanha todo e qualquer corpo social plural e, mais que isso, é algo que permanece mesmo depois que a decisão foi tomada. Dessa forma, se nem sempre – ou quase nunca – o consenso é possível, foram construídos meios que o contornam para se obter uma decisão política. São os chamados acordos teóricos incompletos.

Tais modos de decidir se apresentam de duas formas. Ou podem apelar para abstrações gerais, como, por exemplo, devido processo legal ou direito à igualdade, deixando-se a definição do conteúdo concreto da decisão para outro momento; ou buscam tratar de questões específicas, sem que haja necessidade de se resolver questões mais amplas e gerais. Os acordos teóricos incompletos possuem a vantagem de promoverem a estabilidade, a harmonia do corpo social, a redução do custo político de decidir e, por fim, a adaptabilidade à mudanças.

Mas quais seriam as implicações no que toca às Cortes de tais modos de decidir? Afinal, questões controvertidas são levadas ao Judiciário, que, de uma forma ou outra, precisa entregar alguma decisão. Nesse ponto, a corrente de pensamento que melhor se comunica com os acordos teóricos incompletos é o minimalismo judicial, como apresentado por Sunstein.

Os tribunais podem adotar posturas maximalistas, a qual tem por traço característico a tentativa de resolver as questões postas de uma forma a privilegiar determinada doutrina fundamental geral. O maximalismo, no sentido que dá Sunstein, portanto, faz as cortes avançarem em matérias que trazem consigo profundas divergências das mais variadas (filosóficas, morais, religiosas, etc). Na medida do grau de intervencionismo adotado, o tribunal procura resolver a questão escolhendo alguma doutrina geral, afastando as demais. O julgamento, assim, não se

restringe apenas às questões concretas levadas à corte. Mais que isso, tenta pacificar a divergência de fundo — ainda que tal ponto sequer tenha se assentado na Sociedade. Ademais, o resultado do julgado procura se traduzir em um comando geral pretensamente capaz de resolver diversas outras situações, ainda que não seja possível conceber, no momento da decisão, muitas destas questões futuras.

Ainda que esta linha maximalista seja bastante difundida, é importante apontar que uma alternativa institucional pode ser benéfica ao funcionamento das instituições. Cortes exercendo uma função mais contida, focando sua atuação não na resolução de questões divergentes profundas, mas em acordos teóricos específicos, pode significar uma abertura de espaço importante para que instâncias políticas absorvam e processem os dissensos mais fundamentais. E aqui o minimalismo como desenhado por Sunstein é central. De início, aponte-se que a postura minimalista pode ser caracterizada como uma forma de autorrestrição judicial. No entanto, não são meros sinônimos, pois, embora uma corte minimalista seja, de fato, mais prudente em invalidar as escolhas políticas dos outros Poderes, há lugar para que haja, em algum grau, a revisão judicial destas decisões.

O ponto mais significativo seria a autorrestrição da corte em lidar com doutrinas fundamentais gerais. O tribunal minimalista evitaria a tentativa de resolver tais questões, procurando um resultado concreto sem apelar — privilegiando ou descartando — alguma das doutrinas gerais existentes. Seria um julgamento raso, em oposição a uma decisão profunda da corte (*shallow e deep*). Por outro lado, ao decidir, a corte se ateria ao caso que a ela foi levado, sem tentar estabelecer algum comando geral que possa resolver outras situações — seria a chamada atuação estreita, que se opõe a uma postura ampla da corte (*narrowness e width*).

Obviamente, há méritos na postura maximalista. Não é objetivo deste trabalho apontar que o maximalismo produz necessariamente maus resultados. No entanto, o minimalismo pode ser interessante do ponto de vista institucional. E isso ocorre porque três razões: 1. decisões minimalistas permitem uma abertura de espaço importante para que instâncias representativas absorvam e processem os dissensos mais fundamentais. Existe no minimalismo, portanto, um elemento promotor da democracia deliberativa; 2. o minimalismo reduz fardo de decidir, não só porque seja mais difícil se chegar a uma conclusão acerca de uma teoria geral que fundamente uma gama enorme de questões, mas também pelo custo político de decidir tais questões. Na linha do que foi exposto sobre os acordos teóricos incompletos quanto a um resultado específico, caso a corte penda para uma teoria fundamental, em detrimento das demais, os opositores à concepção vitoriosa se enxergariam em um ambiente que rejeita, quase completamente, seu modo de pensar quanto ao ponto; e, finalmente, 3. a postura minimalista possui um caráter mitigador de erros. Enquanto o maximalismo amplifica os efeitos do erro judicial, o minimalismo possui um elemento de contenção da má decisão. O julgado maximalista, por definição, tende a irradiar suas razões para outros casos,

mesmo os futuros. Por outro lado, o minimalismo, por preferir decisões estreitas, tende a produzir um resultado restrito ao processo que se decide, permitindo que outras situações sejam resolvidas de maneira diferente no futuro.

Capítulo II

3. O Apelo ao Legislador

3.a. roteiro do capítulo

Este capítulo tem o objetivo principal apresentar o instituto chamado de Apelo ao Legislador (*Appellentscheidung*), técnica decisória criada pela Corte Constitucional Federal alemã, que, ao identificar uma dificuldade constitucional de uma norma, adverte o Parlamento da necessidade de correção. Para tanto, será percorrido um caminho que se iniciará pelo estudo dos chamados períodos de graça do controle de constitucionalidade, mais especificamente, como as cortes, em nome de valores como a segurança jurídicas, conceberam instrumentos hermenêuticos que amenizam os impactos da retroatividade do controle de constitucionalidade. Após, será percorrida a análise, no contexto da Corte Constitucional alemã, da origem dos mecanismos teóricos do Apelo ao Legislativo. Aqui se verificará como ocorreu o desenvolvimento dos dois módulos da *Appellentscheidung*: a) período de graça, que permite uma sobrevida à legislação cuja constitucionalidade está em xeque e b) elemento admonitório expresso, que representa o chamado da Corte ao Parlamento da necessidade de atuação por meio do processo legislativo. Com esse arcabouço teórico, a caminhada analítica do uso em si do instituto ocorrerá por meio do estudo de diversas decisões da Corte Constitucional alemã, as quais serão classificadas em quatro grupos. Por fim se olhará *en passant* para as principais críticas que se fazem ao instituto (sobretudo, a falta de previsão legal, a visão do elemento admonitório como *obiter dictum* e a avaliação de que tal método seria uma interferência indevida no Legislativo).

3.b. períodos de graça do controle de constitucionalidade

O controle judicial de constitucionalidade, outrora descrito por Tocqueville como uma singularidade norte-americana (2010, p. 97), se espalhou a ponto de se tornar um elemento quase onipresente nas democracias liberais da atualidade. Cada vez mais, países passaram a adotar alguma forma de *constitutional review* a ser exercido pelo Poder Judiciário (ISSACHAROFF, 2010, p. 4-5). Se o crescimento do controle de constitucionalidade já se apresentava no pós-Segunda Guerra Mundial, tal processo se tonou ainda mais marcante com o desmantelamento da União Soviética (BÖCKENFÖRDE, 2017, p. 186). Tanto é assim que se, em 1951, tal instituto se encontrava em 38% dos sistemas jurídicos do mundo, tal fração saltou para 83% em 2011 (GINSBURG e VERSTEEG, 2013, p. 4). Portanto, em maior ou menor grau, os judiciários passaram a ter o poder

de retirar do ordenamento jurídico o ato legislativo considerado, pelo julgador, incompatível com a constituição¹¹.

Correlato ao crescimento do instituto vieram preocupações com eventuais impactos negativos de sua utilização¹². Um desses efeitos colaterais do *judicial review* é o elemento potencialmente desestabilizador do sistema legal. Melhor explicando, como em muitos sistemas legais a inconstitucionalidade é vista como um “vício congênito”, conclui-se quase que naturalmente que a norma incompatível com a constituição é nula *ab initio*. Visto dessa forma o fenômeno da inconstitucionalidade, a decisão que a declara tende a possuir eficácia retroativa. E aqui reside seu componente desestabilizador, pois a retroatividade traz desafios significativos do ponto de vista da segurança jurídica. Isso porque as relações jurídicas perfectibilizadas antes da declaração da inconstitucionalidade são colocadas em xeque, uma vez que foram reguladas por norma posteriormente considerada nula. Levando-se às últimas consequências a ideia de que a lei inconstitucional assim o é desde sua elaboração, mesmo as situações jurídicas acobertadas pela *res judicata* seriam revistas, o que não parece desejável¹³ (KUO, 2019, p. 165).

Desse modo, a fim de mitigar esse componente desestabilizador do controle de constitucionalidade, os tribunais e as legislaturas passaram a desenvolver meios que amenizam o impacto retroativo do controle de constitucionalidade no sistema legal. Sem abandonar a ideia da inconstitucionalidade como vício congênito, permitiu-se, em nome da previsibilidade e da segurança jurídica, que as relações jurídicas anteriores, que foram reguladas pela norma tida posteriormente como inconstitucional, mantivessem-se híginas. Isto é, mesmo que a premissa do controle de constitucionalidade seja a invalidade do ato *ab initio*, dá-se uma sobrevida a ele a fim de que as relações jurídicas passadas não sejam afetadas (KUO, 2019, p. 165).

Nesse cenário, as cortes passaram a balancear o princípio da justiça – entendido aqui como a ideia de que uma norma incompatível com a constituição não possa gerar efeitos – com o princípio da segurança jurídica. A depender da área do Direito, um deles prevalece. Na esfera penal, por exemplo, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei incriminadora acaba retroagindo de forma cabal, ao passo que na seara administrativa a previsibilidade do sistema legal

11 Nas clássicas palavras do Chief Justice Marshall em *Marbury v. Madison* (1803), “*an act of the legislature repugnant to the Constitution is void*”.

12 Talvez a principal preocupação com o crescimento do controle judicial de constitucionalidade seja sua inerente tensão com a democracia representativa: “um órgão que não foi eleito, ou que não é dotado de nenhum grau significativo de responsabilidade política, diz aos representantes eleitos pelo povo que eles não podem governar como desejam” (ELY, 2010, p. 6). Se a atividade interpretativa de boa parte das normas constitucionais depende de uma alta carga valorativa, a qual é em alguma medida determinada pela inclinação ideológica do julgador, por que as decisões dos tribunais deveriam prevalecer sobre as escolhas do Legislativo? Em resumo, esta é a chamada dificuldade contramajoritária descrita por Alexander Bickel (1962, p. 16).

13 Não se desconhece o debate acerca da relativização da coisa julgada, o que, em alguma medida, ecoa em dispositivos legais como o §12, do art. 525, do CPC, Aqui apenas se está a afirmar que não seria adequada à construção de um sistema legal calcado na segurança jurídica a revisão de todas as relações jurídicas afetadas por uma lei declarada inconstitucional posteriormente.

tende a prevalecer. Nas palavras de Brünneck, a questão fica ainda mais clara:

This theory-once unconstitutional always unconstitutional-would, if followed strictly, bring chaos and justice at the same time: The eggs laid and scrambled before the decision declaring the statute void would all have to be unscrambled. Therefore the Court's statute tries to strike a balance between the principle of justice and the principles of legal security and predictability. It gives full retroactive effect only in one singular case: a person convicted under a criminal statute which is later declared void may demand a new trial. All other decisions or administrative acts which have become final before the statute was declared void stand as they are: they must not be enforced in the future, but there is no provision for damage sustained by anyone in the past (1972, p. 391).

Um bom exemplo desta ponderação entre a retroatividade natural do controle de constitucionalidade e a necessidade da manutenção da segurança jurídica se encontra no art. 27, da Lei n. 9.868/99, o qual permite ao Supremo Tribunal Federal alterar o início dos efeitos de sua decisão¹⁴. A Corte, de fato, como se verifica de inúmeros precedentes¹⁵, tem estado atenta à necessidade de, por meio da aplicação da técnica que ficou conhecida como modulação dos efeitos da decisão, exercer uma “acomodação otimizada entre o princípio da nulidade das leis inconstitucionais e outros valores constitucionais relevantes, notadamente a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima” (ADI – 3136-ED/MG).

Ademais, essa preocupação do ordenamento em lidar com os impactos do *judicial review* não se limitou da mera substituição do efeito *ex tunc* do controle de constitucionalidade pelo *ex nunc*. Indo além, os tribunais – com ou sem expresse amparo legal – passaram a postergar o início dos efeitos da decisão declaratória de constitucionalidade. Pelas mesmas razões associadas à segurança jurídica e à integridade do sistema legal, instituíram-se os chamados períodos de graça da norma inconstitucional (LAU, 2016, 4), isto é, embora a lei seja declarada incompatível com a constituição, permite-se que ela continue válida por algum tempo. A possibilidade de adoção de períodos de graça está bastante difundida no mundo. Áustria e Turquia os utilizam há décadas (BRUNNECK, 1972, p. 395). Do mesmo modo, as cortes constitucionais da África do Sul, da Colômbia, de Hong Kong (LAU, 2016, p. 5-6) e de Formosa (KUO, 2019) são alguns tribunais que já fizeram ou fazem frequentemente o uso do instituto. No caso do Supremo Tribunal Federal, tal possibilidade é inclusive expressa no já citado art. 27, da Lei n. 9.868/99.

No entanto, ainda que hoje os períodos de graça sejam utilizados com relativa frequência no mundo, não há como não se destacar o papel que o Tribunal Constitucional Federal alemão (no original, *Bundesverfassungsgericht*, de onde se extrai a abreviatura BVerfG) no desenvolvimento de

14 “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

15 Vide: ADI nº 2.240; ADI nº 2.501; ADI nº 2.904; ADI nº 2.907; ADI nº 3.022; ADI nº 3.315; ADI nº 3.316; ADI nº 3.430; ADI nº 3.458; ADI nº 3.489; ADI nº 3.660; ADI nº 3.682; ADI nº 3.689; ADI nº 3.819; ADI nº 4.001; ADI nº 4.009; ADI nº 4.029.

tal instituto. O Tribunal, desde sua inauguração em 1951, se estabeleceu como um modelo exemplar de corte constitucional nos sistemas jurídicos de *civil law* (KUO, 2019, p. 163), tendo já feito nas primeiras décadas de sua existência o uso do chamado período de graça (BRUNNECK, 1972, p. 387). Mas não só pela influência da Corte alemã no mundo se justifica o estudo de suas técnicas decisórias ligadas à modulação dos efeitos no controle de constitucionalidade. Mais importante que isso – para este trabalho – é o ineditismo da BVerfG em acrescentar um segundo passo na decisão que concede um período de graça a determinado ato legal, qual seja, um apelo ao Legislador para que enfrente a questão em período de tempo.

Trata-se da chamada *Appellentscheidung*. O Tribunal, ao se deparar com algum ato normativo de constitucionalidade duvidosa, mas cuja retirada ab-rupta do sistema legal pode gerar impactos negativos ainda piores, dá à norma uma “sobrevida legislativa”, concedendo ao Legislador uma oportunidade para remediar, por meio do processo legislativo, o vício de inconstitucionalidade. Para tanto, a Corte conclama expressamente, em sua decisão, o Parlamento para que atue modificando o panorama legislativo. O estabelecimento ou não de prazo para que a Casa Legislativa atue é um aspecto que fica reservado à discricionariedade da BVerfG (KOMMER, MILLER, 2012, p. 36). Tal instituto se espalhou para outros países, a Corte Constitucional sul-africana, por exemplo, utilizou a sistemática do apelo ao Legislador no chamado caso Furie, que envolvia a análise da constitucionalidade da proibição dos casamentos homoafetivos. Do mesmo modo, o Judiciário canadense utilizou-se de tal técnica em uma questão envolvendo leis criminais relacionadas aos direitos sexuais dos trabalhadores (LAU, 2016, p. 5 e 20-21). No entanto, ainda que se possam encontrar em outros sistemas legais institutos semelhantes a *Appellentscheidung*, há que se estudar a técnica decisória no ambiente em que originalmente se desenvolveu: nos julgados do Tribunal Constitucional Federal alemão.

Antes, porém, cabe uma ressalva. Em geral, a decisão que concede um período de graça traz também uma declaração de inconstitucionalidade. Ou seja, a norma é considerada incompatível com a constituição, mas, ao mesmo tempo, o julgador determina que os efeitos desta declaração só se façam sentir em determinado tempo futuro. A redação do art. 27, da Lei n. 9,868/99, é exatamente essa: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei (...), poderá o Supremo Tribunal Federal (...) restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de (...) outro momento que venha a ser fixado”. Em outras palavras, a lei é declarada inconstitucional, todavia, por razões frequentemente ligadas à segurança jurídica, se tolera que ela permaneça no Ordenamento por certo tempo. Por sua vez, a BVerfG utiliza um modo diferente. Adota-se a fórmula do “ainda constitucional”. Isto é, não há declaração de inconstitucionalidade no momento do julgamento; pelo contrário, a Corte afirma que a norma é ainda constitucional, mas que ela passará a ser incompatível com a constituição, caso não haja intervenção do Parlamento

(BRÜNNECK, 1972, 396). A diferença, por óbvio, não pode ser totalmente ignorada, e por essa razão se faz essa ressalva. No entanto, o efeito prático das duas formas de decidir é exatamente o mesmo: a norma em xeque continuará a vigor por um tempo e, caso não haja nenhuma mudança, será retirada do ordenamento no futuro.

3.c. origem da *Appellentscheidung* – ferramentas conceituais do período de graça + construção do elemento admonitório

O Apelo ao Legislador possui dois módulos que em conjunto caracterizam o instituto. O primeiro deles trata-se do período de graça, o qual é formulado no modo “ainda constitucional”, isto é, permite-se uma sobrevida de determinado ato legal ainda que sua constitucionalidade esteja em xeque. O segundo módulo, por sua vez, se refere ao exposto elemento admonitório da decisão. Em outras palavras, o Tribunal adverte o Poder Legislativo da necessidade de alteração do quadro normativo – ou, pelo menos, o aconselha acompanhar a situação para verificação de eventual inconstitucionalidade superveniente. É preciso, portanto, analisar a origem desses dois módulos, verificando-se, inicialmente, o surgimento dos instrumentos teórico-conceituais necessários à utilização do período de graça. Após, deverá ser investigado a evolução do chamado elemento admonitório.

1. ferramentas conceituais do período de graça

Conforme já afirmado, o controle de constitucionalidade vem acompanhado da ideia de que uma norma incompatível com a constituição não poderia ter jamais vigido. Com isso em mente, é natural tratar a inconstitucionalidade como algo umbilicalmente associado à ideia de nulidade. Tal associação sempre foi marcante na Alemanha, pois, diferentemente do que ocorreu na Áustria, onde prevaleceu a tese de Hans Kelsen de que o ato normativo inconstitucional é anulável¹⁶ – e, conseqüentemente, a decisão que o retira do Ordenamento tem apenas efeitos *ex nunc* (BARROSO, 2011, p. 41 e 70) –, a BVerfG sempre encarou como nula a lei incompatível com a Constituição (DERTMANN, HEINTZE, 2018, p. 10). Portanto, para a Corte Constitucional alemã chegar a decisões envolvendo períodos de graça, foi preciso evoluir algumas categorias teóricas que permitiram o divórcio conceitual dos institutos de inconstitucionalidade e de nulidade.

Tal afirmação se faz necessária por haver, no Brasil, certa associação do controle

16 Esta ideia decorre, em última análise, da visão que Kelsen tinha do controle de constitucionalidade. Para o austríaco, não se tratava de uma atuação jurisdicional típica, mas, sim, de uma atividade política muito parecida com a do Poder Legislativo. O Judiciário, aqui, exerceria a função de “legislador negativo”. Conseqüentemente, a decisão não declarava a inconstitucionalidade, mas a constituía e, portanto, teria efeitos *ex nunc* (KELSEN, 2020, p. 151-155).

concentrado-abstrato com a doutrina da anulabilidade, o que não está correto. Bem é verdade que o sistema alemão teve influência da Corte Constitucional austríaca no que toca à instituição do modelo concentrado-abstrato. Contudo, não migrou para a Alemanha a doutrina da anulabilidade. Pelo contrário, no Judiciário alemão permaneceu forte a associação entre as noções de inconstitucionalidade e de nulidade (BARROSO, 2011, p. 41). De seu vizinho germânico, portanto, a Alemanha trouxe para si o modelo concentrado-abstrato, no entanto tal “importação” veio desacompanhada da doutrina da anulabilidade. E, assim sendo, foi preciso que a preocupação com a segurança jurídica e a com a integridade do sistema se fizesse sentir para que houvesse uma separação dos conceitos de incompatibilidade, inconstitucionalidade e nulidade (KUO, 2017, p. 164).

Na *common law*, notadamente nos EUA, tal separação teórica se deu por um processo decorrente da própria forma que lá assumiu o controle de constitucionalidade (KUO, 219, p. 170). No contexto destes países, o *judicial review* se desenvolveu no âmbito da atividade judicante típica, ou seja, a análise da compatibilidade de terminando ato normativo com o texto constitucional sempre ocorreu dentro de um processo que tratava de um caso específico (controle concreto de constitucionalidade). Dessa forma, a decisão acerca da constitucionalidade de algum ato estatal naturalmente apresenta uma dualidade: primeiro se enfrenta a (in)constitucionalidade de determinada norma e, posteriormente, se escolhe o “remedy” a solucionar o caso concreto. Transferindo para linguagem processual brasileira, a questão constitucional é enfrentada nas razões de decidir, ao passo que a solução do caso concreto ocorre na parte dispositiva do julgado (KUO, 219, p. 169). Esta dualidade permitiu a construção de ferramentas conceituais que possibilitaram a separação das categorias de inconstitucionalidade e de seus efeitos. Em outras palavras, a própria necessidade de se resolver um caso concreto levou a soluções que afastaram, eventualmente, os conceitos de nulidade e inconstitucionalidade.

A Alemanha, por sua vez, teve que fazer uma caminho diferente para se chegar a esta separação conceitual, pois o foco principal daqueles que elaboraram a Lei Fundamental de 1949, no que toca ao *judicial review*, era o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade. Como se sabe, o controle concreto sequer estava previsto na Lei Fundamental. Houve, é verdade, a instituição da reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) – instrumento de controle difuso e concreto-, todavia isso ocorreu por via legislativa ordinária, sendo que a constitucionalização deste recurso somente ocorreu no fim dos anos 60 (KOMMER, MILLER, 2012, p. 12). Portanto, nos primeiros anos da reconstrução alemã do pós-Segunda Guerra, preponderava, em importância e em foco, o controle concentrado e abstrato.

