

TIPOLOGIAS DECISÓRIAS EM JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

DECISION TYPOLOGIES IN CONSTITUTIONAL JURISDICTION

Bruno Makowiecky Salles¹

Como citar: SALLES, Bruno Makowiecky. Tipologias decisórias em jurisdição constitucional. *Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC*, Londrina, v. 6, n. 2, e042, jul./dez., 2021. DOI: 10.48159/revistadoidcc.v6n2.e042.

Resumo: O tema deste artigo consiste na Jurisdição Constitucional e suas tipologias decisórias. O problema reside em investigar como algumas relevantes técnicas de decisão são classificadas, avaliando formas adequadas de aplicá-las no Estado Democrático de Direito. As hipóteses são no sentido de que o desenvolvimento de novas técnicas decisórias é necessário à luz da crescente complexidade jurídico-social, mas devem ser moldadas balizas e critérios à atuação jurisdicional. O objetivo geral é descrever e sistematizar os conceitos e as classificações das decisões abordadas. Os objetivos específicos são apresentar um quadro da Jurisdição Constitucional e buscar parâmetros para o uso das técnicas decisórias no âmbito da democracia. A pesquisa bibliográfica é teórica e qualitativa, objetivando avanços e compreensões sobre o tema proposto. O método utilizado para o texto escrito segue a base lógica dedutiva. Os principais resultados consistem na caracterização de técnicas de Jurisdição Constitucional como as decisões interpretativas, manipulativas e modulatórias, com as respectivas subdivisões e os contextos adequados de utilização.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional; Tipologias; Decisões interpretativas; Decisões manipulativas; Decisões modulatórias.

Abstract: The subject of this article is the Constitutional Jurisdiction and its decision typologies. The problem is to investigate how relevant decisions techniques are classified, evaluating appropriate ways to apply them in the rule of law and democracy. The