E nesse modelo de *judicial review* a inconstitucionalidade não é tratada com uma etapa lógica que antecede a resolução de um caso concreto (quando, aí sim, os efeitos da declaração são

tratados separadamente - *remedy*), mas ela própria – a inconstitucionalidade - é o objeto do julgamento. Gera-se, assim, uma dinâmica que tende a fundir os conceitos de inconstitucionalidade e de nulidade. Ademais, a ideia germânica de um sistema hierarquizado de normas (*Stufenbau*), em que a norma inferior retira todo seu fundamento de legitimidade da superior, reforça a doutrina da nulidade (KUO, 2019, p. 163-4).

Em que pese a sistemática alemã contribuir para uma sobreposição conceitual de inconstitucionalidade e nulidade, já em sua fase incipiente a Corte procurou amenizar os impactos da retroatividade da declaração de inconstitucionalidade/nulidade de determinada norma. A separação conceitual, portanto, se deu pela preocupação prática dos magistrados com a segurança jurídica. Assim, para mitigar os efeitos negativos da retroatividade do *judicial review*, a BVerfG passou a desenvolver gradações quanto ao fenômeno da inconstitucionalidade. Conceitos como incompatibilidade, inconstitucionalidade e nulidade foram tomando forma individual, sem serem tratados como sinônimos ou como decorrência lógica um do outro. Tal processo permitiu o aparecimento do instrumental teórico necessário à utilização de arranjos decisórios como, por exemplo, declaração de inconstitucionalidade com efeito ex nunc, períodos de graça, e, inclusive, a própria *Appellentscheidung*:

On the other hand, the GFCC (Germany Federal Constitutional Court) gradually separated the decision on legal effects from the judgment of unconstitutionality by declaring the impugned state act “incompatible” (unvereinbar) with the constitution or simply unconstitutional without ordering it to be invalid/void (nichtig). As a result, unconstitutionality, incompatibility, and invalidity were no longer synonyms. Only a declaration of unconstitutionality buttressed with an order of invalidity would lead to the annulment of the impugned state act. In contrast, a state act found incompatible with the constitution only would remain in force since it was not legally invalidated. With unconstitutionality understood as a graduated state rather than a unitary concept, the doctrinal distinction between invalidity and incompatibility emerged, providing the GFCC with the conceptual tool needed to mitigate the legal effects of finding a state act unconstitutional (KUO, 2019, p. 165-166)

Com este instrumental teórico, criado para se amenizar os impactos da retroatividade da declaração de inconstitucionalidade, foi possível à Corte criar modos de decidir que seriam impensáveis se se mantivesse a associação quase absoluta entre inconstitucionalidade e nulidade *ab initio*. Portanto, o primeiro módulo formador do Apelo ao Legislador é fruto da preocupação da Corte em minimizar o elemento desestabilizador do controle de constitucionalidade. Em nome de outros valores constitucionais – sobretudo a segurança jurídica – o Tribunal enxergou a necessidade de se limitar os efeitos retroativos do julgamento da constitucionalidade ou mesmo dar para a vida uma sobrevida legislativa (período de graça).

2. elemento admonitório

O segundo módulo do Apelo ao Legislador refere-se ao chamado elemento admonitório, isto é, a possibilidade da decisão do controle de constitucionalidade servir como uma provocação para que os demais Poderes atuem na situação em questão. Este elemento admonitório é presente, em maior ou menor grau, em praticamente toda decisão que declara determinada lei inconstitucional. Isso porque, retirada a norma do Ordenamento, costumam surgir situações em que há necessidade de criar uma regulamentação substitutiva daquela foi invalidada. Nesse contexto, a decisão do tribunal muitas vezes traz, ainda que implicitamente, elementos indicativos dos possíveis caminhos normativos da nova normativa.

Evidentemente que este elemento admonitório não é uma particularidade do controle de constitucionalidade alemão. Tal dinâmica é perceptível em qualquer sistema legal. No Brasil, um bom exemplo se trata do caso envolvendo o §1º, do art. 2º, da Lei n. 8.072/90¹⁷. Tal dispositivo negava ao condenado por crime hediondo a possibilidade de progredir de regime de pena, algo que, por anos, foi referendado pelo STF. No entanto, em 2006¹⁸, o Tribunal alterou seu posicionamento passando a entender que a regra em questão violava a norma constitucional garantidora da individualização da pena (art. 5º, inc. XLVI, CF). No ano seguinte, o Congresso Nacional, atento à decisão do STF, aprovou Lei n. 11.464/07, que criou uma nova sistemática para os condenados por crime hediondo (mais rigorosa em comparação aos demais delitos, mas não inviabilizadora da individualização da pena)¹⁹. No caso, ainda que o STF não tenha expressamente conclamado o Parlamento a agir, havia na decisão um elemento admonitório bem perceptível. Tanto é assim que o Congresso a tomou como um verdadeiro apelo para que agisse, utilizando, inclusive, seus parâmetros como guias de elaboração da nova legislação.

Ainda que tal o elemento admonitório seja algo quase inerente em decisões do controle de constitucionalidade, esse aspecto, no ambiente alemão, ganhou uma dimensão ainda maior. Isso porque a BVerfG, já nas primeiras décadas de sua existência, aprofundou esta característica de suas decisões por meio de verdadeiros chamados ao Parlamento, que não só o conclamavam a agir, mas como também indicavam os possíveis caminhos a serem seguidos – tudo de maneira expressa. Tome-se como exemplo o processo, julgado em 1957²⁰, em a Corte se deparou com uma lei tributária que gerava um tratamento desigual, quanto ao imposto de renda, para pessoas casadas e solteiras. Como a lei determinava que os rendimentos dos casais deveriam ser analisados

17 “A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado”.

18 STF - HC 82959, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006, DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510 RTJ VOL-00200-02 PP-00795

19 “A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado” - “A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.”

20 BVerfGE 6, 55 (1957).

conjuntamente, gerava-se, nas famílias em que ambos os cônjuges auferiam renda, a aplicação de uma alíquota maior, uma vez que, ante a progressividade do imposto, a tendência seria a mudança de faixa de tributação. O Tribunal entendeu que esta sistemática violava o artigo 6º, parágrafo 1, da Lei Fundamental (proteção da família e do casamento), e, portanto, a lei em questão foi declarada nula. No entanto, os Juízes acrescentaram expressamente que o artigo constitucional deixava livre ao Legislador a escolha de um sistema que concedesse alguma proteção às pessoas casadas. Este “conselho” foi prontamente seguido pelo Parlamento alemão, que, após a decisão, instituiu o chamado “splitting-system”, que minimiza os efeitos da soma das rendas dos casais (BRUNNECK, 1972, p. 392).

A característica admonitória, portanto, se apresenta quase toda decisão que declara a inconstitucionalidade de uma norma. No entanto, a particularidade alemã está no fato de que, enquanto em outras jurisdições isso ocorre quase sempre de maneira implícita, a BVerfG passou, ao longo do dos anos, deixar explícito ao Parlamento uma espécie de recomendação não só da necessidade de agir, mas como também de quais seriam os possíveis caminhos legislativos que estariam dentro da moldura constitucional. No caso do “Splitting-System”, a Corte expressamente apontou que o artigo constitucional em questão permitia um tratamento diferenciado para os casais. E o mesmo ocorreu em casos envolvendo o poder familiar, o financiamento estatal dos partidos políticos e questões relativas a confusão patrimonial dos bens do casal quando da insolvência civil de um dos cônjuges²¹ (BRUNNECK, 1972, p. 392 e 393).

No entanto, o elemento admonitório das decisões da BVerfG tornou-se ainda mais frequentes nos julgados em que determinado ato legal era declarado “inconstitucional, mas não nulo” (*unconstitutional but not void*). Tal técnica de decisão, utilizada inicialmente sem qualquer previsão legal e depois introduzida no regimento interno do Tribunal, passou a ser aplicada em situações em que a Corte se deparava com uma lei que concedia determinado benefício estatal a certos grupos, ao passo que negligenciava alguma outra parcela da população. Na visão da Corte, a lei era inconstitucional por violar a isonomia, no entanto não havia sentido em invalidá-la porque o efeito prático do julgado seria simplesmente acabar, para todos, com o benefício instituído pela lei. Assim, a solução encontrada foi uma declaração de inconstitucionalidade sem que houvesse a retirada do ato do Ordenamento. Contudo, a Corte não se limitava a apontar a inconstitucionalidade destas lacunas promotoras da desigualdade. Ciente de que a real correção do problema poderia ocorrer por mais de um modo, e que a escolha de qual caminho seguir era política, a BVerfG começou a conclamar o Parlamento a agir:

These unconstitutional gaps mostly appear in statutes providing benefits from public funds for certain groups of individuals, but neglecting others who could claim equal rights under art. 3 para. 1 of the Constitution. In this kind

21 Respectivamente: BVerfGE 10, 59 [82 ff.] (1959) - BVerfGE 20, 56 [97, 115 ff.] (1966) - BVerfGE 24, 104 [112] (1968).

of case a decision declaring the whole statute void would have the undesirable effect that nobody - neither the complainant nor the groups actually privileged would get anything. Besides, there may be several possibilities for curing the Constitutional flaw: (a) the legislature might extend the privilege to the formerly excluded group, (b) it might abolish the privilege, or (c) it might find other criteria to circumscribe the privileged groups in accordance with the Constitution.

Therefore, in order to leave the legislature a free choice from among these different alternatives, the Court contents itself with the minor ruling of "unconstitutional, but not void" (...) Since this form of decision differs to some extent from the normal declaration of nullity, it becomes necessary for the Court to explain to the legislature the choices open to it in accordance with the Constitution (BRUNNECK, 1972, p. 393)

De fato, há, na jurisprudência alemã, diversos casos que seguem esta dinâmica: identifica-se uma situação de discriminação inconstitucional que, para ser corrigida, necessita de uma escolha política, o que leva à conclamação do Poder Legislativo. Dois exemplos ajudam a compreensão. No primeiro deles, a BVerfG apontou a inconstitucionalidade da norma que excluía da proteção da Seguridade Social aqueles que trabalhavam em empresas de propriedade dos cônjuges. Nesse caso, a norma não foi declarada nula, mas, a fim de que houvesse a correção da quebra de isonomia, foi feito um apelo ao Legislativo para que optasse, em relação a essas pessoas, entre um sistema compulsório ou facultativo de vinculação à Seguridade. Por sua vez, o segundo julgado diz respeito à remuneração dos Magistrados alemães. Entendeu-se que não poderia haver diferenças salariais entre juízes que exercessem funções semelhantes, ainda que estivessem alocados em ramos diferentes do Poder Judiciário. Aqui, o Parlamento foi provocado pelo Tribunal para decidir qual seria o melhor modo para restaurar o equilíbrio salarial entre os Juízes (aumentar as remunerações mais baixas ou diminuir as mais altas?)²².

Este aprofundamento do elemento admonitório do controle de constitucionalidade deu origem à segunda parte da *Appellentscheidungen*. A Corte tinha agora, à disposição, não só um arcabouço teórico que permitia a sobrevida de uma legislação cuja constitucionalidade fora colocada em xeque (período de graça), mas também acontecera a construção de uma técnica decisória que possibilitava um diálogo exposto e transparente com o Parlamento. Juntando-se os dois módulos surgia o chamado Apelo ao Legislador.

3.d. a utilização do Apelo ao Legislador pelo Tribunal Constitucional Federal alemão

Foram estudados até aqui os dois componentes do Apelo ao Legislador. O primeiro deles – o período de graça – decorreu da necessidade de minimizar o impacto negativo do controle de constitucionalidade no que toca à segurança jurídica. Por vezes, há situações em que a retirada abrupta de determinada legislação (com efeitos retroativos) traz problemas ainda maiores do que sua

²² Respectivamente, BVerfGE 18, 257 [273] (1964) e BVerfGE 12, 326 [337 f.] (1961).

manutenção temporária no Ordenamento. Tal constatação levou as cortes a construírem mecanismos jurisprudenciais que permitem uma sobrevida ao ato legislativo em xeque. Desse contexto, como visto, nasce a ideia, cunhado pelo Tribunal Constitucional alemão, de lei “ainda constitucional”. Por outro lado, na jurisprudência da BVerfG, o elemento admonitório da decisão que declara a inconstitucionalidade evoluiu a ponto de o Tribunal passar a conclamar, expressamente, o Poder Legislativo a agir e, mais do que isso, a indicar as possíveis alternativas que estariam, na avaliação dos juízes, dentro da moldura constitucional.

A ideia central do instituto, portanto, se configura no reconhecimento por parte da “Corte que a lei ou a situação jurídica não se tornou ainda inconstitucional e exorta o legislador a que proceda - às vezes dentro de determinado prazo - à correção ou à adequação dessa situação ainda constitucional” (MENDES, 1992, p. 36). Isto é, em vez de invalidar a lei analisada, a Corte procura estender sua vigência, concedendo ao Legislador uma oportunidade para remediar, por meio do processo legislativo, o (futuro) vício de inconstitucionalidade. O estabelecimento ou não de prazo para que o Parlamento atue é um aspecto que fica reservado à discricionariedade da BVerfG. A Corte procura, assim, suavizar o impacto político de sua decisão (KOMMER, MILLER, 2012, p. 36).

Tal procedimento vem sendo utilizado pela Corte Constitucional alemã desde as primeiras décadas de sua existência, entretanto o Tribunal somente fez uso do nome *Appellentscheidung* em 1992 (COLLINGS, 2016, p. 18). Aliás, a origem do termo “Apelo ao Legislador” (*Appellentscheidung*) vem do artigo acadêmico da juíza da BVerfG Wiltraut Rupp-v. Brünneck, publicado em 1970 sob o título de “*Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?*”²³. Nesse artigo, a magistrada identificou uma série de julgados em que Corte, além de manter a vigência de uma lei colocada em xeque, advertia o Legislador da necessidade de agir.

No entanto, a importância do artigo vai muito além de haver nomeado o instituto. O seu ponto crucial é, sem dúvida, o fato de expressar a preocupação da juíza com a postura pouco deferente da Corte em relação aos Poderes políticos. Segundo Collings (2016, p. 479), o seu objetivo, além de apontar a possibilidade desta *via media*, em que a Corte não invalida a legislação atacada, mas também não a referenda totalmente, foi dar uma resposta às alternativas decisórias usadas pela Corte, as quais, por vezes, disfarçavam um forte intervencionismo. O argumento era que a BVerfG travestia seu intervencionismo utilizando a técnica conhecida como “interpretação conforme a Constituição”. Considerava-se constitucional determinada norma, mas lhe era dado um sentido que muitas vezes se afastava da intenção original do Legislador.

A invalidação da norma, como já dito, traz diversos impactos e é um sinal claro de intervenção judicial nas escolhas políticas dos demais Poderes. Por outro lado, a manutenção de um

23 Em tradução livre: “Pode o Tribunal Constitucional Federal apelar ao Parlamento?”

ato legal por meio da técnica conhecida como “interpretação conforme”, algo que muitas vezes é apresentado como um instrumento de autocontenção da Corte, pode ser altamente intervencionista. É o que demonstra o exemplo trazido pela própria Brünneck, qual seja, o julgamento que analisou Tratado Básico de 1972²⁴ (COLLINGS, 2016, p. 478).

Esse tratado internacional, assinado em 1972 pelas duas Alemanhas, era a peça central da *Ostpolitik* de Willy Brandt²⁵, e se tratava, em um contexto maior, de uma tentativa de distensionamento das relações da República Federativa da Alemanha (RFA) com os países do Leste europeu, incluindo a União Soviética. Procurava-se com o tratado normalizar a relação entre as duas Alemanhas, prescrevendo-se, entre outras coisas, respeito mútuo às fronteiras, rejeição do uso da força e estabelecimento de representações diplomáticas recíprocas (ORLOW, 2018, cap. 9). Contudo, quando do julgamento acerca da constitucionalidade do Tratado, a BVerfG, utilizando da interpretação conforme, decidiu que o Tratado Básico somente seria constitucional se fosse orientado pelo chamado “comando da reunificação” (*Wiedervereinigungsgebot*), isto é, o governo Brandt – e todos os demais que o sucedessem - deveria perseguir, mesmo retoricamente, o objetivo final da união das duas Alemanhas, algo que, para dizer o mínimo, era impalatável aos países a Leste da RFA, bem como ia de encontro à política de distensionamento de Brandt. Apesar de o julgado ter expressamente invocado princípio da autocontenção como seu fundamento (afinal, não houve a invalidação de qualquer artigo do Tratado), não há dúvidas que representou uma aguda intervenção do Judiciário na política externa do governo de então (COLLINGS, 2016, p. 478). Assim, utilizando a interpretação conforme, a Corte subverteu todo o objetivo do Tratado, e, contraditoriamente, fundamentou sua decisão em um princípio que justamente orienta uma postura mais contida.

O artigo de Brünneck, portanto, é também visto como uma busca por uma postura mais deferente da Corte alemã, o que, na concepção da magistrada, poderia ser alcançado por meio de um instrumento que já era utilizado há anos pela BVerfG, qual seja, o Apelo ao Legislador. Tal arranjo decisório seria, de certo modo, uma alternativa aos métodos mais interventivos comumente

24 36 BverfG I (1972).

25 A *Ostpolitik* é o termo usado para descrever os esforços de Brandt para normalizar as relações da RFA com os países do Leste europeu, incluindo, e talvez sobretudo, a Alemanha Oriental. Mas é preciso apontar que, antes disso, logo após a organização da República Federativa da Alemanha (RFA), em 1949, o país passou a ser governado por coalizões dominadas pelo CDU (*Christlich Demokratische Union Deutschlands*), tendo os dois outros maiores partidos – SPD (*Sozialdemokratische Partei Deutschlands*) e FDP (*Freie Demokratische Partei*) – atuado como coadjuvantes. Rompendo a hegemonia do CDU, uma nova coalizão chegou ao poder em 1969, o que se deu com a formação do bloco SPD+FDP e que culminou com a nomeação de Willy Brandt à Chefia de Governo. No entanto, a eleição alemã de 1969 não foi uma vitória incontestável do novo grupo político. Em verdade, o CDU abarcou 46,1% do voto popular, enquanto o SPD e o FDP abocanharam, respectivamente, 42,7% e 5,8%. Mas é preciso apontar que, sob a liderança do social-democrata Willy Brandt, SPD e FDP causaram um impacto bastante grande na vida política e social da RFA. Como colocou Brandt, a Alemanha estava pronta para “ousar mais democracia”. As reformas, nesse ambiente, visavam à construção de uma sociedade mais aberta, afastando-se dos laços mais tradicionais – a *Ostpolitik* e o Tratado Básico de 1972 eram, portanto, frutos desse momento político (ORLOW, 2018, cap. 9).

utilizados pela Corte, seja a invalidação de norma, seja a interpretação conforme:

Justice Rupp-von Brünneck didn't take part in this particular judgment (Basic Treaty), but she was keenly aware that constitutional avoidance is not always deferential to the legislature. The Court's rescuing interpretation, she observed, might be far removed or even diametrically opposed to the legislature's intent. Despite its best intentions, the Court might sometimes intrude more aggressively on legislative prerogative by saddling a law with a saving interpretation than by quashing it outright — a point Justice Rupp-von Brünneck and her colleague, Justice Helmut Simon, made forcefully in a 1972 dissent. Invalidating a law, in whole or in part, might leave a gap in the legislative design, or send the legislature back to the drawing board. A saving interpretation might distort the policy picture indefinitely.

In a scholarly article published in 1970, Justice Rupp-von Brünneck pointed to a third way — a *via media* between declaring a law unconstitutional and saving it through interpretation. The title of her essay posed a question: “May the Federal Constitutional Court Appeal to the Legislature?” Her answer was not only that it might, but that in certain circumstances it should (COLLINGS, 2016, p. 479).

No que toca ao uso em si do Apelo ao Legislador, pode-se afirmar que o instituto está pulverizado em uma jurisprudência bastante plural, o que traz alguma dificuldade ao estudo do mecanismo decisório (MENDES, 1992, p. 46). No entanto, podemos tabelar ao menos quatro grupos de situações em que a BVerfG tem aplicado o instrumento: 1) servindo a objetivos maiores e evitando catástrofes; 2) mudanças de circunstâncias, 3) descumprimento de deveres constitucionais e 4) dever de vigiar e remediar (COLLINGS, 1992, p. 503 a 509).

1) servindo a objetivos maiores ou evitando catástrofes

O primeiro grupo de decisões diz respeito a situações em que a Corte entende que a declaração de inconstitucionalidade de determinado dispositivo terá um efeito no sistema legal pior do que sua manutenção. São casos em que o Tribunal percebe que a invalidação da lei poderá gerar uma desestabilização grave no Ordenamento, e, portanto, se opta pela permanência do ato impugnado (“evitando catástrofe”), ou, ainda, se pondera que a retirada da norma terá a consequência prática de afastar ainda mais a realidade daquilo que prescreve a Constituição (“servindo a objetivos maiores”).

A primeira decisão²⁶ deste grupo envolve o Tratado de Paris de 1954, celebrado entre a Alemanha (RFA) e a França. Como se extrai do julgado, tratava o acordo do *status* da região de Sarre²⁷, e, embora não tenha havido um chamado expresso ao Parlamento, fica evidente a preocupação da BVerfG com o impacto negativo de eventual declaração de inconstitucionalidade

26 BVerfG No. 7 E 4, 157 1 BvF 1/55

27 Toda a questão envolvendo a região de Sarre tem como pano de fundo a complexa relação franco-alemã. A região, com o fim da Primeira Guerra, foi destacada dos territórios da Bavária e da Prússia e colocada sob a jurisdição da Liga das Nações. No entanto, um plebiscito realizado em 1935 fez a região retornar à Alemanha. Com o fim da Segunda Guerra, após um período em que ficou na zona de ocupação francesa, a região de Sarre se integrou à Alemanha.

do Tratado. Em linhas gerais, o instrumento normativo concedia aos habitantes de Sarre – região que, desde o fim da Segunda Guerra Mundial, encontrava-se na zona de ocupação francesa – a possibilidade de, por meio de consulta popular, estabelecer um regime semi-independente que ficaria sob a tutela da União da Europa Ocidental (UEO). Para aqueles que defendiam a inconstitucionalidade do Tratado, tal disposição era incompatível com o art. 23, da Lei Fundamental (redação original), que possibilitava a integração de “outras partes da Alemanha” à RFA.

No julgamento, a BVerfG apontou que, de fato, havia pontos do Tratado que eram claramente contrários ao texto da Lei Fundamental, no entanto, visto de uma maneira global, o texto atacado criava uma situação “mais próxima” daquilo que prescrevia a Constituição em comparação ao *status quo ante*. Tal constatação permitiu à Corte concluir que invalidar o Tratado geraria um estado ainda mais distante do espírito de integração da Lei Fundamental (COLLINGS, 2016, p. 503). E, realmente, a avaliação do Tribunal se mostrou correta, pois a região de Sarre acabou retornando à Alemanha em 1957 (WINKLER, 2005, p. 616). A preocupação da Corte em “servir objetivos maiores” fica evidente no próprio linguajar de sua decisão:

A legal finding of unconstitutionality is excluded in principle by the fact that the situation created by the treaty is "closer to the Basic Law" than the previously existing one. If only a treaty arrangement in full accord with the Basic Law were to be counted as constitutional, that would mean advocating a constitutional rigorism which could be encapsulated in the following sentence: the bad may not give way to the better, because the best (or from this viewpoint, the sole good) is not attainable. This cannot be desired by the Basic Law.

Nesta decisão, percebe-se claramente que a Corte estava pronta para separar os conceitos de inconstitucionalidade e nulidade. Na avaliação dos magistrados, invalidar o tratado geraria uma situação que, considerada globalmente, afastaria a realidade ainda mais dos objetivos finais da Lei Fundamental. Portanto, a “saída hermenêutica” encontrada foi o estabelecimento de um período de graça do Tratado, a despeito de eventual inconstitucionalidade pontual da norma. A BVerfG, assim, já fez uso do primeiro módulo da *Appellentscheidung*. No entanto, não houve um chamado expresso aos demais Poderes para corrigir a situação. Seja porque não havia sido desenvolvido o arcabouço decisório para tanto, seja porque não se sentiu a necessidade de fazê-lo, o segundo módulo do Apelo ao Legislador – o elemento admonitório expresso - não foi lançado nesta decisão. Este passo ficou para outro momento.

E, de fato, no ano de 1963, a Corte emitiu duas decisões em que os elementos do Apelo ao Legislador se apresentaram por inteiro, sendo que, em ambas, o Parlamento atendeu ao chamado do Tribunal e prontamente agiu para remediar a situação (BRÜNNECK, 1972, p. 396). Trata-se a primeira delas da questão envolvendo a constitucionalidade de um ato normativo que favorecia herdeiros do sexo masculino²⁸. Tal norma vinha da era da ocupação das forças aliadas na Alemanha

28 15 BVerfGE 337 (1963)

e claramente se chocava com a garantia de igualdade de gênero da Lei Fundamental de Bonn (art. 3.2). Todavia, os tratados internacionais do pós-Guerra, que haviam restabelecido a soberania da RFA, apontavam que as normativas do período da ocupação deveriam permanecer em vigor até que o Parlamento as revogasse, independentemente de eventual incompatibilidade com a Constituição. No caso, ainda que a Corte pudesse ter declarado a inconstitucionalidade da lei a partir do momento em que o Parlamento passou a ter poder para revogar tal lei, ponderou-se que tal atitude traria consideráveis incertezas e problemas de aplicação. Deste modo, com a ideia de “evitar a catástrofe”, foi oportunizado ao Parlamento, em um prazo razoável, fosse editada nova normativa sobre o assunto (COLLINGS, 2016, p. 504).

No mesmo ano, a Corte também encontrou motivos para fazer um apelo ao Legislador, no entanto, desta vez, estabeleceu um prazo peremptório para o Parlamento agir²⁹. Tratava-se dos desenhos dos distritos eleitorais relativos à eleição parlamentar de 1961. Em linhas gerais, a alegação era de que o desenho distrital utilizado não espelhava mais a distribuição demográfica alemã, que mudara drasticamente desde 1949, época em que os distritos foram criados. E, de fato, a Corte reconheceu que, no momento da decisão (1963), a divisão dos distritos se tornara inconstitucional por não corresponder mais o *status quo* populacional. Contudo, os magistrados apontaram que a inconstitucionalidade não se deu *ab initio*. Para eles, ocorreu um processo gradual de “inconstitucionalização”, pois, assim como a evolução demográfica, a inadequação dos distritos se formara paulatinamente. Em outras palavras, como o desenho distrital permaneceu praticamente estanque ao longo do tempo, cada vez mais, os níveis de representatividade dos distritos foram se deteriorando, até que, em um dado momento, distritos populosos passaram a ser sub-representados, e, de modo contrário, distritos menos populosos ficaram super-representados. Com tal constatação, a BVerfG considerou inconstitucional o desenho dos distritos eleitorais em 1963, no entanto apontou como válida a eleição de 1961, uma vez que, naquele ano, no entendimento da Corte, ainda não se completara o processo de inconstitucionalização. Contudo, a fim de houvesse a correção do sistema eleitoral a Corte fez uso do elemento admonitório expresso, fixando um prazo certo ao Parlamento:

The existing legislative districting has become unconstitutional because it ... no longer corresponds to up-to-date demographic figures and because we can no longer expect an automatic readjustment of the current discrepancies. The federal legislature is therefore obliged, during the current legislative period, to reorganize the districts by reducing to a permissible level the deviations in their population from the national average and by adjusting constituency lines to each state's share in the total population.

2. mudanças de circunstâncias

A segunda categoria de decisões (“mudança de circunstâncias”) relaciona-se a situações em que alguma alteração da conjuntura leva determinado ato legal a se chocar com a Constituição – ainda que, de início, tal norma tenha sido vista como compatível com a lei superior. Tal alteração pode ser, inclusive, uma mudança na jurisprudência do próprio Tribunal. O exemplo citado por Collings (2016, p. 506) é o julgamento³⁰ da BVerfG de 1972 que, abandonando seu entendimento anterior, decidiu que as limitações dos direitos dos presos somente poderiam se dar por força de lei (anteriormente, entendia-se que tais limitações poderiam ocorrer via ato infralegal). O novo entendimento, obviamente, demandaria uma massiva reforma no sistema penitenciário. Deste modo, a Corte, tendo em conta a mudança das circunstâncias – no caso, a alteração de seu próprio entendimento –, permitiu que as normativas de então permanecessem em vigor por um breve período transitório, o qual serviria para que o Parlamento compatibilizasse o sistema penitenciário à nova jurisprudência.

3. descumprimento de dever constitucional

No que toca às situações envolvendo “descumprimento de dever constitucional” - terceiro grupo -, as decisões tratam de alguma omissão do Estado frente a uma obrigação constitucional. Essas obrigações podem ser decorrentes de duas fontes: a) do próprio texto expresso da Constituição, uma vez que, a exemplo de outras constituições promulgadas após a Segunda Guerra, a Lei Fundamental³¹ de Bonn traz uma série de direitos positivos³²; ou, b) do chamado

30 33 BverfGE 1 (1972).

31 Havia uma discussão acerca dos elementos da Lei Fundamental alemã. Haveria, para alguns, uma separação entre o elemento do Estado de Direito e o elemento do Estado Social. Enquanto aquele insituía as matérias (e direitos) de primeira geração (negativos), o segundo expressaria os chamados direitos positivos. Para alguns, o Estado de Direito era preponderante, sendo que o elemento Social não constituía um elemento jurídico. No entanto, como coloca Michael Stolleis (2018, p. 183), *“essa tese foi rejeitada pela maioria, não apenas porque a Constituição, como mostra a história de sua gênese, desejava justamente o a vinculação dos dois elementos, mas também porque a eliminação do Estado Social do plano constitucional parecia ser a mensagem incorreta, inclusive, sob o aspecto político. No contexto do milagre econômica e da sociedade de classe média que começava a surgir, o que a maioria desejava era justamente ‘expandir’ o elemento social no plano constitucional e vincular o Estado de Direito Clássico ao elemento social, e isso sem prejudicar a tradicional função de proteção do Estado de Direito. Mas como a Lei Fundamental havia ancorado o Estado Social apenas de modo pontual e vago, colocava-se a questão de como o ‘mandamento do Estado Social’ da Lei Fundamental podia ser aplicado ao Legislativo, à administração e ao Judiciário. Isso aconteceu essencialmente por meio do estabelecimento, em relação à imposição e à aplicação de normas, da precedência da premissa de que ambas estavam vinculadas à ‘ordem de valores fixados com a Lei Fundamental’, e este continha incontestavelmente o mandamento do Estado Social”*.

32 Além dos princípios de igualdade do art. 3º da Lei Fundamental, cf. arts. 14, §2º; 15; 20, §2º; 28, §1, da Lei Fundamental; “uniformidade das condições de vida” – art. 72, §2, n. 3 da Lei Fundamental (antiga redação); “assistência pública”, “proteção do trabalho”, “colocação no emprego, bem como seguridade social, inclusive seguro-desemprego”; art. 87, §2º, da Lei Fundamental (antiga redação), “institutos de seguridade social”; art. 120, §1º, “subsídios a cargo da seguridade social, inclusive seguro-desemprego e auxílio aos desempregados”.

*Schutzpflicht*³³ (dever de proteção) – algo surgido de uma construção jurisprudencial e que, grosso modo, impõe a obrigação do Estado em proteger determinados valores/direitos. Basicamente, a Corte reconhece uma situação de omissão estatal e determina que, em determinado tempo, seja suprida por quem tem atribuição para tanto³⁴.

Mais uma vez, um exemplo ajuda a aclarar: o julgamento de 1969 tratando da igualdade jurídica entre filhos havidos dentro do casamento ou fora dele³⁵. A Lei Fundamental impõe ao Estado alemão um tratamento igualitário aos filhos (art. 6.5), o que se chocava com o Código Civil de então, que claramente discriminava aqueles considerados “ilegítimos”. Contudo, os constituintes alemães, sabedores que seria preciso um tempo de maturação política para que a legislação ordinária se adequasse ao novo comando constitucional, determinaram, sem a instituição de um prazo peremptório, que o Parlamento promovesse a igualdade jurídica entre filhos não importando sua origem.

Sem a fixação de um prazo para a realização da reforma, o Parlamento permaneceu inerte por quase duas décadas, o que somente mudou com o Apelo do Legislador da BVerfG. A Corte, em 1969, ao julgar um caso envolvendo a questão, no lugar de invalidar a lei discriminatória, oportunizou o Parlamento a compatibilizar, até o fim da legislatura de então, a lei à garantia de igualdade – o que foi atendido dentro do prazo estabelecido (COLLINGS, 2016, p. 57).

4. dever de observar e remediar

Por fim, o último grupo - “dever de vigiar e remediar” - envolve situações em que a Corte não identifica problema constitucional na norma analisada, no entanto vislumbra que eventualmente alguma inconstitucionalidade possa surgir no futuro. Nesses casos, a BVerfG impõe ao Parlamento que acompanhe a questão de perto, e, caso seja necessário, atue a fim de corrigir a dificuldade constitucional. Os dois casos mais famosos tratavam de normativas envolvendo energia nuclear (1978) e de leis ligadas a relações trabalhistas (1979)³⁶. Em nenhum dos casos o Tribunal vislumbrou inconstitucionalidade, no entanto ponderou que, por inexistir clareza de como se daria a

33 A origem do “direito de proteção” vem do caso chamado de Aborto I, julgado em 1975 (39 BVerfGE 1). O pano de fundo do julgado foi a alteração do código penal que descriminalizou os abortos eletivos nas primeiras doze semanas de gestação. Aprovada a lei, 193 membros do Bundestag, juntamente com alguns governos estaduais, todos do CDU, desafiaram a constitucionalidade o ato normativo. A Corte decidiu afirmando que, por ser uma vida, o feto deveria ser protegido pelo Estado. E, mais que isso, esta proteção não deveria ocorrer por outro meio senão pelo direito penal. O Estado possuiria o chamado *duties to protect*, o que lhe impõe uma atuação ativa para promoção dos direitos constitucionais (no caso, a vida e a dignidade da pessoa humana do feto). Deste modo, não seria dado ao Parlamento retirar a proteção do direito penal no que toca ao aborto (GRIMM, 2016, p. 217).

34 No Brasil, para tais situação, há instrumentos processuais próprios para tais situações, tais como a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção (respectivamente, art. 103, §2º, e art. 5º, LXXI, ambos da CF/88).

35 25 BVerfGE 167 (1969)

36 49 BVerfGE 89 (1978) e 50 BVerfGE 290 (1979), respectivamente.

implementação dos regramentos em questão, o Parlamento deveria permanecer vigilante e, se for o caso, teria a obrigação de editar novo regramento (COLLINGS, 2016, p. 508).

No caso da energia atômica, a discussão girava em torno da instalação de um reator nuclear de um tipo específico (*SNR - 300 fast-breeder*) na cidade de Kalkar, localizada no estado da Renânia do Norte-Vestfália. Pela lei que regulamentava a matéria, o licenciamento exigia que a autoridade concedente tomasse a precaução necessária para, à luz conhecimento científico e tecnológico disponível, evitar qualquer dano resultante da operação e instalação da usina atômica. Um morador de Kalkar, que vivia a poucos quilômetros de onde seria instalado o reator, judicializou a questão apontando que o tom vago da normativa poderia violar seus direitos à vida e à personalidade. O caso chegou à BVerfG, que o analisou sob diversos prismas: separação de poderes, delegação legislativa, etc. Contudo, para o ponto deste trabalho, o destaque se dá à afirmação da Corte que a vagueza da lei não tinha em si qualquer inconstitucionalidade, contudo, conforme o futuro fosse trazendo uma concretude maior dos eventuais riscos do uso do reator em questão, isso poderia mudar (KOMMERS, MILLER, 2012, p. 179). Da decisão, fica clara a imposição do dever de vigiar a situação e, se for o caso, remediar:

Only the future will show whether this decision to implement breeder technology will be useful or harmful. In this necessarily uncertain situation the legislature and the government primarily have the political responsibility for making what they consider pragmatic decisions within the confines of their respective authority. Under these circumstances it is not the function of the courts to substitute their judgment for that of the political branches when assessing the situation because legal criteria for such decisions do not exist. Where reasonable doubts are possible — whether or not the dangers feared by the court that earlier ruled on the case will materialize — all organs of the state, and thus the legislature as well, have the constitutional duty to make every effort to recognize possible dangers in time and to counter them by constitutional means. If, in the future, some probability of these dangers exists — in the judgment of the... responsible political organs — the legislature would again have a duty to act...

Do mesmo modo, o segundo julgado envolvia uma questão extremamente complexa e que despertava agudas pressões de diversos segmentos da sociedade. A norma objeto do controle de constitucionalidade era a chamada lei de co-determinação de 1976, que havia determinado que os conselhos de administração de empresas com mais de 2.000 funcionários contassem com uma representação igualitária entre acionistas e empregados. Quando do julgamento, a Corte afastou todas as alegações de inconstitucionalidade, entretanto apontou que se futuros desdobramentos envolvendo a co-determinação infringissem os direitos de propriedade, de associação ou a liberdade do exercício profissional, o Parlamento seria constitucionalmente obrigado a agir, e, mais que isso, sua eventual inércia, certamente, seria submetida a escrutínio judicial (KOMMERS, MILLER, 2012, p. 665).

Mais recentemente, no ano 2016, a BVerfG impôs ao Legislativo e ao Executivo federal a necessidade de acompanhar a aplicação das normas – tidas com constitucionais no

momento do julgamento³⁷ – relativas a um programa financeiro do Banco Central europeu chamado OMT (COLLINGS, 2016, p. 508). No ponto, fica claro a Apelo ao Legislador no sentido da necessidade de vigiar e, eventualmente, remediar a situação: “*the Federal Government and the Bundestag are under a duty to closely monitor any implementation of the OMT programme*”³⁸.

3.e. críticas ao Apelo ao Legislador

Como estudado até aqui³⁹, é possível apontar que o Apelo ao Legislador gerou – e gera – resultados positivos, ao menos no sentido de que, em geral, o Parlamento tem respondido de maneira satisfatória aos chamados da Corte. É inegável, portanto, a efetividade dessa técnica. Ademais, esse diálogo entre Judiciário e Legislativo, sobretudo do ponto de vista dos políticos, tem sido encarado como uma forma de se obterem decisões políticas que, sem o “empurrão judicial”, não poderiam ser alcançadas, seja porque o consenso em torno da matéria era extremamente difícil, seja porque a resolução da questão era impopular (COLLINGS, 2016, p. 514). No entanto, evidentemente, nem todas as reações à *Appellentscheidung* são positivas. Há críticas importantes que giram em torno de três questões. A primeira delas diz respeito à falta de previsão legal do instituto (MEDEIROS, 2009, p. 26). Já a segunda enxerga no elemento admonitório da decisão apenas uma manifestação *obiter dictum*, e, portanto, desprovida de qualquer conteúdo jurídico. Por fim, a terceira crítica está ligada à separação dos poderes. Haveria, por parte da Corte, uma interferência indevida do Judiciário nas atividades legislativas, as quais estariam sendo pautadas e limitadas por um Poder externo (BRUNNECK, 1972, p. 400).

Quanto à primeira das críticas, é preciso apontar que, embora não haja realmente previsão legal/constitucional expressa do Apelo ao Legislador, o próprio uso ao longo dos anos parece ter provocado a acomodação da técnica no Ordenamento Jurídico – inclusive na ótica dos demais Poderes. Tanto é assim que um Comitê Parlamentar específico para o Judiciário, ao se deparar com a proposição legislativa de criação de um sistema de modulação dos efeitos das decisões da BVerfG, descartou a iniciativa sob a alegação de que a Corte já dispunha de um método que supria tal necessidade, qual seja, a *Appellentscheidung*:

37 Vide: 2 BvR2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13, (2016).

38 Disponível em: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2016/bvg16-034.html>, acesso em 31/01/2023.

39 Além dos casos estudados até aqui, dando conta desse diálogo frutífero entre o Judiciário e o Legislativo, aponte-se que, segundo Collings (2016, p. 514), os próprios políticos enxergam no Apelo ao Legislador um elemento que, por vezes, serve ao interessante deles: *This is not merely a matter of the BVerfG's fiats being accepted; it is often a matter of the BVerfG's intervention being desired. The German justices themselves have occasionally complained that parliamentarians are too eager to punt prickly questions to Karlsruhe. Far from resenting appeal decisions, German politicians often embrace them — even when they are highly prescriptive — with a kind of quiet gratitude. Sometimes an appeal decision forces a compromise that was politically unattainable; sometimes it supplies cover for unpopular reforms. Politicians perceive, perhaps rightly, that certain unpalatable medicines will be swallowed more readily if the prescription stems from Karlsruhe than if it hails from Berlin.*

One other possibility, of course, for avoiding these difficulties would be to amend the Court's procedural statute so as to give its decisions only prospective effect. Instead, or in addition to that, the Court could also be given discretion to rule that a given decision should not take effect until three or six months after being handed down, in order to give the legislature enough time to pass a new law before the old one expired. This is the practice in Austria and Turkey, and was in fact proposed some years ago by the German Federal Government. But not only taxpayers protested, unwilling to lose the chance of a refund; the Court itself shrank from the idea that a statute, formally held unconstitutional, should in all respects be considered good law up to the time of the decision by the Constitutional Court or even thereafter. When the judiciary committee of parliament finally declined to consent to the proposal, it based its conclusion mainly on the ground that the Court had already developed other practical solutions, having in mind the true admonitory decisions.

No que toca às outras duas críticas, suas respostas passam pela posição central que as cortes constitucionais, e, mais especificamente, a BVerfG, possuem atualmente nos arranjos institucionais democráticos da atualidade:

On the other hand, considering the subject of its work, the peculiarity of its function, the significance and effect of its decisions, there is a sharp difference between the Constitutional Court and all other judicial tribunals. Its jurisdiction affects the fundamental ordering of the community, and it must interpret the broad language and the sometimes intentionally vague or imprecise terms of the Constitution. This involves a process of permanent development and adaptation, since the essence of the Constitution has to be preserved despite continuing changes of facts and opinions unforeseen by the Constitution makers. Often this interpretation cannot avoid political elements, i.e. considerations which transcend a strictly judicial finding. Moreover, the decision whether a certain statute is constitutional or not may often have far reaching political importance; indeed in a broader sense all decisions of the Court concerning the validity of a statute have some political coloring. Finally, these decisions have the same force as the particular statute itself and can therefore impose an ultimate restriction on the legislative branch.

E, de fato, vistas à luz da centralidade das cortes constitucionais no arranjo institucional democrático, as críticas perdem sua força. Percebe-se que, dificilmente, um chamado expresso ao Parlamento por parte da Corte será visto como mero *obiter dictum*. Como dito anteriormente (item c.2), o elemento admonitório já se faz presente em quase toda decisão do controle de constitucionalidade, o que normalmente se dá de modo implícito. Parlamentos já levam em conta os entendimentos das cortes constitucionais. Dificilmente, portanto, um chamado expresso da Corte será visto como não vinculativo.

Contudo, ainda que se diga que o Apelo ao Legislador, num primeiro momento, possa parecer um instrumento de intromissão indevida de um Poder sob outro, é crucial lembrar que a Corte já possui a possibilidade de invalidar um ato legislativo (ou mesmo, por meio da interpretação conforme, dar-lhe um significado diferente do intencionado pelo Parlamento). Se o Tribunal – e no caso alemão parece o caso – utilizar a *Appellentscheidung* como alternativa a métodos mais interventivos, a crítica baseada na separação dos poderes se enfraquece (BRUNNECK, 1972, p.

402).

3.f. conclusões do capítulo

Este capítulo apresentou a chamada *Appellentscheidung*, a técnica decisória, construída pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, que permite à Corte, ao se deparar com uma dificuldade constitucional de uma norma, não a invalidar, mas, ao invés disso, manter sua vigência, oportunizando ao Parlamento, que é chamado de maneira expressa, remediar a situação. A construção do instituto se deu por um logo caminho jurisprudencial, o qual está ligado, em última análise, a preocupação da Corte com os efeitos negativos da retroatividade do controle de constitucionalidade somada a constatação de que, em certas matérias, o Parlamento tem uma posição privilegiada para decidir.

De fato, esses dois aspectos são refletidos nos dois componentes do Apelo ao Legislador: o período de graça e o elemento admonitório. Como visto, os períodos de graça são instrumentos presentes, em alguma medida, em todos os Ordenamentos que constam com *judicial review*. Por razões ligadas à segurança jurídica, foram sendo criadas técnicas que, a despeito da ideia fortemente enraizada de que a norma inconstitucional é nula *ab initio*, procuraram amenizar o impacto do julgado que declara a incompatibilidade de um ato legal com a constituição. Desse contexto, nasce o instituto do período de graça, o qual permite às cortes darem uma sobrevida à norma atacada. Em outras palavras, o tribunal entende que a lei é inconstitucional, ou, como ocorre na jurisprudência alemã, se percebe que ela caminha em direção à inconstitucionalidade (expressado na forma de “ainda constitucional”), todavia se permite que o ato continue vigendo por um tempo. E isso se faz diante da constatação de que a invalidação imediata da norma terá efeitos ainda piores do que sua manutenção temporária no Ordenamento.

A Corte Constitucional alemã construiu, assim como outros tribunais, o arcabouço decisório do período de graça sob a base da preocupação com a segurança jurídica. Contudo, um aspecto interessante das decisões alemãs se apresenta – e justifica o estudo do Apelo ao Legislador neste trabalho – na forma do acréscimo do segundo componente do instituto em análise: o elemento admonitório. É da essência de toda decisão que declara a inconstitucionalidade seu caráter admonitório. Isso porque, retirada a norma do Ordenamento, podem surgir situações em que haja necessidade de criar uma regulamentação substitutiva daquela foi invalidada. Nesse contexto, a decisão do tribunal muitas vezes traz, ainda que implicitamente, elementos indicativos dos possíveis caminhos normativos da nova normativa. Contudo o ineditismo alemão está no fato de que, enquanto em outras jurisdições isso ocorre quase sempre de maneira implícita, a *Bundesverfassungsgericht* passou, ao longo do dos anos, deixar explícito ao Parlamento uma

espécie de recomendação não só da necessidade de agir, mas como também de quais seriam os possíveis caminhos legislativos que estariam dentro da moldura constitucional.

Formava-se, assim, o instituto do Apelo ao Legislador. A ideia central do instituto se configura no reconhecimento por parte da Corte que a lei ou a situação jurídica não se tornou ainda inconstitucional, mas se vislumbra que isso não tardará a acontecer, e, portanto, se exorta o legislador a que proceda à correção ou à adequação dessa situação ainda constitucional. Isto é, em vez de invalidar a lei analisada, a Corte procura estender sua vigência, concedendo ao Legislador uma oportunidade para remediar, por meio do processo legislativo, o (futuro) vício de inconstitucionalidade. O estabelecimento ou não de prazo para que o Parlamento atue é um aspecto que fica reservado à discricionariedade do Tribunal. A Corte procura, assim, suavizar o impacto político de sua decisão.

No que toca ao uso em si do instituto, constata-se que a está pulverizado em uma jurisprudência bastante diversa, o que traz alguma dificuldade ao estudo do instituto. No entanto, fala-se em ao menos quatro grupos de situações em que a Corte tem aplicado o instrumento: 1) servindo a objetivos maiores e evitando catástrofes; 2) mudanças de circunstâncias, 3) descumprimento de deveres constitucionais e 4) dever de vigiar e remediar. Observando-se as decisões da Corte, é possível apontar que o Apelo ao Legislador tem gerado resultados positivos, ao menos no sentido de que o Parlamento costuma responder de maneira satisfatória aos chamados da Corte. A efetividade da técnica, portanto, no contexto alemão, é inegável. Pois, embora haja críticas importante ao instituto, observa-se, claramente, que o Apelo estabeleceu um diálogo entre Judiciário e Legislativo que, inclusive do ponto de vista dos Poderes políticos, tem permitido a obtenção de decisões que, sem o “empurrão judicial”, não poderiam ser alcançadas, seja porque o consenso em torno da matéria era extremamente difícil, seja porque a resolução da questão era impopular.

Por fim, destaca-se o caráter deferente do instituto. Como apontado, a origem da *Appellentscheidung* passa por uma busca por uma postura mais autocontida da Corte alemã. Por evidente, tudo dependerá de como é utilizado o Apelo, mas no contexto alemão tal arranjo decisório é, de certo modo, uma alternativa aos métodos mais interventivos comumente utilizados pela Corte, seja a invalidação de norma, seja a interpretação conforme.

Capítulo III

4. O Apelo ao Legislador como Indutor de um STF Minimalista

4.a. roteiro do capítulo

Este capítulo tem como objetivo principal a análise de eventual papel do Apelo ao Legislador no Supremo Tribunal Federal como indutor do minimalismo. Para tanto, será percorrido um caminho que se inicia, após a revisão de alguns conceitos tratados no capítulo I, com a análise dos meios possíveis do STF chegar ao minimalismo. Aqui se estudará como o Supremo, usando uma hermenêutica que induza a julgamentos rasos e estreitos, e construindo uma jurisprudência defensiva, pode se aproximar de uma postura minimalista. A seguir, a colocar à prova esses meios de chegar ao minimalismo, serão verificados os limites da hermenêutica e da jurisprudência defensiva em impedir que o STF profira decisões que analisam teorias fundamentais. Será constatado que, mesmo na corte mais minimalista, sempre haverá a necessidade de, em casos pontuais, manifestação sobre questões envolvendo dissensos profundos na sociedade. E isso, na realidade do STF, é ainda mais presente. Portanto, será apontado que o Apelo ao Legislador pode ter um efeito indutor do minimalismo justamente nesses casos pontuais, isto é, quando houver necessidade de manifestação acerca de uma questão fundamental, o Apelo poderia ser utilizado.

4.b. aspectos introdutórios – o maximalismo e o minimalismo no Supremo Tribunal Federal

É chegada a hora de indagar se a técnica do Apelo ao Legislador seria útil na busca de uma postura minimalista do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, será preciso, neste capítulo, apontar os instrumentos já disponíveis ao Supremo que serviriam à obtenção de uma atuação judicial minimalista. Tal passo é necessário para se verificar se há espaço para o Apelo na busca por uma Corte mais autocontida, ou se, com o arcabouço atual, já se poderia alcançar tal postura. Já adiantando, pode-se afirmar que os instrumentos disponíveis atualmente são insuficientes, sobretudo quando se tem em conta situações que impõem, pelo modo como são apresentadas à Corte, a escolha de alguma teoria fundamental geral. Nesses casos, o Apelo parece despontar como uma técnica adequada à resolução de tais questões.

Antes disso, entretanto, é preciso recapitular que o maximalismo judicial (vide capítulo chamado Minimalismo Judicial) tem por traço característico a tentativa de resolver as questões postas de uma forma a privilegiar determinada doutrina fundamental. Tal postura faz as cortes avançarem em matérias que trazem consigo profundas divergências das mais variadas (filosóficas,

morais, religiosas, etc). O julgamento, assim, não se restringe apenas às questões concretas levadas à corte. Mais que isso, tenta-se pacificar a divergência de fundo. Ademais, o resultado do julgado procura se traduzir em um comando geral pretensamente capaz de resolver diversas outras situações, ainda que não seja possível conceber, no momento da decisão, muitas dessas questões futuras.

No outro lado da moeda, encontra-se o minimalismo, que pode ser caracterizado como uma forma de atuar das cortes que se autorrestringe quando há uma situação que envolva a análise de alguma doutrina fundamental. O tribunal minimalista procura, sempre que possível, um resultado concreto sem apelar — privilegiando ou descartando — alguma das doutrinas gerais existentes. Seria um julgamento raso, em oposição a uma decisão profunda da corte (*shallow e deep*). Por outro lado, ao decidir, a corte se aterá ao caso que a ela foi levado, sem tentar estabelecer algum comando geral que possa resolver outras situações — seria a chamada atuação estreita, que se opõe a uma postura ampla da corte (*narrowness e width*).

Como já apontado, não se pode negar que na postura do Supremo Tribunal Federal (STF) há um grau bastante intenso de maximalismo. Existem, claro, matérias em que o STF procura atuar de maneira mais autocontida⁴⁰. No entanto, não são raros os julgamentos profundos e amplos, os quais, inclusive, trazem autoproclamações de um papel bastante ativo do Tribunal, que é apresentado como uma instituição necessária à realização de um projeto transformador. E, muitas vezes, tal projeto envolve matérias altamente divergentes. Independente do acerto ou erro do conteúdo das decisões, é inegável o elemento maximalista dos julgamentos envolvendo aborto de fetos anencéfalos (ADPF 54), pesquisa com células-tronco embrionárias (ADI 3510), cotas raciais (ADC 41), criminalização da homofobia (ADO 26), entre outras. Apenas para ilustrar, observe-se a manifestação do ministro Barroso no julgamento que tratava da prerrogativa de foro dos parlamentares. Fica no voto evidenciada a tentativa de incumbir ao STF um papel transformador de um sistema que, na visão do ministro, era disfuncional:

Portanto, começo na "parte 1" discutindo um pouco como é o sistema no Brasil e a sua extensão. A primeira constatação a que se chega sem grande dificuldade é que o sistema abrange gente demais. Embora essa seja uma mudança que dependa de emenda constitucional, não me parece relevante deixar de acentuar que, segundo levantamentos, o foro por prerrogativa atinge 37 mil autoridades no país. Só no Supremo Tribunal Federal são processados e julgados, em tese, mais de 800 agentes, que incluem o Presidente da República, o Vice-Presidente, 513 deputados federais, 81 senadores, os atuais 31 ministros de Estado e, ainda, os 3 comandantes militares, os 90 ministros de tribunais superiores, 9 membros do Tribunal de Contas da União e 138 chefes de missão diplomática de caráter permanente. Além disso, há mais de 30 mil detentores de foro por prerrogativa nos tribunais regionais federais e nos tribunais de justiça. O sistema é muito ruim

40 Por exemplo, nos casos envolvendo cassação de parlamentares por quebra de decoto, tribunal, ao longo dos anos, o Tribunal tem entendido que a “cassação do mandato é uma questão política (*political question doctrine*) por caber exclusivamente ao parlamento, impossibilitando ao Judiciário conhecer sobre o mérito da cassação, ou seja, se houve ou não quebra de decoro parlamentar” (BIM, 2006, p. 67).

e funciona muito mal. A meu ver, ele reclama uma modificação legislativa, que já começou a ser feita pelo Congresso Nacional, ao que se noticia. Penso que isso seja em boa hora.

(...)

Em segundo lugar, houve uma clara mudança na percepção de qual seja o melhor Direito. Todos nós somos testemunhas de que esse sistema não está funcionando bem, logo é preciso repensá-lo. E os resultados negativos são muito óbvios para nós desmentirmos, que são a impunidade e o desprestígio que isso traz para o Supremo. É tão ruim o modelo que a eventual nomeação de alguém para um cargo que desfrute de foro por prerrogativa é tratado como obstrução de justiça, em tese. É quase uma humilhação para o Supremo o fato de alguém estar sob a jurisdição do Supremo ser considerado obstrução de justiça. Acho que não é preciso dizer mais nada para documentar a falência desse modelo. (AP 937 QO, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/05/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-265 DIVULG 10-12-2018 PUBLIC 11-12-2018)

Do mesmo modo, no julgamento das uniões homoafetivas, os contornos maximalistas do voto do ministro Joaquim Barbosa são bem demarcados quando, posicionando-se acerca de uma doutrina fundamental, ele aponta, expressamente, que a Corte não só pode, mas como deve, atuar no sentido de promover a evolução na sociedade:

Inicialmente, gostaria de ressaltar que estamos diante de uma situação que demonstra claramente o descompasso entre o mundo dos fatos e o universo do Direito. Visivelmente nos confrontamos aqui com uma situação em que o Direito não foi capaz de acompanhar as profundas e estruturais mudanças sociais, não apenas entre nós brasileiros, mas em escala global. É precisamente nessas situações que se agiganta o papel das Cortes constitucionais, segundo o conhecido jurista e pensador israelense Aaron Barak. Para Barak, as Cortes Supremas e Constitucionais devem fazer a ponte entre o mundo do Direito e a Sociedade, isto é, cumpre-lhes fazer o que ele mesmo qualifica como BRIDGING THE GAP BETWEEN LAW AND SOCIETY

De novo: não se questiona o mérito em si dessas decisões. Algumas delas, indiscutivelmente, trouxeram avanços. Contudo, há que se apontar que a alternativa minimalista pode ser benéfica ao funcionamento das instituições. Cortes exercendo uma função mais contida, focando sua atuação não na resolução de questões divergentes profundas, mas em acordos teóricos específicos, pode significar um ganho institucional. E isso ocorre por três razões que já foram apresentadas no capítulo inicial deste trabalho, sendo aqui somente revisadas: 1. decisões minimalistas permitem uma abertura de espaço importante para que instâncias representativas absorvam e processem os dissensos mais fundamentais. Existe no minimalismo, portanto, um elemento promotor da democracia deliberativa; 2. o minimalismo reduz fardo de decidir, não só porque seja mais difícil se chegar a uma conclusão acerca de uma teoria geral que fundamente uma gama enorme de questões, mas também pelo custo político de decidir tais questões; e, finalmente, 3. a postura minimalista possui um caráter mitigador de erros. Enquanto o maximalismo amplifica os efeitos do erro judicial, o minimalismo induz a contenção da má decisão. O julgado maximalista, por definição, tende a irradiar suas razões para outros casos, mesmo os futuros. Por outro lado, o

minimalismo, por preferir decisões estreitas, tende a produzir um resultado restrito ao processo que se decide, permitindo que outras situações sejam resolvidas de maneira diferente no futuro.

Considerando-se, portanto, o minimalismo uma alternativa interessante ao maximalismo do STF, o qual fica evidenciado nos casos citados até aqui, cabe a indagar por quais meios este Tribunal poderia obter uma postura minimalista. Há instrumentos capazes de calibrar a atuação da Corte na direção de uma atuação mais autocontida? É este o ponto do próximo tópico.

4.c. como se chegar ao minimalismo?

Neste ponto, caberia analisar como se daria eventual virada institucional do STF rumo ao minimalismo. Não parece algo fácil, sobretudo quando se tem em mente o tom marcadamente maximalista utilizado em muitas das decisões da Corte. Contudo, é possível vislumbrar um caminho que seria construído em dois eixos. O primeiro deles se daria por uma mudança hermenêutica, isto é, uma alteração na maneira com que os ministros interpretam o ordenamento. E o próprio minimalismo de Sunstein oferece os instrumentos interpretativos para tal mudança. De fato, há decisões – ou, ao menos, manifestações de ministros – em que já é perceptível um tom minimalista, o que demonstra a possibilidade de uma postura mais autocontida do Supremo. Por outro lado, uma corte verdadeiramente minimalista necessita de mecanismos que construam filtros no fluxo de processos que chegam ao tribunal. Este seria o segundo eixo da virada rumo ao minimalismo: o estabelecimento de uma jurisprudência defensiva capaz de permitir o exercício das chamadas virtudes passivas da Corte. Por uma questão didática, será abordada primeiramente questão hermenêutica, e, depois, se debruçará sobre a construção de uma jurisprudência defensiva.

O primeiro eixo da virada minimalista passa por uma mudança no modo de decidir dos ministros. Como já apontado, nem sempre o STF atua de maneira maximalista, mas há um bom número de precedentes que vão nessa linha mais arrojada. Não raramente, o Tribunal resolve seus casos por meio da escolha de alguma teoria fundamental (julgamento *deep*). No entanto, não é necessário que seja sempre assim. Uma mudança no modo como os ministros interpretam poderia tornar o STF mais minimalista. E a própria dimensão formal⁴¹ do minimalismo judicial oferece os instrumentos hermenêuticos para tanto. Trata-se da questão dos julgamentos rasos e estreitos, em posição aos profundos e amplos. A corte minimalista, ao proferir julgamentos rasos, se apoiaria na forma específica dos acordos teóricos incompletos, pois resolveria o caso concreto sem se posicionar sobre alguma teoria profunda (SUNSTEIN, 2001, p. 13). Do mesmo modo, ao decidir, a corte minimalista se aterá ao caso que a ela foi levado, sem tentar estabelecer algum comando geral que possa resolver outras situações — seria a chamada atuação estreita, que se opõe a uma postura

41 vide item 2.d. deste trabalho.

ampla da corte (*narrowness* e *width*, respectivamente) (SUSTEIN, 2001, p. 10).

E, embora a linha maximalista seja bastante difundida na jurisprudência do Supremo, há ministros que, em alguns casos, claramente adotaram uma postura minimalista. Um bom exemplo é a já citada Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510/DF⁴². O caso envolvia a Lei n. 11.105/05 (Lei de Biossegurança), que, em seu art. 5^a, autoriza a utilização de “células-troco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento” para “fins de pesquisa e terapia”. O processo, portanto, envolvia uma questão que desperta dissensos fundamentais em qualquer sociedade: quando começa a vida humana e a partir de quando o ordenamento deve protegê-la? A Ação Direta de Inconstitucionalidade foi julgada improcedente, mas aqui o que importa é destacar as manifestações de dois ministros que adotaram posturas bem diversas, ministro Ayres Britto e ministra Ellen Gracie. Enquanto o ministro Ayres proferiu um voto profundo – no sentido de que procurou responder as questões fundamentais envolvidas, privilegiando uma das concepções fundamentais apresentadas -, sua colega preferiu abordar o tema de maneira rasa, ou seja, encaminhou seu voto sem se manifestar acerca de qual teoria acerca do início da vida era a escolhida pela Corte.

O voto da ministra Ellen Gracie se restringiu a apontar que a escolha do Legislador ordinário quanto à Lei de Biossegurança não é inconstitucional. A ministra deixou, assim, de privilegiar alguma corrente de pensamento acerca do início da vida humana ou da (in)existência da proteção constitucional ao embrião:

Equivocam-se aqueles que enxergaram nesta Corte a figura de um árbitro responsável por proclamar a vitória incontestável dessa ou daquela corrente científica, filosófica, religiosa, moral ou ética sobre todas as demais. Essa seria, certamente, uma tarefa digna de Sísifo.

Conforme visto, ficou sobejamente demonstrada a existência, nas diferentes áreas do saber, de numerosos entendimentos, tão respeitáveis quanto antagônicos, no que se refere à especificação do momento exato do surgimento da pessoa humana.

Buscaram-se neste Tribunal, a meu ver, respostas que nem mesmo os constituintes originário e reformador propuseram-se a dar. Não há, por certo, uma definição constitucional do momento inicial da vida humana e não é papel desta Suprema Corte estabelecer conceitos que já não estejam explícita ou implicitamente plasmados na Constituição Federal. Não somos uma Academia de Ciências. A introdução no ordenamento jurídico pátrio de qualquer dos vários marcos propostos pela Ciência deverá ser um exclusivo exercício de opção legislativa, passível, obviamente, de controle quanto a sua conformidade com a Carta de 1988.

(...)

Assim, por verificar um significativo grau de razoabilidade e cautela no tratamento normativo dado à matéria aqui exaustivamente debatida, não vejo qualquer ofensa à dignidade humana na utilização de pré-embriões inviáveis ou congelados há mais de três anos nas pesquisas de células-tronco, que não teriam outro destino que não o descarte.

Como se percebe, a ministra evitou privilegiar alguma doutrina abrangente

42 (ADI 3510, Relator(a): AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134 RTJ VOL-00214-01 PP-00043)

acerca do assunto – não houve definição acerca do início da vida ou do grau de proteção dado pelo ordenamento ao embrião. A manifestação foi rasa. E, sendo assim, tornou-se estreita, pois, não definindo a questão de fundo, o voto não poderia ser utilizado para resolver outras questões ligadas a esse tópico (aborto, direitos hereditários, etc).

Outro caso que sublinha os contornos do minimalismo, sobretudo sua vantagem de abrir espaço de atuação aos Poderes representativos, trata-se da ADI 1.351, julgada em 2006⁴³. Basicamente, discutia-se, no âmbito eleitoral, a cláusula de barreira instituída pela Lei dos Partidos Políticos (Lei n. 9.096/95). O artigo 13⁴⁴ do dispositivo apontava que somente teria “direito ao funcionamento parlamentar” o partido que satisfizesse os seguintes requisitos na eleição: a) obtenção de 5% dos votos válidos para a Câmara dos Deputados, b) distribuição desse percentual mínimo em, pelo menos, um terço dos estados brasileiros e c) conquista, em cada um dos nove Estados, da percentagem mínima de 2%. Além da impossibilidade dos candidatos assumirem o cargo para qual foram eleitos, o partido que não alcançasse a cláusula de desempenho teria significativas restrições no que toca ao fundo partidário⁴⁵ e ao tempo disponível para a propaganda partidária⁴⁶.

O voto do relator, ministro Marco Aurélio, possui um tom bastante maximalista. Da sua leitura, nota-se que o ministro pretendia proferir uma decisão profunda, no sentido de que o Tribunal escolheria uma concepção de democracia tão ancorada no pluralismo político que se impediria a instauração de qualquer cláusula de desempenho. E, caso tivesse esta concepção saído vitoriosa, o julgamento, além de *deep*, seria amplo, pois as razões de decidir praticamente inviabilizariam o Parlamento de instituir algum outro instituto similar que buscasse uma maior racionalidade no sistema eleitoral brasileiro:

A previsão quanto à competência do legislador ordinário para tratar do funcionamento parlamentar há de ser tomada sem esvaziar-se os princípios constitucionais, destacando-se com real importância o revelador do pluripartidarismo. Vale dizer que se deixaram à disciplina legal os parâmetros do funcionamento parlamentar sem, no entanto, viabilizar que a norma estritamente legal determinasse a vida soberba de alguns políticos e a morte humilhante de outros. Verificada a existência jurídica do partido, a participação em certas eleições, o êxito quanto a mandatos políticos em

43 (ADI 1351, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2006, DJ 30-03-2007 PP-00068 EMENT VOL-02270-01 PP-00019 REPUBLICAÇÃO: DJ 29-06-2007 PP-00031 RTJ VOL-00207-01 PP-00116)

44 A redação do art. 13, que só entraria em vigor em 2007 por força do art. 57, possuía a seguinte redação: “Tem direito a funcionamento parlamentar, em todas as Casas Legislativas para as quais tenha elegido representante, o partido que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados obtenha o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles.”

45 Art. 41. O Tribunal Superior Eleitoral, dentro de cinco dias, a contar da data do depósito a que se refere o § 1º do artigo anterior, fará a respectiva distribuição aos órgãos nacionais dos partidos, obedecendo aos seguintes critérios: I - um por cento do total do Fundo Partidário será destacado para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que tenham seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral; II - noventa e nove por cento do total do Fundo Partidário serão distribuídos aos partidos que tenham preenchido as condições do art. 13, na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados.

46 Art. 48. O partido registrado no Tribunal Superior Eleitoral que não atenda ao disposto no art. 13 tem assegurada a realização de um programa em cadeia nacional, em cada semestre, com a duração de dois minutos.

disputa, não há como afastar do cenário a vontade dos cidadãos que elegeram candidatos, que vieram a preencher cadeiras em Casas Legislativas, desvinculando-os, em quase um passe de funesta mágica, do próprio partido que respaldou a candidatura. Surge incongruente assentar a necessidade de o candidato ter, em um primeiro passo, o aval de certo partido e, a seguir eleito, olvidar a agremiação na vida parlamentar. O casamento não é passível desse divórcio.

(...)

Aliás, a diversidade deve ser entendida não como ameaça mas como fator de crescimento, como vantagem adicional para qualquer comunidade que tende a enriquecer-se com essas diferenças. O desafio do Estado moderno, de organização das mais complexas, não é elidir as minorias, mas reconhecê-las e, assim o fazendo, viabilizar meios para assegurar-lhes os direitos constitucionais. Para tanto, entre outros procedimentos, há de fomentar diuturnamente o aprendizado da tolerância como valor maior, de modo a possibilitar a convivência harmônica entre desiguais. Nesse aspecto, é importante sublinhar, o Brasil se afigura como exemplo para o mundo.

Democracia que não legitima esse convívio não merece tal status, pois, na verdade, revela a face despótica da inflexibilidade, da intransigência, atributos que, normalmente afetos a regimes autoritários, acabam conduzindo à escravidão da minoria pela maioria.

No entanto, como ficou claro nas manifestações dos demais ministros, a ideia preponderante foi outra. No lugar de se adotar uma determinada concepção de democracia, a decisão proferida foi rasa, pois considerou inconstitucional especificamente *aquela* cláusula de barreira eleitoral do art. 13. Não se descartou, assim, a instituição de eventual novo dispositivo que não padecesse das características tidas pela Corte como incompatíveis com a Constituição. A razão de decidir do Supremo, portanto, não foi a escolha de uma visão do sistema democrático que seria incompatível com qualquer cláusula de barreira; em verdade, a inconstitucionalidade foi decretada por conta das peculiaridades do dispositivo legal instituído pela Lei dos Partidos Políticos – sobretudo seus requisitos rigorosos e seus efeitos restritivos quanto ao acesso da agremiação partidária ao financiamento de campanha e à propaganda eleitoral. Permaneceu, assim, aberto o espaço para que os órgãos representativos continuassem a buscar mecanismos que trouxessem uma melhora institucional no sistema parlamentar – desde que não fossem tão rigorosos quanto o dispositivo da Lei n. n. 9.096/95. A manifestação do ministro Sepúlveda Pertence foi clara nesse sentido quando apontou que o entusiasmo pelo pluralismo político não deveria levar “*a uma condenação antecipada de qualquer modulação dos direitos, das prerrogativas dos partidos conforme o único sistema conhecido no Direito Comparado, o do desempenho eleitoral*”. Do mesmo modo, o ministro Gilmar Mendes sublinhou que a inconstitucionalidade se dava por aspectos ligadas ao rigor da cláusula em questão, e que, portanto, não se estendia automaticamente à eventual nova cláusula de desempenho que tivesse um *design* diferente:

Estou certo de que se o legislador brasileiro tivesse conformado um modelo semelhante ao adotado no direito alemão, por exemplo, tal como explicado anteriormente, talvez não estaríamos aqui discutir esse tema. É possível, sim, ao legislador pátrio, o estabelecimento de uma cláusula de barreira ou de desempenho que impeça a atribuição de mandatos à agremiação que não obtiver um dado percentual de votos.

A via eleito pelo legislador brasileiro, no entanto, parece-me extremamente delicada. A regra do art. 13 da Lei dos Partidos Políticos não deixa qualquer espaço, não realiza qualquer mitigação, mas simplesmente nega o funcionamento parlamentar a agremiação partidária. Como ressaltado pelo Ministro Pertence, ‘a cláusula de barreira não mata, mas deixa morrer’. Há aqui, portanto, uma clara violação ao princípio da proporcionalidade.

Assim agindo, o STF acabou proferindo uma decisão rasa e estreita, permanecendo aberto o espaço para que os órgãos representativos do Estado, mais bem posicionados do ponto de vista da legitimidade democrática, pudessem rediscutir qual seria o ponto ótimo entre o respeito à pluralidade política e a necessidade de se construir um Parlamento funcional. E, de fato, foi o que ocorreu. Em 2015, o Congresso Nacional reanalisou a matéria e estabeleceu nova cláusula de desempenho⁴⁷. Desta vez, no entanto, certamente atentos ao julgamento do STF de 2006, os parlamentares arquitetaram uma barreira eleitoral com requisitos mais modestos: limite mínimo de votação individual de 10% do quociente eleitoral para preenchimento das vagas em disputa nas eleições submetidas ao sistema proporcional. Como se percebe, o Parlamento não se sentiu impedido de instituir nova cláusula de barreira – o que, seguramente, teria acontecido se a decisão do STF tivesse sido maximalista. Além disso, o próprio Tribunal não teve problemas, quando da análise da ADI 5.920/DF⁴⁸, em referendar a decisão do Congresso Nacional. No julgamento em questão, ocorrido em 2020, livre de uma concepção mais profunda acerca da democracia, a Corte apontou que cláusula em questão (10% do quociente eleitoral) “*não viola o princípio democrático ou o sistema proporcional, consistindo, antes, em valorização da representatividade e do voto nominal, em consonância com o sistema de listas abertas e com o comportamento cultural do eleitor brasileiro.*”

Percebe-se, portanto, que a caminhada em direção ao minimalismo judicial pode ser percorrida, em grande parte, pela adoção de uma postura mais autocontida dos ministros. Os casos trazidos aqui apontam que a própria dimensão formal do minimalismo judicial (julgamentos profundos ou rasos, amplos ou estreitos) trazem instrumentos interpretativos capazes de gerar julgamentos mais afastados do maximalismo. Há, inclusive, manifestações claramente minimalistas por parte de ministros. Entretanto, nem tudo se resolveria com uma mera mudança de postura por parte daqueles que ocupam os assentos do Tribunal. Além disso, o minimalismo necessita, em algum grau, da construção de uma jurisprudência defensiva – e isso demanda filtros no fluxo de processos que deságuam no Supremo.

Nesse contexto, é preciso apontar que o segundo eixo da virada em direção a uma postura minimalista passa pela intersecção que existe entre o minimalismo e as “virtudes passivas”,

47 Vide artigo 4º da Lei Federal 13.165/2015, na parte em que deu redação ao artigo 108 da Lei Federal 4.737/1965 (Código Eleitoral)

48 (ADI 5920, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 04/03/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-169 DIVULG 03-07-2020 PUBLIC 06-07-2020)

descritas por Alexander Bickel. Segundo este autor (1961, p. 50), uma corte constitucional, ao atuar, teria três caminhos distintos: validar a lei, derrubá-la ou não fazer nada. Esta última atitude, “não-fazer”, representaria aquilo que o autor denominou de virtudes passivas. A corte, até mesmo para se preservar institucionalmente⁴⁹, deveria abster-se de julgar de maneira ampla todo e qualquer caso que a ela se apresente, devendo atuar de maneira mais pontual e comedida. Em muitas situações, inclusive, a melhor solução, naquele momento, seria negar-se a julgar o caso. A prudência da corte, portanto, seria importante para gerar um ambiente em que os demais Poderes (representativos) teriam mais espaço para produzir resultados melhores (BICKEL, 1986, p. 70). E, de fato, Cass R. Sunstein bem pontua a ligação entre o minimalismo e as “virtudes passivas”:

Insofar as the minimalist judge seeks to promote democratic goals while recognizing social pluralism, the minimalist project is easily linked with the idea of “passive virtues”, as discussed by Alexander Bickel. These virtues are exercised when a court refuse to assume jurisdiction. Sometimes judges do not want to decide cases or issues at all, and even the minimal amount necessary to resolve a conflict seems to require courts to say too much. A denial of certiorari might well be based on this understanding. Perhaps it is premature for the court to participate in a certain controversy. Perhaps the Court wants to receive more information, is so divided that it could not resolve the case in any event, or is attuned to strategic considerations stemming from likelihood of adverse public reactions. For all these reasons it may be prudent to wait (2001, p. 39).

Uma corte minimalista, portanto, precisaria, em algum grau, abster-se de julgar determinadas matérias, ao menos por algum tempo. E isso ocorre porque nem todo caso pode ser decidido de maneira satisfatória no primeiro momento em que é apresentado ao tribunal. Por vezes, a prudência indica que se espere para que a corte profira uma decisão definitiva. Seja por razões de preservação institucional do próprio tribunal, seja para garantir espaço aos Poderes representativos melhor analisarem a questão, a atuação minimalista pressupõe algum grau de autocontenção do julgador na escolha daquilo que será julgado. A doutrina de Bickel, portanto, é ligada à administração do tempo da decisão, tendo em conta que isso é imprescindível para que o tribunal “possa dialogar com a sociedade e com as instituições em proveito de uma solução aceitável em face dos princípios” (MARINONI, 2021, p. 197).

No contexto estadunidense, há algumas decisões que ilustram a questão administração do tempo da decisão. *Dred Scott v. Sandford* (1857) talvez seja o exemplo negativo mais claro – não só pelo conteúdo da decisão, mas também pela falta de prudência da Corte em tentar resolver uma questão que, como mostrou o curso dos eventos, não poderia ser pacificada judicialmente naquele momento (talvez sequer pudesse ser pacificada judicialmente em algum momento). Nesse julgado, a

⁴⁹ Em geral costuma haver uma preocupação das cortes constitucionais em manter algum grau de afastamento do jogo político. Pois uma atuação mais prudente e auto-restrita garantiria à corte sua autoridade moral. Nas palavras do juiz do Tribunal Constitucional Federal alemão Hans G. Rupp: “*The only marshal there is to enforce the Court’s ruling is its moral authority, the conscience of the parties concerned, and in the last resort, the people’s respect for law and good government. It is mainly this limitation which renders it less objectionable to let a court settle legal issues which are closely connected with domestic or international politics*” (KOMMERS e MILLER, 2012, p. 33).

Suprema Corte dos Estados Unidos procurou definir a questão da escravidão ainda que a divergência sobre o assunto estivesse longe de qualquer consenso na sociedade americana. A Corte poderia ter se limitado aos estreitos contornos da questão (se a pessoa envolvida - Dred Scott - deveria ou não permanecer em escravidão), ou mesmo poderia ter se negado a decidi-la. No entanto, em uma atuação maximalista, tentou definir a questão de fundo acerca da justiça ou injustiça da escravidão (e o fez da pior maneira possível). É um tanto quanto temerário apontar qual seria o rumo dos acontecimentos históricos caso a Suprema Corte tivesse exercido as chamadas “virtudes passivas”, deixando aberto caminho para uma solução no campo político. Entretanto, não é absurdo concluir que a tentativa da Corte de cristalizar a questão, a favor da escravidão, acelerou um processo de colapso institucional que culminou na Guerra Civil americana (McPHERSON, 1988, p. 170-185).

Ainda que os casos sejam bastante distintos, *Roe v. Wade* (1973) é outro exemplo que ilustra bem como uma decisão, dada de maneira imprudente quanto a seu momento, pode gerar uma reação contrária a seu próprio conteúdo. Ou seja, a falta de prudência de uma corte pode ter o efeito colateral de catalisar justamente o movimento contrário àquilo que se pretendia, inicialmente, proteger. De certo modo, foi o que aparentemente aconteceu em 1973, no julgamento de *Roe*. Aqui o Tribunal procurou pacificar uma questão que, assim como hoje, era altamente divergente: o aborto. A Corte, indo além do caso concreto, estabeleceu, a partir de uma norma implícita da Constituição americana (intimidade), o direito ao aborto até determinada semana da gestação. Contudo, muitos – inclusive defensores do conteúdo de *Roe* – apontam que o julgado teve o efeito de paralisar um movimento político pró-escolha que estava em pleno desenvolvimento nos anos 70 (MARINONI, 2021, p. 181). Além disso, a decisão parece ter reforçado a organização dos grupos pró-vida, os quais, anos depois, obtiveram uma significativa vitória em *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* (2022), ocasião em que o Tribunal – contrariando sua decisão anterior - afirmou que a Constituição americana não garante o direito ao aborto.

Por outro lado, a Suprema Corte dos EUA parece ter sido prudente no que toca ao casamento gay. É o que se percebe quando se constata que, por anos, a Corte se esquivou de definir a questão da constitucionalidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Na mais famosa dessas ‘esquivas’ – *Hollingsworth v. Perry* (2013) - os *justices*, utilizando-se de aspectos formais, dispensaram o caso que envolvia uma proposição legislativa de consulta popular que poderia proibir o casamento homoafetivo. Alguns anos depois, contudo, a situação se alterou, pois finalmente veio a decisão que definiu o casamento gay como um direito constitucional: *Obergefell v. Hodges*, julgada em 2015. A Corte parece ter aguardado a mudança social para proferir sua decisão (SUNSTEIN, 2015, p. 100-101), pois, segundo pesquisa de opinião, em 1996, apenas 27% dos americanos se mostravam favorável ao casamento gay. Tal percentual foi subindo paulatinamente

até que, no ano da decisão *Obergengell* – 2015 –, estava em torno de 60%⁵⁰. A Corte aparentemente procurou administrar o tempo da decisão para proferi-la em um ambiente mais receptivo⁵¹.

Evidentemente, tal postura pode ser problemática – ou até mesmo injusta –, especialmente quando estão em jogo direitos fundamentais como no caso de *Obergenfell*. De fato, parece difícil compatibilizar o papel do Poder Judiciário na defesa de valores ligados à proteção de minorias com uma postura que se esquiva de protegê-los por não se tratar do “momento adequado”. No entanto, há que se ter em mente que uma decisão proferida em um ambiente agudamente desfavorável pode gerar uma reação que termina por ir de encontro àquilo que, justamente, se pretendia proteger.

De qualquer forma, quando se tenta adaptar a doutrina das virtudes passivas ao Brasil, há alguma dificuldade. Isso porque tanto Bickel quanto Sunstein possuem como referência principal a Suprema Corte do EUA, a qual, por meio do *certiorari*, exerce uma jurisdição amplamente discricionária, podendo inclusive negar jurisdição de forma imotivada. No entanto, tal discricionariedade não se repete no Supremo Tribunal Federal. Por uma série de razões – que vão desde a instituição de um sistema de *judicial review* que mescla elementos do controle concentrado e do difuso até a própria natureza analítica da Constituição de 1988 –, a permeabilidade da Corte Constitucional brasileira é considerada uma das maiores do mundo (MENDES, 2005, p. 146). Mas, ainda que haja tal dificuldade, vislumbra-se possível a construção de uma jurisprudência defensiva por parte dos STF, o que poderia auxiliar na gestão do tempo da decisão.

Talvez o principal dos instrumentos, hoje, para a construção de uma jurisprudência defensiva seja a chamada “repercussão geral”⁵², fruto da emenda constitucional n. 45/2005. A exemplo do que ocorreu em outros tribunais constitucionais⁵³, procurou-se instituir um filtro que

50 Vide pesquisa disponível em <https://news.gallup.com/poll/393197/same-sex-marriage-support-inches-new-high.aspx>, acesso em 01.03.2023.

51 Nesse ponto, é interessante apontar o trabalho de Barry Friedman no que toca à dinâmica entre decisões da Suprema Corte dos EUA e a evolução da opinião pública. Referindo-se ao povo dos EUA, o autor (2009, p. 14) aponta: “*On issue after contentious issue – abortion, affirmative action, gay rights, and the death penalty, to name a few – the Supreme Court has rendered decisions that meet with approval and find support in the latest Gallup Poll*”.

52 Vide art. 102, §3º, da CF/88: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

53 De fato, há uma tendência das cortes constitucionais em criarem filtros de sua acesso à jurisdição: “*Paralelamente, países filiados tanto ao civil law quanto ao common law continuaram a ter experiências exitosas com os filtros de relevância. Nos EUA, segundo a Regra 10 das Rules of the Supreme Court, a Suprema Corte exerce uma jurisdição amplamente discricionária, podendo deixar de conhecer causas sem motivação, desde que o faça por ao menos dois terços dos seus juizes: tal quorum qualificado — regra consuetudinária — serve como contrapeso ao exercício da discricionariedade na concessão do certiorari. De forma semelhante, o Tribunal Constitucional Federal alemão pode inadmitir uma reclamação constitucional (Verfassungsbeschwerde) sem motivação (BVerfGG, § 93d, (1)), desde que o faça por unanimidade, se o caso for julgado em uma das Câmaras, ou por três quartos dos juizes, se o caso for de competência de um dos Senados. Na França, onde as decisões sempre são unânimes, a Corte de cassação pode inadmitir recursos por “decisões não especialmente motivadas” (CPC francês, art. 1.014), prática já validada pela Corte Europeia de Direitos Humanos, à luz do dever de motivação decorrente do art. 6º, 1, da Convenção Europeia de Direitos Humanos (caso Burg et autres c. France, j. 28/1/2003, entre outros). Em suma: países de distintas tradições jurídicas, com elevado grau de respeito às garantias processuais das partes em geral, e ao dever de motivação em particular, deixam de motivar as decisões de inadmissão de recursos que não superam o teste da relevância. Por tal razão, tais decisões têm efeitos restritos ao*

permitisse ao Supremo selecionar os casos a serem julgados. Nos termos do art. 1.035, §1º, do Código de Processo Civil, somente serão analisados pelo STF os Recursos Extraordinários em que sejam demonstradas “questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo”. Como se percebe, o instituto foi construído em torno de conceitos tão abertos que o STF passou a contar com uma ampla margem de manobra. Não seria impensável, portanto, a utilização desse mecanismo para a construção de uma jurisprudência defensiva (MARINONI, 202, p. 211). Além disso, é preciso apontar que o STF sempre encontrou maneiras capazes de permitir a escolha daquilo que seria julgado pela Corte. Alguns autores identificam, mesmo antes da aprovação da Repercussão Geral, a instituição, por meio de uma série de outros institutos, de uma *certiorari* à brasileira:

Isso porque o art. 323 do RI/STF prevê que “[q]uando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o(a) Relator(a) ou o Presidente submeterá, por meio eletrônico, aos demais Ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral”. São essas “outras razões” — e não a falta de repercussão geral — que normalmente se invocam para inadmitir recursos, razões essas identificadas com óbices já “tradicionais”, de há muito erguidos pela jurisprudência da Corte ao acolhimento das pretensões dos recorrentes, como qualificar a matéria controvertida como infraconstitucional, e não constitucional (Súmulas 280 e 636), como fática, e não jurídica (Súmula 279), ou apontar a falta de pré-questionamento (Súmulas 282 e 356). Todas essas alternativas podem ser adotadas de forma monocrática pelo relator, cabendo agravo para a respectiva Turma, um colegiado de cinco ministros, e não para o Plenário. Como regra, esse agravo confirmará a decisão singular, por julgamento em lista: um mecanismo sumário em que não há debate, e no qual dezenas de casos podem ser julgados por vez.

(...)

Como já identificado por alguns autores antes mesmo da EC nº 45/200423, a chamada “jurisprudência defensiva” constitui um “*certiorari* à brasileira”, um “*certiorari de facto*” ou um “mecanismo informal de seletividade recursal”. Utiliza-se, assim, um “filtro oculto”, pelo qual os ministros denegam recursos não considerados relevantes, em decisões com efeitos limitados ao caso concreto. Fazem-no sem dizê-lo expressamente e sem utilizar o mecanismo da repercussão geral, que exigiria quorum qualificado e poderia produzir efeitos abrangentes. Não é difícil demonstrar que se trata, em última análise, de um juízo de relevância, e não apenas uma questão técnica de cabimento. Há numerosos exemplos de controvérsias que passam anos sendo enquadradas pelo STF como meramente fáticas ou infraconstitucionais — sobretudo por decisões monocráticas, que, entre 2009 e 2016, representaram entre 84% e 89% do total de julgados. Os recursos contra essas decisões são julgados em lista e, como regra, elas são mantidas. No entanto, subitamente, quando a Corte passa a entender que o mesmo tema é de algum modo relevante, a matéria começa a ser reputada como constitucional, vindo o recurso a ser provido e a decisão recorrida revista (BARROSO, REGO, 2015).

Os instrumentos à disposição, portanto, permitem ao STF a construção de uma jurisprudência defensiva, o que poderia auxiliar, em alguma medida, a caminhada da Corte rumo ao minimalismo. Evidentemente, tais filtros não conferem ao Supremo o mesmo grau de

caso concreto, não servindo como precedentes” (BARROSO, Luís Roberto; REGO, Frederico Montedonio. Como salvar o sistema de repercussão geral: transparência, eficiência e realismo na escolha do que o Supremo Tribunal Federal vai julgar. Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 7, nº 3, 2017 p. 695-713.

impermeabilidade da Suprema Corte dos EUA – foco principal dos estudos de Sunstein e Bickel. A Repercussão Geral, por exemplo, se limita aos recursos extraordinários, não tendo nenhum papel filtrador quanto aos instrumentos do controle concentrado (ADI, ADC, ADPF, etc). Tais aspectos restringem o alcance da jurisprudência defensiva do STF. Contudo, é inegável que, mesmo que limitados, tais filtros podem cumprir o papel de aproximar a Corte de uma postura mais minimalista.

4.d. os limites da hermenêutica e da jurisprudência defensiva

Levando em conta, como apontado acima, que o STF, por meio da hermenêutica e da construção de uma jurisprudência defensiva, poderia caminhar rumo ao minimalismo, cabe agora a seguinte indagação: o Apelo ao Legislador teria alguma utilidade na busca de um Supremo minimalista? A resposta, como se argumenta, é afirmativa. Isso porque tanto a hermenêutica quanto a jurisprudência defensiva possuem limites na contenção da necessidade do Supremo, em algumas circunstâncias, se manifestar acerca de teorias profundas. Ou seja, ainda que a Corte construa uma jurisprudência defensiva que permita o exercício das virtudes passivas, ainda que os ministros tentem, nos diversos casos que a eles cheguem, utilizar os mecanismos interpretativos do minimalismo de Sunstein, haverá situações que demandarão uma manifestação mais enfática acerca de alguma teoria fundamental. E isso ocorre por dois motivos: impossibilidade (e injustiça) de a sociedade operar sempre com base em acordos teóricos incompletos e a introdução de elementos do controle abstrato concentrado no sistema de *judicial review* brasileiro.

1 – impossibilidade da sociedade operar sempre em acordos teóricos incompletos

O primeiro deles, de cunho mais geral, diz respeito aos acordos teóricos incompletos, os quais alicerçam o minimalismo judicial. Como já apontado, nem sempre é possível – ou mesmo desejável - uma sociedade tomar decisões com base apenas em acordos teóricos incompletos. Por vezes, questões fundamentais precisam ser enfrentadas, e contorná-las, seja por meio da adoção de uma norma abstrata, seja por meio do foco em um ponto específico, não parece algo positivo. Há situações em que escolhas fundamentais precisam ser feitas. A discussão acerca da escravidão, que, entre outros fatores, levou os Estados Unidos à Guerra Civil, ilustra bem como pode ser necessário e justo enfrentar o dissenso abertamente.

E tal ponto se reflete no minimalismo judicial – seja ele adotado pelo Suprema Corte dos EUA, pelo Supremo Tribunal Federal ou pela BVerfG. Seja onde for, sempre haverá situações – ainda que pontuais - em que enfrentar uma questão teórica fundamental por completo é essencial (e

justo). Sobretudo no que toca a processos que lidam com direitos de minorias ou com questões ligadas à participação política, é inegável que posturas maximalistas de tribunais possam ser benéficas (SUNSTEIN, 2001, p. 57). Decisões como a proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI n. 7277, que reconheceu a legitimidade das uniões homoafetivas, ou como a emanada pela Suprema Corte do EUA em *Brown v. Board of Education* (1954), que apontou como inconstitucional o regime de segregação racial nas escolas americanas, são maximalistas e devem ser celebradas:

For good reasons, deep rulings of this kind are rare; most of the time, shallowness and narrowness play crucial roles. But in the most glorious moments in democratic life, national decisions reflect a degree of theoretical depth, and they are wide rather than narrow; consider the American Revolution, the Emancipation Proclamation, the New Deal, the Civil Rights Act of 1964, the Americans with Disabilities Act of 1990. The same is true of constitutional law; consider *Brown v. Board of Education*, *New York Times Company v. Sullivan*, *Brandenburg v. Ohio*. Those moments deserve celebration, not lament (SUNSTEIN, 2007, p. 841)

A necessidade pontual de enfrentar teorias fundamentais ocorre porque, embora o minimalismo esteja associado à forma de decidir dos tribunais - resolução dos casos concretos sem apelar, privilegiando ou descartando, alguma das doutrinas de base existentes -, ele não se resume a isso. Há também no minimalismo uma dimensão material, no sentido de que a teoria opera em um núcleo de compromissos constitucionais tidos como pré-requisitos para o bom funcionamento institucional. Tendo essa ideia em mente - de que há alguns pontos de apoio que dão base à sociedade -, mesmo o tribunal mais minimalista não escapa de possuir elementos valorativos fundamentais, os quais são, inclusive, judicialmente exigíveis. Evidentemente, uma corte minimalista evita sempre que possível julgar com decisões profundas e amplas, mas haverá casos, pontuais, frise-se, em que a manifestação sobre uma teoria de base será incontornável e desejável (SUNSTEIN, 2001, p. 63). Um eventual Supremo Tribunal Federal minimalista, pois, não escapará totalmente - e nem é salutar que o faça - da necessidade de julgamentos afetos a teorias fundamentais:

In some areas, broad rules make a good deal of sense, and in some cases diverse judges can and should converge on theoretically ambitious abstractions involving liberty or equality. These are the most glorious moments in any nation's legal culture. I have been stressing another point. When democracy is in a state of ethical or political uncertainty, courts may not have the best or the final answers. Judicial answers may be wrong. They may be counterproductive even if they are right. On occasion courts do best by proceeding in way that is catalytic rather than preclusive, and that is closely attuned to the fact that courts are participants in an elaborate system of democratic deliberation. Minimalism is not always the best way to proceed. But it has distinctive uses in constitutional law, where judges, well aware of their limitations, know that sometimes the best decision is to leave things undecided (SUNSTEIN, 2001, pág. 263).

2 – elementos do controle abstrato como limitadores da virada minimalista

O segundo fator que traz limites à busca de um STF minimalista diz respeito ao caráter híbrido do sistema de controle de constitucionalidade. Como é sabido, a Constituição de 1988 combinou “o controle por via incidental e difuso (sistema americano), que vinha desde o início da República, com o controle por via principal e concentrado, implantado com a EC n. 16/65 (sistema continental europeu)” (BARROSO, 2011, p. 86). Não houve, portanto, a escolha de um dos sistemas de *judicial review* existentes. Em verdade, foi instituído um modelo híbrido que alargou de modo considerável a jurisdição constitucional brasileira. Além disso, o generoso rol de legitimados para a propositura das ações de controle concentrado⁵⁴, bem como a criação de institutos como Ação Direta de Constitucionalidade e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental destacaram a importância do controle abstrato, em detrimento do controle concreto. Ou seja, o Brasil hoje conta com um sistema híbrido que tende a privilegiar o arcabouço processual do controle concentrado (MENDES, 1999, p. 80).

Isso acaba tendo um profundo impacto nos dois eixos apontados como necessários à virada minimalista do STF, quais sejam, a mudança hermenêutica e a construção de uma jurisprudência defensiva. Não se pode esquecer que Sunstein possui como referência principal a Suprema Corte do EUA, a qual exerce sua jurisdição constitucional dentro de um sistema exclusivamente difuso, além de possuir, por meio do *certiorari*, uma discricionariedade quase absoluta no que toca àquilo que julgará. Logo, todo o arcabouço teórico do minimalismo judicial casa melhor com o controle difuso, sobretudo com uma corte que possa, grosso modo, escolher quais processos serão analisados. Não que não exista a possibilidade de sua aplicação em um sistema legal que conte com elementos de controle concentrado, mas, realmente, há um desafio maior para um tribunal como o STF se tornar minimalista. Em resumo, a introdução de instrumentos de controle concentrado no Brasil tornou limitada a capacidade da jurisprudência defensiva e da mudança hermenêutica de promover uma guinada minimalista no STF. Vejamos os porquês.

No que toca à jurisprudência defensiva, a razão é um tanto quanto clara. Os filtros existentes para controlar o fluxo de processo que chegam ao Supremo são afeitos ao controle de constitucionalidade difuso, e não se aplicam às ações do sistema processual concentrado. Dessa feita, ainda que haja, por parte do STF, alguma contenção quanto à escolha de sua própria jurisdição, não se confere a ele o mesmo grau de impermeabilidade da Suprema Corte dos EUA. A

54 Vide art. 103, da CF/88 - “Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Repercussão Geral, por exemplo, se limita aos recursos extraordinários, não tendo nenhum papel filtrador quanto aos instrumentos do controle concentrado (ADI, ADC, ADPF). Portanto, embora importante, o alcance da jurisprudência defensiva do STF é limitado, sobretudo quando se vislumbra um ambiente, como o brasileiro, que tende a favorecer as ações de controle concentrado (MENDES, 1999, p. 80).

Não se está a dizer que não há possibilidade de instituição de filtros nas ações de controle concentrado. A própria maneira do STF interpretar o dispositivo que traz o rol de legitimados das ações diretas – art. 103, da CF/88 – pode abrir ou fechar a ‘válvula’ de acesso ao Tribunal, isto é, uma interpretação mais ampliativa do rol torna maior a permeabilidade da Corte, e conseqüentemente, aumenta a probabilidade de surgirem casos em que a manifestação acerca de teorias fundamentais é necessária. E o contrário, obviamente, também é verdadeiro. No que toca ao STF, não parece haver um firme Norte no sentido de ampliar ou restringir o rol de legitimados, pois são encontradas decisões que seguem linhas diversas, até antagônicas⁵⁵. No entanto, a mera existência de algumas decisões que restringem as possibilidades de ajuizamento de ações do controle concreto demonstra que, mesmo no sistema brasileiro de *judicial review*, há possibilidade de construção de uma jurisprudência defensiva. Isso não se nega. No entanto, a questão é comparativa. Se a referência for – como, de fato, é – o sistema americano de controle de constitucionalidade, os filtros sempre parecerão insuficientes.

Por sua vez, o outro impacto do controle abstrato na adoção do minimalismo diz respeito à inexistência de um caso concreto como substrato da questão constitucional a ser decidido pela corte.

55 Vide como exemplo de decisões que interpretam o rol de maneira restritiva: “Os legitimados para propor arguição de descumprimento de preceito fundamental se encontram definidos, em *numerus clausus*, no art. 103 da Constituição da República, nos termos do disposto no art. 2º, I, da Lei 9.882/1999. Impossibilidade de ampliação do rol exaustivo inscrito na CF. Idoneidade da decisão de não conhecimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental” (STF - ADPF 75 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 3-5-2006, P, DJ de 2-6-2006). “A legitimidade ativa da confederação sindical, entidade de classe de âmbito nacional, mesas das assembleias legislativas e governadores, para a ação direta de inconstitucionalidade, vincula-se ao objeto da ação, pelo que deve haver pertinência da norma impugnada com os objetivos do autor da ação. (...) Inocorrência, no caso, de pertinência das normas impugnadas com os objetivos da entidade de classe autora da ação direta” (ADI 1.507 MC-AgR, rel. min. Carlos Velloso, j. 3-2-1997, P, DJ de 6-6-1997). Por outro lado, há decisões que interpretam ampliativamente o rol: Vide como exemplo de decisões que interpretam ampliativamente o rol: “Lei editada pelo Governo do Estado de São Paulo. Ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo governador do Estado de Goiás. Amianto crisotila. Restrições à sua comercialização imposta pela legislação paulista, com evidentes reflexos na economia de Goiás, Estado onde está localizada a maior reserva natural do minério. Legitimidade ativa do governador de Goiás para iniciar o processo de controle concentrado de constitucionalidade e pertinência temática (STF - ADI 2.656, rel. min. Maurício Corrêa, j. 8-5-2003, P, DJ de 1º-8-2003). “Ação direta de inconstitucionalidade. Lei federal 11.516/2007. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade da Associação Nacional dos Servidores do Ibama. (...) A democracia participativa delineada pela Carta de 1988 se baseia na generalização e profusão das vias de participação dos cidadãos nos provimentos estatais, por isso que é de se conjurar uma exegese demasiadamente restritiva do conceito de “entidade de classe de âmbito nacional” previsto no art. 103, IX, da CRFB. A participação da sociedade civil organizada nos processos de controle abstrato de constitucionalidade deve ser estimulada, como consectário de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, na percepção doutrinária de Peter Häberle, mercê de o incremento do rol dos legitimados à fiscalização abstrata das leis indicar esse novel sentimento constitucional. In casu, a entidade proponente da ação sub judice possui ampla gama de associados, distribuídos por todo o território nacional, e que representam a integralidade da categoria interessada, qual seja, a dos servidores públicos federais dos órgãos de proteção ao meio ambiente (STF - ADI 4.029, rel. min. Luiz Fux, j. 8-3-2012, P, DJE de 27-6-2012).

Nos EUA, o *judicial review* se desenvolveu no âmbito da atividade judicante típica, ou seja, a análise da compatibilidade de determinado ato normativo com o texto constitucional sempre ocorre dentro de um processo que trata de um caso específico (controle concreto de constitucionalidade). Dessa forma, a decisão acerca da constitucionalidade de algum ato estatal naturalmente apresenta uma dualidade: primeiro se enfrenta a (in)constitucionalidade de determinada norma e, posteriormente, se escolhe o “remedy” a solucionar o caso concreto. Transferindo para linguagem processual brasileira, a questão constitucional é enfrentada nas razões de decidir, ao passo que a solução do caso concreto ocorre na parte dispositiva do julgado (KUO, 219, p. 169). Por outro lado, no controle abstrato a inconstitucionalidade não há caso concreto a ser tratado com uma etapa lógica que antecede a resolução de um caso concreto. Ela própria – a inconstitucionalidade – é o objeto do julgamento (KUO, 2019, p. 163-4).

Este arranjo típico do controle abstrato reduz as possibilidades argumentativas para se proferir um julgamento estreito. E isso acontece porque uma das estratégias restringir o alcance do julgado, afastando eventual caráter amplo, é utilizar algum aspecto que diga respeito especificamente ao caso concreto que está em análise, sem partir para uma generalização maior. Mais uma vez, o julgamento *Roe v. Wade* fornece um bom exemplo. Havia ali o embate constitucional conhecido por todos – sopesamento entre o direito à vida intrauterina e o direito à intimidade da gestante. Mas existia também uma informação atinente apenas ao caso concreto: a alegação de que a gravidez resultara de violência sexual. Para Sunstein (1996, p. 49-50), tal circunstância poderia ter sido utilizada para manter os efeitos do julgado em um âmbito muito mais restrito. Contudo, não foi o que ocorreu. Como é notório, a Suprema Corte americana preferiu trilhar um caminho maximalista. Uma opção como esta – utilizar uma circunstância só do caso concreto – jamais estaria disponível na análise de uma ação de controle abstrato, como, por exemplo, na ADPF 442, que questiona, no STF, a criminalização do aborto voluntário até o terceiro mês de gestação. Aqui, a ausência de caso concreto exclui a possibilidade da utilização de uma circunstância que diga respeito somente às partes.

Contudo, é preciso reforçar o seguinte: o fato do controle abstrato operar sem um caso concreto reduz as possibilidades argumentativas para estreitar os efeitos do julgado, mas não elimina todas elas. Há meios de se proferir decisões rasas e estreitas mesmo no controle abstrato. Para permanecer em casos tratando do aborto, cite-se novamente a manifestação do *chief justice* John Roberts, em *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* (2022). Neste julgado, Roberts proferiu um ‘voto’ que poderia muito bem ter sido utilizado no controle abstrato, pois não houve referência a alguma circunstância do caso concreto. E isso não impediu a construção de uma manifestação estreita. Como se pode perceber, se sua visão tivesse prevalecido, o efeito do julgado teria sido bem mais restrito do que foi a visão da maioria. De fato, para o *chief justice*, o caso

poderia ser resolvido tão somente analisando se a lei do Mississippi, que banuiu abortamentos após a 15ª semana de gestação, seria compatível com a ideia central de Roe, qual seja, o aborto como um direito amparado no devido processo legal. Ele concluiu, inclusive, que não haveria nenhuma incompatibilidade, uma vez que a proibição pós-15ª semana oportunizaria tempo suficiente para a gestante exercer seu direito. Dessa forma, a Corte poderia considerar constitucional a lei em questão, sem adotar uma postura maximalista, isto é, mesmo sem tocar em qualquer das circunstâncias do caso concreto, Roberts propôs uma decisão minimalista. Do mesmo modo, exemplos de manifestações de ministros do STF, no âmbito do controle abstrato, tal qual o voto da ministra Ellen Gracie na ADI 3.510/DF, mostram que, embora reduzidas as possibilidades argumentativas, ainda há espaço, no âmbito do controle abstrato, para o tribunal evitar o maximalismo.

4.f. a proposta de uso do Apelo ao Legislador no Supremo Tribunal Federal

Tudo o que foi desenhado leva à conclusão de que mesmo um eventual STF minimalista encontrará casos em que a manifestação peremptória acerca de alguma teoria fundamental é imprescindível. E isso ocorre porque 1. o minimalismo judicial admite que, em casos pontuais, é aceitável e até mesmo desejável a manifestação do Judiciário acerca dessas teorias e 2. os mecanismos identificados neste trabalho como possibilitadores da virada minimalista – mudança hermenêutica e jurisprudência defensiva – possuem significativas limitações quando analisado o cenário específico do Supremo Tribunal Federal.

E são justamente nessas situações, em que a manifestação sobre teorias fundamentais é desejável, que se propõe, como meio de se obter uma postura mais minimalista, a utilização, pelo STF, do Apelo ao Legislador. O Tribunal, ao se deparar com um processo cuja resolução dependa da escolha de uma teoria fundamental, teria dois caminhos: decidir ele próprio ou apelar ao Congresso Nacional para que o faça. O primeiro caminho é o que todos conhecem. Com suas vantagens e desvantagens⁵⁶, esse tipo de julgado é habitual no Supremo. No contexto brasileiro, não raro um corpo de juízes não eleitos decide questões fundamentalmente controvertidas. Um STF minimalista não descartaria tal possibilidade, uma vez que, como já apontado, o minimalismo comporta uma dimensão material que deve ser sempre defendida pelo Judiciário (SUNSTEIN, 2001, p. 263). Contudo, defende-se aqui a possibilidade do segundo caminho como uma alternativa ao STF.

Mas qual seria a vantagem de se ter como alternativa a utilização de um instituto semelhante à *Appellentscheidung*, a ser empregado em alguns dos casos em que há necessidade de

56 Vide ponto 2.e. deste trabalho.

manifestação acerca de teorias fundamentais? A vantagem da utilização do Apelo residiria no fato de que tal instituto possui um forte alinhamento com a natureza democrática do minimalismo. Melhor explicando, existe no minimalismo um elemento incentivador do caráter deliberativo da democracia. Ora, como se sabe, nesta forma de organização estatal – a democracia –, o controle eleitoral é central, logo uma doutrina constitucional que aloque as decisões mais fundamentais justamente naquelas autoridades que são, via de regra, responsáveis eleitoralmente (sobretudo os membros do Parlamento), termina por promover a própria democracia. Ademais, o dissenso, quando processado por instituições que foram desenhadas justamente para qualificar o debate público e para representar a pluralidade do corpo social, reforça o caráter deliberativo da democracia, ressaltando-se assim a força propulsora da divergência (SUNSTEIN, 2001, 24).

Dessa forma, se uma das vantagens do minimalismo é justamente a abertura de espaço para que instâncias representativas absorvam e processem os dissensos mais profundos, por que não conceder ao STF uma ferramenta que tem por dinâmica fundamental alocar o processo decisório no próprio Parlamento? O instituto do Apelo ao Legislador, portanto, poderia ter um papel crucial em eventual guinada minimalista do STF. Isso porque no contexto brasileiro os casos envolvendo necessidade de manifestação de uma teoria fundamental são comuns, quando se compara com o Judiciário americano. Colocando de uma outra forma: ante as características de nosso sistema legal, as quais permitem uma permeabilidade maior no que toca à penetração de casos envolvendo teorias fundamentais, seria interessante a possibilidade de um instrumento, à disposição do Supremo, que permitiria lidar com tais processos sem que fosse perdida a vantagem do minimalismo em promover a democracia deliberativa.

O Supremo, em vez de simplesmente substituir a decisão política dos demais Poderes pela visão de seus juízes, poderia lançar mão da *Appellentscheidung*. O Legislativo, instado a atuar mais incisivamente, processaria, então, melhor os dissensos sociais, lidando ele próprio com teorias fundamentais – uma vez que é nele em que se encontra a maior legitimidade democrática. Desse modo, a Corte atuaria como catalisadora do processo político, rompendo eventuais barreiras impostas a grupos subrepresentados. Empresta-se aqui a analogia de Ely (2010, p. 136): o tribunal agiria como um órgão antitruste, no sentido de que estes órgãos não participam das atividades econômicas que regulam, mas apenas garantem seu bom funcionamento. Ao utilizar do Apelo ao Legislador, o STF velaria pelo bom funcionamento do processo político, sem nele atuar ativamente tal qual uma casa revisora das decisões políticas mais fundamentais.

Entretanto, é preciso apontar que, no contexto alemão, o Apelo não é utilizado para alocar no Parlamento o processo decisório acerca de dissensos fundamentais. Em verdade, a *Appellentscheidung* é empregada, de um modo geral, ou para resolver questões atinentes à segurança jurídica, ou, em outras hipóteses, quando a BVerfG identifica um processo de

inconstitucionalização da norma. Melhor explicando, ou se percebe que a declaração de nulidade do ato estatal terá efeitos piores do que sua manutenção temporária, e, assim, se concede a ele uma sobrevida até que o Legislativo atue, ou se verifica um quadro em que a norma, antes tida como plenamente constitucional, por alguma(s) circunstância(s), passa a ter sua constitucionalidade colocada em xeque, o que demanda atuação do Parlamento. Como já apontado no capítulo anterior, essas circunstâncias são divididas, por Justin Collings, em quatro grupos: 1) servindo a objetivos maiores e evitando catástrofes; 2) mudanças de circunstâncias, 3) descumprimento de deveres constitucionais e 4) dever de vigiar e remediar.

O primeiro grupo de decisões diz respeito a situações em que a Corte entende que a declaração de inconstitucionalidade de determinado dispositivo terá um efeito desestabilizador ainda mais grave do que sua permanência temporária no ordenamento. A segunda categoria de decisões (“mudança de circunstâncias”) relaciona-se a situações em que alguma alteração da conjuntura leva determinado ato legal a se chocar com a constituição – ainda que, de início, tal norma tenha sido vista como compatível com a lei superior. No que toca às situações envolvendo “descumprimento de dever constitucional” - terceiro grupo -, as decisões tratam de alguma omissão do Parlamento frente a uma obrigação imposta pela Lei Fundamental (*Schutzpflicht*). Por fim, o último grupo - “dever de remediar” - envolve situações em que a Corte não identifica algum problema constitucional na norma analisada, no entanto vislumbra que eventualmente a inconstitucionalidade possa surgir (COLLINGS, 2016, p. 504-508).

Tais situações são diferentes de aplicar o Apelo em casos em que haja necessidade de enfrentar teorias fundamentais. Portanto, pouco serviriam para uma eventual mudança do STF rumo ao minimalismo. Aliás, situações semelhantes a essas em que o Tribunal Constitucional alemão lança mão do Apelo ao Legislador são, no contexto brasileiro, resolvidas com o uso de outros institutos – os quais fornecem um resultado semelhante. Observem-se os grupos “evitando catástrofes” e “mudanças de circunstâncias”, por exemplo. Nas duas situações, a motivação da utilização do Apelo liga-se a preocupações relacionadas à segurança jurídica: no primeiro, percebe-se que a retirada do ordenamento de determinada norma terá efeitos piores do que sua manutenção temporária no ordenamento, ao passo que, no segundo, se entende que uma mudança de jurisprudência do Tribunal pode gerar um ambiente altamente disruptivo. Ambos os casos, no contexto do STF, poderiam ser resolvidos por meio da modulação dos efeitos⁵⁷.

É o que se extrai do exemplo da ADI n. 5469⁵⁸, julgada em 2021. Neste julgamento, o STF

57 Vide Lei n. 9.868/99, Art. 27 - Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

58 (ADI 5469, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-099 DIVULG 24-05-2021 PUBLIC 25-05-2021)

entendeu que a nova sistemática de cobrança de ICMS, trazida pela Emenda Constitucional n. 87/15, relativa a operações interestaduais envolvendo consumidor final, carecia, para sua efetiva aplicação, de Lei Complementar, a qual inexistia quando do julgado. No caso, como os Estados já estavam cobrando o ICMS nos termos da EC87 há algum tempo, o novo entendimento geraria, se aplicado imediata e retroativamente, um ambiente deveras disruptivo no sistema tributário nacional. Mais que isso, no que toca às contas públicas de diversos entes federativos, seus efeitos seriam potencialmente “catastróficos”, para usar a expressão empregada pela BVerfG. A fim de evitar esses problemas ligados à segurança jurídica, o Supremo modulou os efeitos de sua decisão, permitindo que a nova hipótese de incidência, criada pela EC 87/15, pudesse ser exercida pelos Estados, até o fim do ano de 2021, mesmo sem a existência de Lei Complementar. Nesse período, segundo os ministros, o Congresso Nacional poderia editar a necessária Lei⁵⁹ a fim de que, após 31.12.2022, a continuidade da tributação fosse considerada válida⁶⁰.

Do mesmo modo, o emprego pela Corte alemã da *Appellentscheidung* nas situações que tratam de eventual omissão do Parlamento frente a uma obrigação imposta pela Constituição faria pouco sentido no contexto brasileiro. Isso porque há instrumentos processuais – inclusive de índole constitucional – especificamente desenhados para tanto, quais sejam, mandado de injunção⁶¹ e ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão⁶².

Portanto, a ideia da utilização pelo STF do Apelo ao Legislador como instrumento de promoção de uma postura minimalista requereria uma adaptação do instituto. A dinâmica permaneceria a mesma, mas as circunstâncias de aplicação seriam outras. Haveria a manutenção temporária do ato estatal de constitucionalidade duvidosa com a exortação do Parlamento a agir, tal qual ocorre na Alemanha. No entanto, o foco principal seriam os casos em que houvesse uma necessidade de manifestação acerca de alguma teoria fundamental, sobretudo quando os julgadores avaliassem que determinada legislação demanda atualização – seja porque o ambiente social mudou, seja porque novos fatos alteraram a percepção da questão. A Corte, mantendo uma postura minimalista, funcionaria como uma catalisadora da atuação do Parlamento, o qual poderia processar

59 No voto do ministro Barroso, consta a seguinte passagem: “Portanto, Presidente, como considero que ambas as interpretações têm a sua razoabilidade e os seus fundamentos, e considerando o impacto fiscal que se produziria sobre os estados, estou modulando e conferindo um prazo de 1 ano ao Congresso Nacional para editar a lei complementar que me parece necessária. Findo esse prazo, sem a edição de lei, a inconstitucionalidade se aplica e, portanto, não poderá prevalecer essa sistemática”.

60 De fato, o Congresso Nacional aprovou o projeto de lei complementar regulamentando a EC 87 dentro do período abrangido da modulação dos efeitos, mais precisamente em 21/12/2021. Contudo, o Presidente da República somente sancionou a proposição, dando origem à Lei Complementar 190/22, no dia 5 de janeiro de 2022, inaugurando, dessa forma, nova celeuma jurídica – vide ADIs 7066, 7070 e 7078.

61 CF/88, art. 5º, inc. LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

62 CF/88, art. 103, §2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

o dissenso fundamental envolvido. O ponto central, portanto, seria a transferência ao Parlamento da análise das teorias fundamentais. Um exemplo ajuda a aclarar o ponto: trata-se de um caso julgado pelo Judiciário Federal dos EUA em 1995, mais especificamente pela *United States Court of Appeals, Second Circuit*⁶³.

Neste julgamento, o Tribunal Federal analisou o recurso de Manuel Then, que fora condenado, pela instância inferior⁶⁴, a 210 meses de prisão pela acusação de tráfico de drogas – especificamente crack e cocaína. Dentre as alegações do acusado, a que interessa a este trabalho, diz respeito à impugnação a um dispositivo do *Federal Sentencing Guideline*⁶⁵, cujo conteúdo orientava, para fins de dosimetria da pena, uma valoração mais rigorosa ao crack em relação à cocaína. Melhor explicando, o documento legal impugnado apontava que, na aplicação da pena, os juízes deveriam considerar as quantidades em uma proporção de 100 para 1 no que toca à cocaína e ao crack, ou seja, alguém condenado por portar 1 grama de crack teria uma pena equivalente a um condenado por 100 gramas de cocaína. Para o acusado, a norma era inconstitucional por duas razões: 1. não havia estudos científicos apontando a maior periculosidade do crack em relação à cocaína, o que tornaria a regra irrazoável, e 2. a norma violava a isonomia, uma vez que gerava uma punição maior das minorias, pois, enquanto a cocaína afeta(va) majoritariamente segmentos sociais não-minoritários, o crack, proporcionalmente, atingia mais as minorias.

O recurso foi rejeitado, no entanto o destaque aqui a ser dado são as manifestações do juiz federal Guido Calabresi. Após compilar uma série de argumentos e estudos apontando no sentido da gravidade similar entre as duas drogas, bem como da maior vulnerabilidade das comunidades minoritárias em relação ao crack, Calabresi sugeriu que a norma em questão, embora houvesse nascido constitucional, teria sofrido um processo de inconstitucionalização. E isso teria ocorrido em decorrência das maiores informações que vieram à luz mostrando que a diferença de periculosidade entre os entorpecentes não justificariam uma relação de 100:1. Do mesmo modo, as mudanças das circunstâncias sociais relacionadas aos grupos atingidos pelo crack e pela cocaína poderiam ter alterado o panorama da constitucionalidade da regra, quando analisada sob a ótica da isonomia. Contudo, reconheceu que haveria uma dificuldade grande em uma corte apontar se esse processo de inconstitucionalização, de fato, havia se perfectibilizado, uma vez que tal conclusão demandaria um alto grau de juízo político:

It is not, however, easy for courts to step in and say that what was rational in the past has been made irrational by the passage of time, change of circumstances, or the availability of new knowledge. Nor should it be. Too many issues of line drawing make such judicial decisions hazardous.

63 *United States v. Then*, 56 F.3d 464 (2d Cir. 1995)

64 A condenação de primeiro grau foi proferida pela *United States District Court for the Northern District of New York*.

65 A *Federal Sentencing Guideline* são diretrizes não vinculativas, instituídas em 1987, e atualizadas periodicamente, que buscam trazer uma uniformidade nas sentenças do Judiciário Federal americano. Vide: <https://www.uscourts.gov/about-page>, acesso em 9.3.2023.

Precisely at what point does a court say that what once made sense no longer has any rational basis? What degree of legislative action, or of conscious inaction, is needed when that (uncertain) point is reached? These difficulties — and many others — counsel restraint, and do so powerfully.

Neste ponto, Calabresi sugeriu que esses juízos políticos poderiam ser tratados de maneira adequada pelo Congresso, que teria mais condições de analisar a questão. É de se notar que o juiz faz referência expressa ao uso do Apelo ao Legislador pela BverfG:

Both the Constitutional Courts of Germany and Italy have addressed the problem of laws that were rational when enacted, but which, over time, have become increasingly dubious. Rather than jumping in and striking the laws down, or leaving them undisturbed and thereby allowing legislative inertia to dominate, these Courts have found a middle ground. They have, in a few cases, announced that laws, because of changed circumstances, were heading toward unconstitutionality. In this way, the continental Courts have put their parliaments on notice that a serious and thoughtful legislative review and reconsideration was in order and that failure to undertake such a review might in time result in judicial action and perhaps even nullification of the laws.

As sugestões de Calabresi não foram adotadas por seus pares. No entanto, suas ideias, se adotadas, alterariam levemente a natureza do Apelo ao Legislador, fazendo com que o instituto possa se tornar um instrumento a contribuir para eventual guinada minimalista do tribunal que o adota – inclusive do STF. Isso porque sua utilização poderia se dar – como pontuou Calabresi – em situações que demandem a manifestação de juízos políticos relativos a teorias fundamentais. Em geral, o instituto seria utilizado quando se verificasse um processo, ao longo do tempo, de inconstitucionalização da norma analisada. Isso, porém, seria secundário, pois o que, de fato, importa, no que toca à virada minimalista, seria a utilização do Apelo ao Legislador como meio de alocação de decisões relativas a teorias profundas em um órgão representativo. O STF, portanto, poderia fazer uso da *Appellentscheidung*, com as leves modificações de Calabresi, a fim de calibrar sua atuação em busca de uma postura mais minimalista.

4.g. o uso do Apelo ao Legislador pelo STF como instrumento da guinada minimalista

Como se desenhou até aqui, o Apelo ao Legislador poderia ser um instrumento útil na transformação do STF em uma corte mais minimalista. A ideia seria que, ao se deparar com um caso que demanda a manifestação de uma teoria fundamental, o Supremo não simplesmente substituísse a decisão política dos demais Poderes pela visão de seus ministros. Em vez disso, poderia lançar mão da *Appellentscheidung*. O Legislativo, instado a atuar mais incisivamente, processaria, então, melhor os dissensos sociais, lidando ele próprio com teorias fundamentais – uma vez que é nele em que se encontra a maior legitimidade democrática. Nesta configuração, que, como visto, é diferente da maneira como a BVerfG utiliza o instituto, o Apelo poderia ser de grande

utilidade para eventual obtenção de uma postura mais minimalista do STF. Mas em quais casos específicos a Corte poderia fazer uso da *Appellentscheidung*?

Antes de se responder a indagação é preciso apontar que o Supremo já faz o uso do Apelo há algum tempo. Contudo, não o faz nos termos aqui propostos, isto é, o STF não utiliza o instituto como um meio de alocar o processo decisório acerca de teorias fundamentais no Congresso. Em verdade, o que são encontrados são dois grupos de hipóteses em que a Corte faz uso do instituto. No primeiro deles, estão os processos em que os ministros verificam que a norma analisada, antes tida como plenamente constitucional, passou ou está passando por um processo de inconstitucionalização. Assim, sobretudo por questões atinentes à segurança jurídica, o Tribunal avalia que declaração de nulidade do ato estatal terá efeitos piores do que sua manutenção temporária no ordenamento. E, então, se conclama o Parlamento a agir. Já no segundo grupo, a *Appellentscheidung* brasileira é empregada quando há necessidade de profunda estruturação material para resolução da situação tida como inconstitucional, nesses casos, o Supremo exorta o Congresso para que aja em conjunto com outras instituições. Alguns exemplos podem aclarar o ponto.

As primeiras decisões em que o STF se apoiou no argumento de inconstitucionalização de determinada norma dizem respeito à Defensoria Pública, quais sejam, o Habeas Corpus n. 70.514⁶⁶ e o Recurso Extraordinário n. 135.328⁶⁷, ambos julgados em 1994. No HC, questionava-se constitucionalidade, ante a paridade de armas no processo criminal, da regra que concedia prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas (§5 do art. 1º da Lei n 1.060/50). Por sua vez, o RE tratava de um caso em que se impugnava a legitimidade do Ministério Público para propor a chamada ação “ex delicto” (art. 68, do Código de Processo Penal⁶⁸), uma vez que tal atribuição caberia, no atual regime constitucional, à Defensoria. Em ambos os casos, o Tribunal identificou um processo de inconstitucionalização das normas, o qual, no entanto, ainda não se perfectibilizara. Isso porque, ao tempo da decisão, a estruturação material das Defensorias Públicas ainda engatinhava. Logo, ainda que se vislumbrasse que tais normas viriam ser incompatíveis com a Constituição no futuro – mais especificamente quando ocorresse a devida consolidação das Defensorias -, elas deveriam ser, até lá, encaradas como “ainda constitucionais”. Há evidente inspiração na *Appellentscheidung* alemã. No entanto, como a questão envolvia a necessidade de uma estruturação material muito mais afeta ao Executivo do que ao Legislativo, não houve um chamado expresso ao Congresso Nacional.

66 (HC 70514, Relator(a): SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 23/03/1994, DJ 27-06-1997 PP-30225 EMENT VOL-01875-03 PP-00450)

67 (RE 135328, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/1994, DJ 20-04-2001 PP-00137 EMENT VOL-02027-06 PP-01164 RTJ VOL-00177-02 PP-00879)

68 Art. 68. Quando o titular do direito à reparação do dano for pobre (art. 32, §§ 1o e 2o), a execução da sentença condenatória (art. 63) ou a ação civil (art. 64) será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público.

Mais recentemente, entretanto, o STF tem proferido decisões em que há expressa conclamação para o Parlamento agir. Em geral, são casos em que se juntam as seguintes condições: vislumbra-se um processo de inconstitucionalização de determinada norma, porém se percebe que sua retirada do ordenamento terá efeitos ainda piores do que sua manutenção temporária. Vejamos um exemplo representativo dos demais: ADPF 131⁶⁹, julgada em 2020. Neste processo, o Conselho Brasileiro de Óptica e Optometria desafiava a constitucionalidade dos arts. 38⁷⁰, 39⁷¹ e 41⁷² do Decreto 20.931/32 e dos arts. 13⁷³ e 14⁷⁴ do Decreto 24.492/34, os quais trazem uma série de restrições profissionais aos optometristas. Para a Corte, seguindo voto do relator, ministro Gilmar Mendes, os dispositivos legais em questão haviam sido recepcionados pela Constituição Federal de 1988. Contudo, ao longo dos anos, houve uma mudança paulatina de diversas circunstâncias que, potencialmente, alteraram a situação constitucional das normas (por exemplo, surgiram, no Brasil, cursos tecnológicos e bacharelados de optometria). Nesse cenário, a solução encontrada pelo STF foi a improcedência da ADPF, mas com um chamado ao Legislador ordinário para que agisse, devendo ele levar em conta todas essas mudanças fáticas. Isso porque, apesar de ter se reconhecido o processo de inconstitucionalização das normas, se verificou que eventual declaração de nulidade terminaria por ferir a segurança jurídica e criar uma situação ainda mais afastada do escopo constitucional:

Diante desse cenário, em razão da alteração paulatina – pelo menos desde o surgimento dos primeiros profissionais com formação tecnológica ou bacharelar, das qualificações técnicas que permitam outros profissionais a realizar prescrição de órteses e próteses oftalmológicas –, penso que não cabe ao Poder Judiciário, mas ao Poder Legislativo reconhecer essa qualificação profissional por meio do instrumento adequado.

Até porque liberar o exercício a todos os optometristas “contemporâneos graduados por instituição de ensino superior devidamente reconhecida pelos órgãos competentes” – como quer a arguente – poderia gerar caos no correspondente mercado e insegurança jurídica frente a diversidade de formação (tecnólogos e bacharéis), ante não competir ao Poder Judiciário diferenciá-los precariamente.

(...)

Desse modo, a melhor solução seria manter a vigência das normas questionadas, apesar de reconhecer seu processo de inconstitucionalização, por prazo razoável, conclamando ao legislador que, diante do

69 (ADPF 131, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-254 DIVULG 20-10-2020 PUBLIC 21-10-2020)

70 Art. 38 - É terminantemente proibido aos enfermeiros, massagistas, optometristas e ortopedistas a instalação de consultórios para atender clientes, devendo o material aí encontrado ser apreendido e remetido para o depósito público, onde será vendido judicialmente a requerimento da Procuradoria dos leitos da Saúde Pública e a quem a autoridade competente officiará nesse sentido. O produto do leilão judicial será recolhido ao Tesouro, pelo mesmo processo que as multas sanitárias.

71 Art. 39 - É vedado às casas de ótica confeccionar e vender lentes de grau sem prescrição médica, bem como instalar consultórios médicos nas dependências dos seus estabelecimentos.

72 Art. 41 - As casas de ótica (...) devem possuir um livro devidamente rubricado pela autoridade sanitária competente, destinado ao registro das prescrições médicas.

73 Art. 13 - É expressamente proibido ao proprietário, sócio-gerente, ótico prático e demais empregados do estabelecimento, escolher ou permitir escolher, indicar ou aconselhar o uso de lentes de grau, sob pena de processo por exercício ilegal da medicina, além das outras penalidades previstas em lei.

74 Art. 14 - O estabelecimento de venda de lentes de grau só poderá fornecer lentes de grau mediante apresentação da fórmula ótica de médico, cujo diploma se ache devidamente registrado na repartição competente.

recrudescimento da capacidade técnico-científica da atividade do optometrista, regulamente a profissão diante do fato de o próprio Estado fomentar essa atividade com o reconhecimento de cursos de graduação para os tecnólogos e bacharelados.

Na espécie, não parece haver dúvida de que em um juízo rigoroso de proporcionalidade recomenda-se a manutenção da proibição de prescrição de lentes óticas pelos optometristas (ou venda sem prescrição médica), independentemente de serem práticos ou qualificados, até que o Congresso Nacional possa deliberar sobre o mercado desses profissionais. É um daqueles casos notórios, em que a eventual decisão de caráter cassatório acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional.

Há outras decisões⁷⁵ do STF que seguem essa dinâmica: reconhece-se um processo de inconstitucionalização do ato estatal, mas se percebe que sua invalidação teria um efeito ainda pior do que sua manutenção, logo se deve dar-lhe uma sobrevida, conclamando o Parlamento para que aja. Do mesmo modo, identificam-se decisões do STF, em geral no âmbito dos processos estruturais, em que há a conclamação do Congresso Nacional para que atue acompanhado de outros órgãos estatais. Tais situações ocorrem quando os ministros entendem que há necessidade de uma grande estruturação material, a qual, para sua efetivação, precisa, dentre outras coisas, da realização de reformas legislativas. Casos como os que analisaram o Sistema Carcerário brasileiro⁷⁶ e o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura⁷⁷ são exemplos da utilização do Apelo quando da necessidade de estruturação material.

Sem sombra de dúvida são essas decisões importantes do STF, as quais mostram claramente a influência da BVerfG em nossa jurisdição constitucional. Todavia, tais julgados não promovem o minimalismo – até mesmo porque não intencionavam fazê-lo. Como dito, para que o Apelo gere uma contribuição transformação do STF em uma corte minimalista, o instituto necessita, antes de tudo, de uma modificação. Para funcionar como um “indutor minimalista”, a *Appellentscheidung* precisa deslocar o eixo decisório de questões fundamentais, isto é, precisa ser utilizada como fio condutor que transira do Judiciário ao Parlamento o trato dos dissensos sociais mais profundos.

Volte-se agora, finalmente, para a pergunta inicial deste tópico: em quais casos específicos a Corte poderia fazer uso da *Appellentscheidung*? Os casos seriam aqueles em que o Tribunal enxergaria um processo de inconstitucionalização de alguma norma, mas que, para sua resolução, haveria necessidade de posicionamento acerca de profundos dissensos sociais. Nesses casos, o Apelo poderia ser utilizado como um elemento incentivador do caráter deliberativo da democracia.

75 Cite-se também a seguinte decisão: RE 607642, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-267 DIVULG 06-11-2020 PUBLIC 09-11-2020;

76 (RE 641320, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016 RTJ VOL-00237-01 PP-00261)

77 (ADPF 607, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 28/03/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-106 DIVULG 31-05-2022 PUBLIC 01-06-2022)

E, mais que isso, auxiliaria a caminhada do Supremo rumo ao minimalismo. Para se demarcar exatamente como seria esta utilização do Apelo modificado, far-se-á um esforço hipotético utilizando-se dois casos do Supremo em que ainda não há julgamento definitivo. São eles o Recurso Extraordinário n. 635.659 e a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 442.

No RE, discute-se a constitucionalidade da criminalização de maconha para uso próprio, sendo que já há dois votos favoráveis (ministros Barroso e Fachin) à tese da inconstitucionalidade. Sobre a *cannabis*, é indiscutível que, ao longo dos anos, houve um processo de mudança no tratamento legislativo que diversos países têm dado ao uso deste entorpecente. Cada vez mais, encontram-se exemplos de jurisdições que liberaram o uso recreativo desta droga. Tais considerações apontam, portanto, para uma potencial necessidade de atualização da legislação brasileira. Contudo, se é verdadeiro que o movimento pela liberação tem se fortalecido, também é acurado dizer que a questão envolve dissensos políticos bastante intensos.

Por sua vez, a ADPF 442 discute a descriminalização do aborto voluntário até o terceiro mês de gestação. Como se sabe, a legislação que criminaliza o abortamento é da década de 40 (art. 124, do Código Penal). De lá para cá, uma série de mudanças ocorreu no que toca ao assunto (avanços na área da medicina, alteração na percepção do papel da mulher na sociedade, etc). Tais aspectos indicam que talvez seja hora de, ao menos, se avaliar o acerto da proibição do aborto. No entanto, algo não mudou desde os anos 40: a questão continua a despertar os mais agudos dissensos no corpo social.

Em ambos os casos, o uso do Apelo ao Legislador poderia ser empregado como um instrumento de transformação do STF numa corte minimalista. A dinâmica seria mesma das outras situações em que o Supremo utiliza a técnica, isto é, haveria a manutenção temporária do ato estatal, com a conseqüente exortação ao Congresso Nacional. Mas a alteração mais significativa seria o deslocamento do eixo decisório da questão fundamental para a instância política. Nos casos apresentados, caso os ministros identificassem um processo de inconstitucionalização da criminalização do uso recreativo da maconha e do aborto voluntário, não decidiriam a questão eles próprios. No lugar disso, o Tribunal chamaria o Parlamento a agir. Desse modo, o trato das questões fundamentais seria alocado no Congresso Nacional. A Corte, mantendo uma postura minimalista, funcionaria como uma catalisadora do processo legislativo - uma vez que é nele em que se encontra a maior legitimidade democrática.

4.h. conclusão do capítulo

Uma mudança rumo ao minimalismo do STF não parece tarefa fácil, sobretudo quando se tem em mente o tom marcadamente maximalista da Corte. Contudo, é possível

vislumbrar um caminho que seria construído em dois eixos. O primeiro deles se daria por uma mudança hermenêutica, isto é, uma alteração na maneira com que os ministros interpretam o ordenamento. E o próprio minimalismo de Sunstein oferece os instrumentos interpretativos para tal mudança. De fato, há decisões – ou, ao menos, manifestações de ministros – em que já é perceptível o tom minimalista, o que demonstra a possibilidade de uma postura mais autocontida do Supremo. Por outro lado, uma corte verdadeiramente minimalista necessita de mecanismos que construam filtros no fluxo de processos que chega ao tribunal. Este seria o segundo eixo da virada rumo ao minimalismo: o estabelecimento de uma jurisprudência defensiva capaz de permitir o exercício das chamadas virtudes passivas da Corte.

Contudo, há limites nesses dois eixos. Isso porque tanto a hermenêutica quanto a jurisprudência defensiva possuem ‘falhas’ na contenção da necessidade do Supremo, em algumas circunstâncias, ter que se manifestar acerca de teorias profundas. Ou seja, ainda que a Corte construa uma jurisprudência defensiva que permita o exercício das virtudes passivas, ainda que os ministros tentem, nos diversos casos que a eles cheguem, utilizar os mecanismos interpretativos do minimalismo de Sunstein, haverá situações que demandarão uma manifestação mais enfática acerca de alguma teoria fundamental. E isso ocorre por dois motivos: impossibilidade (e injustiça) de a sociedade operar sempre com base em acordos teóricos incompletos e a introdução de elementos do controle abstrato concentrado no sistema de *judicial review* brasileiro.

O primeiro desses dois motivos, de cunho mais geral, diz respeito aos acordos teóricos incompletos – os quais alicerçam o minimalismo judicial. Como já apontado, nem sempre é possível – ou mesmo desejável - uma sociedade tomar decisões com base apenas em acordos teóricos incompletos. Por vezes, questões fundamentais precisam ser enfrentadas, e contorná-las, seja por meio da adoção de uma norma abstrata, seja por meio do foco em um ponto específico, não parece algo positivo. E isso se reflete no minimalismo judicial. A necessidade pontual de enfrentar teorias fundamentais ocorre porque, embora o minimalismo esteja associado à forma de decidir dos tribunais - resolução dos casos concretos sem apelar, privilegiando ou descartando, alguma das doutrinas de base existentes -, ele não se resume a isso. Há também no minimalismo uma dimensão material, no sentido de que a teoria opera em um núcleo de compromissos constitucionais tidos como pré-requisitos para o bom funcionamento institucional. Tendo essa ideia em mente - de que há alguns pontos de apoio que dão base à sociedade -, mesmo o tribunal mais minimalista não escapa de possuir elementos valorativos fundamentais, os quais são, inclusive, judicialmente exigíveis.

O segundo fator que traz limites à busca de um STF minimalista diz respeito ao caráter híbrido do sistema de controle de constitucionalidade, o que acaba tendo um profundo impacto nos dois eixos apontados como necessários à virada minimalista do STF, quais sejam, a mudança hermenêutica e a construção de uma jurisprudência defensiva. Quanto à esta última, a

razão é bem clara: os filtros existentes para controlar o fluxo de processo que chega ao Supremo são afeitos ao controle de constitucionalidade difuso, e não se aplicam às ações do sistema processual concentrado. Dessa feita, ainda que haja, por parte do STF, alguma contenção quanto à escolha de sua própria jurisdição, não se confere a ele o mesmo grau de impermeabilidade da Suprema Corte dos EUA. Por sua vez, o arranjo típico do controle abstrato reduz as possibilidades argumentativas para se proferir julgamento estreito. E isso acontece porque uma das estratégias restringir o alcance do julgado, afastando eventual caráter amplo, é utilizar algum aspecto que diga respeito especificamente ao caso concreto que está em análise, sem partir para uma generalização maior – algo que não é possível no controle abstrato.

Esses limites tornam relativamente comum a necessidade do Supremo de se manifestar acerca de teorias fundamentais. São justamente nessas situações que se propõe, como meio de se obter uma postura mais minimalista, a utilização, pelo STF, do Apelo ao Legislador. O Tribunal, ao se deparar com um processo cuja resolução dependa da escolha de uma teoria fundamental, teria dois caminhos: decidir ele próprio ou apelar ao Congresso Nacional para que o faça. O primeiro caminho é o que todos conhecem. Com suas vantagens e desvantagens, esse tipo de julgado é habitual no Supremo. No contexto brasileiro, não raro um corpo de juízes não eleitos decide questões fundamentalmente controvertidas. Um STF minimalista não descartaria tal possibilidade, uma vez que, como já apontado, o minimalismo comporta uma dimensão material que deve ser sempre defendida pelo Judiciário. Contudo, defende-se aqui a possibilidade do segundo caminho ser utilizado como uma alternativa ao STF.

O Supremo, em vez de simplesmente substituir a decisão política dos demais Poderes pela visão de seus juízes, poderia lançar mão da *Appellentscheidung*. O Legislativo, instado a atuar mais incisivamente, processaria, então, melhor os dissensos sociais, lidando ele próprio com teorias fundamentais – uma vez que é nele em que se encontra a maior legitimidade democrática. Desse modo, a Corte atuaria como catalisadora do processo político, rompendo eventuais barreiras impostas a grupos subrepresentados. O Tribunal agiria como um órgão antitruste, no sentido de que estes órgãos não participam das atividades econômicas que regulam, mas apenas garantem seu bom funcionamento. Ao utilizar do Apelo ao Legislador, o STF velaria pelo bom funcionamento do processo político, sem nele atuar ativamente tal qual uma casa revisora das decisões políticas mais fundamentais.

5. Conclusão

O instrumento analítico primordial deste trabalho foi o Minimalismo Judicial de Sunstein. Não por acaso sua análise foi a primeira camada deste trabalho. Ele foi o fiel da balança da classificação das posturas judiciais. Com seu arcabouço teórico, verificou-se que os tribunais podem adotar posturas maximalistas, a qual tem por traço característico a tentativa de resolver as questões postas de uma forma a privilegiar determinada doutrina fundamental geral. O maximalismo, portanto, faz as cortes avançarem em matérias que trazem consigo profundas divergências das mais variadas (filosóficas, morais, religiosas, etc). Na medida do grau de intervencionismo adotado, o tribunal procura resolver a questão escolhendo alguma doutrina geral, afastando as demais. O julgamento, assim, não se restringe apenas às questões concretas levadas à corte. Mais que isso, tenta-se pacificar a divergência de fundo — ainda que tal ponto sequer tenha se assentado na Sociedade. Ademais, o resultado do julgado procura se traduzir em um comando geral pretensamente capaz de resolver diversas outras situações, ainda que não seja sequer possível conceber, no momento da decisão, muitas destas questões futuras.

Ainda que esta linha maximalista seja bastante difundida, é importante apontar que uma alternativa institucional pode ser benéfica ao funcionamento das instituições. Cortes exercendo uma função mais contida, focando sua atuação não na resolução de questões divergentes profundas, mas em acordos teóricos específicos, pode significar uma abertura de espaço importante para que instâncias políticas absorvam e processem os dissensos mais fundamentais. E aqui o Minimalismo é central. Como se estudou, a postura minimalista pode ser caracterizada como uma forma de autorrestrrição judicial. No entanto, não são meros sinônimos, pois, embora uma corte minimalista seja, de fato, mais prudente em invalidar as escolhas políticas dos outros Poderes, há lugar para que haja, em algum grau, a revisão judicial destas decisões.

O ponto mais significativo seria a autorrestrrição da corte em lidar com doutrinas fundamentais gerais. O tribunal minimalista procuraria, sempre que possível, um resultado concreto sem apelar — privilegiando ou descartando — alguma das doutrinas gerais existentes. Seria um julgamento raso, em oposição a uma decisão profunda da corte (*shallow* e *deep*). Por outro lado, ao decidir, a corte se aterá ao caso que a ela foi levado, sem tentar estabelecer algum comando geral que possa resolver outras situações — seria a chamada atuação estreita, que se opõe a uma postura ampla da corte (*narrowness* e *width*).

Obviamente, há méritos na postura maximalista. Nunca foi o objetivo deste trabalho apontar que o maximalismo produz necessariamente maus resultados. No entanto, o minimalismo se mostrou interessante do ponto de vista institucional. E isso ocorre porque três razões: 1. decisões minimalistas permitem uma abertura de espaço importante para que instâncias representativas

absorvam e processem os dissensos mais fundamentais. Existe no minimalismo, portanto, um elemento promotor da democracia deliberativa; 2. o minimalismo reduz fardo de decidir, não só porque seja mais difícil se chegar a uma conclusão acerca de uma teoria geral que fundamente uma gama enorme de questões, mas também pelo custo político de decidir tais questões. Na linha do que foi exposto sobre os acordos teóricos incompletos quanto a um resultado específico, caso a corte penda para uma teoria fundamental, em detrimento das demais, os opositores à concepção vitoriosa se enxergariam em um ambiente que rejeita, quase completamente, seu modo de pensar quanto ao ponto; e, finalmente, 3. a postura minimalista possui um caráter mitigador de erros. Enquanto o maximalismo amplifica os efeitos do erro judicial, o minimalismo possui um elemento de contenção da má decisão. O julgado maximalista, por definição, tende a irradiar suas razões para outros casos, mesmo os futuros. Por outro lado, o minimalismo, por preferir decisões estreitas, tende a produzir um resultado restrito ao processo que se decide, permitindo que outras situações sejam resolvidas de maneira diferente no futuro.

O arcabouço teórico do Minimalismo ofereceu, portanto, os instrumentos analíticos para definirmos como seria uma eventual guinada minimalista do Supremo Tribunal Federal. O passo seguinte foi analisar como se deu a formação do Apelo ao Legislador. No segundo capítulo, portanto, se verificou que a Corte Constitucional alemã construiu, assim como outros tribunais, arranjos decisórios que mitigaram o efeito colateral que a declaração de nulidade da norma inconstitucional pode causar. Isso não foi exclusivo da Alemanha. Contudo, um aspecto interessante das decisões alemãs se apresenta – e justificou o estudo do Apelo ao Legislador neste trabalho – na forma do acréscimo de um segundo componente nesses arranjos decisórios: o elemento admonitório expresso. É da essência de toda decisão que declara a inconstitucionalidade seu caráter admonitório. Isso porque, retirada a norma do Ordenamento, podem surgir situações em que haja necessidade de criar uma regulamentação substitutiva daquela foi invalidada. Nesse contexto, a decisão do tribunal muitas vezes traz, ainda que implicitamente, elementos indicativos dos possíveis caminhos normativos da nova normativa. Entretanto, o ineditismo alemão está no fato de que, enquanto em outras jurisdições isso ocorre quase sempre de maneira implícita, a *Bundesverfassungsgericht* passou, ao longo dos anos, deixar explícito ao Parlamento uma espécie de recomendação não só da necessidade de agir, mas como também de quais seriam os possíveis caminhos legislativos que estariam dentro da moldura constitucional.

Formava-se, assim, o instituto do Apelo ao Legislador. A ideia central do mecanismo se configura no reconhecimento por parte da Corte que a lei ainda não se tornou inconstitucional, mas se vislumbra que isso não tardará a acontecer, e, portanto, se exorta o legislador a que proceda à correção ou à adequação dessa situação ainda constitucional. Isto é, em vez de invalidar a lei analisada, a Corte procura estender sua vigência, concedendo ao Legislador uma oportunidade para

remediar, por meio do processo legislativo, o (futuro) vício de inconstitucionalidade. O estabelecimento ou não de prazo para que o Parlamento atue é um aspecto que fica reservado à discricionariedade do Tribunal. A Corte procura, assim, suavizar o impacto político de sua decisão. Por fim, destacou-se o caráter deferente do instituto. Como apontado, a origem da *Appellentscheidung* passa por uma busca de uma postura mais autocontida da Corte alemã. Por evidente, tudo dependerá de como é utilizado o Apelo, mas no contexto alemão tal arranjo decisório é, de certo modo, uma alternativa aos métodos mais interventivos comumente utilizados pela Corte, seja a invalidação de norma, seja a interpretação conforme.

Consolidados os instrumentos analíticos do Minimalismo, bem como analisado o instituto do Apelo ao Legislador, o passo seguinte foi a sobreposição dessas duas camadas teóricas, isto é, chegou-se ao momento de verificar se a utilização da *Appellentscheidung* poderia contribuir para a formação de uma postura mais minimalista do Supremo Tribunal Federal. Bem é verdade que uma mudança rumo ao minimalismo do STF não parece tarefa fácil, sobretudo quando se tem em mente o tom marcadamente maximalista da Corte. Contudo, é possível vislumbrar um caminho que seria construído em dois eixos. O primeiro deles se daria por uma mudança hermenêutica, isto é, uma alteração na maneira com que os ministros interpretam o ordenamento. E o próprio minimalismo de Sunstein oferece os instrumentos interpretativos para tal mudança. De fato, há decisões – ou, ao menos, manifestações de ministros – em que já é perceptível o tom minimalista, o que demonstra a possibilidade de uma postura mais autocontida do Supremo. Por outro lado, uma corte verdadeiramente minimalista necessita de mecanismos que construam filtros no fluxo de processos que chega ao tribunal. Este seria o segundo eixo da virada rumo ao minimalismo: o estabelecimento de uma jurisprudência defensiva capaz de permitir o exercício das chamadas virtudes passivas da Corte.

Contudo, há limites nesses dois eixos. Isso porque tanto a hermenêutica quanto a jurisprudência defensiva possuem ‘falhas’ na contenção da necessidade do Supremo, em algumas circunstâncias, ter que se manifestar acerca de teorias profundas. Ou seja, ainda que a Corte construa uma jurisprudência defensiva que permita o exercício das virtudes passivas, ainda que os ministros tentem, nos diversos casos que a eles cheguem, utilizar os mecanismos interpretativos do minimalismo de Sunstein, haverá situações que demandarão uma manifestação mais enfática acerca de alguma teoria fundamental. E isso ocorre por dois motivos: impossibilidade (e injustiça) de a sociedade operar sempre com base em acordos teóricos incompletos e a introdução de elementos do controle abstrato concentrado no sistema de *judicial review* brasileiro.

O primeiro desses dois motivos, de cunho mais geral, diz respeito aos acordos teóricos incompletos – os quais alicerçam o minimalismo judicial. Como já apontado, nem sempre é possível – ou mesmo desejável – uma sociedade tomar decisões com base apenas em acordos

teóricos incompletos. Por vezes, questões fundamentais precisam ser enfrentadas, e contorná-las, seja por meio da adoção de uma norma abstrata, seja por meio do foco em um ponto específico, não parece algo positivo. E isso se reflete no minimalismo judicial. A necessidade pontual de enfrentar teorias fundamentais ocorre porque, embora o minimalismo esteja associado à forma de decidir dos tribunais - resolução dos casos concretos sem apelar, privilegiando ou descartando, alguma das doutrinas de base existentes -, ele não se resume a isso. Há também no minimalismo uma dimensão material, no sentido de que a teoria opera em um núcleo de compromissos constitucionais tidos como pré-requisitos para o bom funcionamento institucional. Tendo essa ideia em mente - de que há alguns pontos de apoio que dão base à sociedade -, mesmo o tribunal mais minimalista não escapa de possuir elementos valorativos fundamentais, os quais são, inclusive, judicialmente exigíveis.

O segundo fator que traz limites à busca de um STF minimalista diz respeito ao caráter híbrido do sistema de controle de constitucionalidade (uma amálgama entre o sistema difuso e o concentrado). Isso termina por impactar profundamente nos dois eixos apontados como necessários à virada minimalista do STF, quais sejam, a mudança hermenêutica e a construção de uma jurisprudência defensiva. Quanto a esta última, a razão é bem clara: os filtros existentes para controlar o fluxo de processo que chega ao Supremo são afeitos ao controle de constitucionalidade difuso, e não se aplicam às ações do sistema processual concentrado. Dessa feita, ainda que haja, por parte do STF, alguma contenção quanto à escolha de sua própria jurisdição, não se confere a ele o mesmo grau de impermeabilidade da Suprema Corte dos EUA. Do mesmo modo, o arranjo típico do controle abstrato reduz as possibilidades argumentativas para se proferir julgamento estreito. E isso acontece porque uma das estratégias restringir o alcance do julgado, afastando eventual caráter amplo, é utilizar algum aspecto que diga respeito especificamente ao caso concreto que está em análise, sem partir para uma generalização maior – algo que não é possível no controle abstrato.

Esses limites tornam relativamente comum a necessidade do Supremo de se manifestar acerca de teorias fundamentais. São justamente nessas situações que se propõe, como meio de se obter uma postura mais minimalista, a utilização, pelo STF, do Apelo ao Legislador. O Tribunal, ao se deparar com um processo cuja resolução dependa da escolha de uma teoria fundamental, teria dois caminhos: decidir ele próprio ou apelar ao Congresso Nacional para que o faça. O primeiro caminho é o que todos conhecem. Com suas vantagens e desvantagens, esse tipo de julgado é habitual no Supremo. No contexto brasileiro, não raro um corpo de juízes não eleitos decide questões fundamentalmente controvertidas. Um STF minimalista não descartaria tal possibilidade, uma vez que, como já apontado, o minimalismo comporta uma dimensão material que deve ser sempre defendida pelo Judiciário. Contudo, o que se verificou foi a possibilidade do segundo caminho ser utilizado como uma alternativa ao STF.

O Supremo, em vez de simplesmente substituir a decisão política dos demais Poderes pela

visão de seus juízes, poderia lançar mão da *Appellentscheidung*. O Legislativo, instado a atuar mais incisivamente, processaria, então, melhor os dissensos sociais, lidando ele próprio com teorias fundamentais – uma vez que é nele em que se encontra a maior legitimidade democrática. Desse modo, a Corte atuaria como catalisadora do processo político, rompendo eventuais barreiras impostas a grupos subrepresentados. Olhando para o sistema democrático como um todo, o Tribunal agiria como um órgão antitruste, no sentido de que estes órgãos não participam das atividades econômicas que regulam, mas apenas garantem seu bom funcionamento. Ao utilizar do Apelo ao Legislador, o STF velaria pelo bom funcionamento do processo político, sem nele atuar ativamente tal qual uma casa revisora das decisões políticas mais fundamentais. Utilizado desse modo – como um realocador do processo decisório atinente a dissensos sociais fundamentais – o Apelo ao Legislador poderia ser um instrumento valioso na busca por um Supremo Tribunal Federal minimalista.

6. REFERÊNCIAS

AMAR, Akhil Reed. **America's constitution: a biography**. New York: Random House, 2005.

BARAK, Aharon. **A Judge in a Democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto; REGO, Frederico Montedonio. **Como salvar o sistema de repercussão geral: transparência, eficiência e realismo na escolha do que o Supremo Tribunal Federal vai julgar**. Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 7, nº 3, p. 695-713, 2017.

BICKEL, M. Alexander. **The Least Dangerous Branch, The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

_____. **Foreword: The Passive Virtues**, 75 HARV. L. REV. 40, 1961.

BIM, Eduardo Fortunato. A cassação de mandato por quebra de decoro parlamentar: sindicabilidade jurisdicional e tipicidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 43, n. 169, p. 65-94, jan./mar. 2006.

BREYER, Stephen. **The Federal Sentencing Guidelines and the Key Compromises Upon Which They Rest**," Hofstra Law Review: Vol. 17 : Iss. 1 , Article 1, 1988.

BRÜNNECK, Wiltraut Rupp-von. **Admonitory Functions of Constitutional Courts: Germany: The Federal Constitutional Court**, 20 AM. J. COMP. L. 387, 1972.

CARVALHO, Luiz Maklouf. **1988: os Segredos da Constituinte**. 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017.

CAVALCANTE Filho, João Trindade. **O Discurso de Ódio na Jurisprudência Alemã, Americana e Brasileira: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de**

expressão. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CHEMERINSKY, Erwin. **Constitutional Law: Principles and Policies.** New York: Wolters Kluwer in New York, 5a ed. 2015.

COLLINGS, Justin. **Democracy's Guardians - A History of the German Federal Constitutional Court - 1951–2001.** Oxford: Oxford University Press, 2015.

_____. **Appealing to Congress.** 50 U.C. Davis L. Rev. 463, 2016, BYU Law Research Paper No. 16-18, 2016.

DETERMANN, Lothar; HEINTZEN, Markus, **Constitutional Review of Statutes in Germany and the United States Compared.** UC Hastings Research Paper No. 299, 2018.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio.** Trad: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade.** Tradução Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución como norma e el tribunal constitucional.** 3. ed. 2. reimp. Madrid, Civitas, 1985.

FRIEDMAN, Barry. **The Will of The People.** Nova Iorque: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

GIBSON, J. L., et al. **On the Legitimacy of National High Courts.** The American Political Science Review, vol. 92, no. 2, 1998, pp. 343–358. JSTOR, Disponível em: www.jstor.org/stable/2585668. Acesso em 23 Sept. 2020.

GINSBURG, Tom., VERSTEEG, Mila. **Why Do Countries Adopt Constitutional Review?** The Journal of Law, Economics, and Organization, Volume 30, Issue 3, August 2014, Pages 587–622, 2013.

GOLDSWORTHY, Jeffrey. **Interpreting Constitutions – a comparative study.** Oxford:

Oxford University Press, 2006.

GRAVITO, C. R., DIANA, D. R. **Cortes y Cambio Social, Cómo la Corte Constitucional Transformó el Desplazamiento Forzado en Colombia**. De Justicia, p. 290, 2010. Disponível em <https://www.dejusticia.org/publication/cortes-y-cambio-social-como-la-corte-constitucional-transformo-el-desplazamiento-forzado-en-colombia/> , acesso em 23, set. 2020.

GRIMM, Dieter. **Constitutionalism - Past, Present, and Future**. Oxford: Oxford University Press, 2016.

HALMILTON, MADISON, LAY. **O Federalista**. 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

HÜBNER MENDES, Conrado. **Not the Last Word, But Dialogue – Deliberative Separation of Powers** 2. *Legisprudence*, Vol. 3, No. 2, pp. 191-246, 2009, disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1911835> . Acesso em 22 set. 2020.

ISSACHAROFF, Samuel. **Constitutional and Democratic Hedging**, New York University Public Law and Legal Theory Working Papers. 2010.

JOÃO, Ana Manuela Silva. **Weak-Form Judicial Review – o encontro entre os diálogos institucionais e o controle de constitucionalidade**. Belo Horizonte: Casa do Direito; Letramento, 2019.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 3a ed. - São Paulo: editora WMF Martins Fontes, 2020.

KENNEDY, David M. **Freedom From Fear – the American People in the Depression and War, 1929 – 1945**. New York: Oxford University Press, 1999.

KRAMER, Larry D.. **The People Themselves**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004.

KOMMER, Donald P., MILLER, Russel A. **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. 3ª ed – Durhan: Duke University Press, 2012.

KUO, Ming-Sung. **Between Choice and Tradition: Rethinking Remedial Grace Periods and Unconstitutionality Management in a Comparative Light.** UCLA Pacific Basin Law Journal, Vol. 36, pp. 157-200. 2019.

LAU, Holning. **Comparative Perspectives on Strategic Remedial Delays.** 91 Tulane Law Review 259, UNC Legal Studies Research Paper No. 2784267, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MAURO, Tony. **Landmark Cases – 12 Historic Supreme Court Decisions.** National Cable Satellite Corporation in cooperation CQ Press, 2018.

McPHERSON, James M. **Battle Cry of Freedom – The Civil War Era.** New York: Oxford University Press, 1988.

MEDEIROS, Rafael de Souza. **O apelo ao Legislador e o Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.** Monografia (Graduação em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2009.

MENDES, Gilmar F. **O apelo ao legislador - Appelentscheidung - na práxis da Corte Constitucional Federal Alemã.** Revista De Direito Administrativo, 188, 36-63. 1992.

_____. **Jurisdição Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, C. L. DE. Democracia e ativismo judicial: algumas considerações sobre suas causas e consequências. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 16, n. 1, p. 183-216, 29 jun. 2015.

ORLOW, Dietrich. **A History of Modern Germany – 1871 to Present.** New York: Routledge, 8ed. 2018.

RAWLS, John. **O Liberalismo Político.** Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Editora WMF Martins Pontes, 2010.

REHNQUIST, William H. **The Supreme Court**. New York: Morrow, 1987.

SUNSTEIN, Cass R. **One Case at a Time, judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

_____. **Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law**. University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper No. 147, 2007.

_____. **Constitutional Personae**. New York: Oxford University Press, 2015.

_____. **Legal Reasoning and Political Conflict**. New York: Oxford University Press, 2018.

ROSENBERG, Gerald. **The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change?** 2. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2008.

STOLLEIS, Michael. **O Direito Público na Alemanha – uma introdução a sua história do século XVI ao XXI**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SWEET, Alec Stone. **Why Europe rejected American judicial review: and why it may not matter**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 278, n. 1, p. 15-61, mai. 2019. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/79025> . Acesso em: 23 Set. 2020.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. 1. ed. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

WALDRON, Jermy. **The Core of the Case Against Judicial Review**. The Yale Review, New Haven, v. 115. p. 1354-1355, 2006.

_____. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Control de Constitucionalidad y Legitimidad Política**. En Dikaion, 27, 1 (2018), p. 7-29. Disponível em <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/9023/4777> . Acesso em 23 set. 2020.

WEBBER, Grégoire C. N. **The Negotiable Constitution on the Limitation of Rights.**
Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

WINKLER, Heinrich A. **Histoire de l'Allemagne XIX-XX siècle – le long chemin vers l'occident.** Munique: Fayard, 2005.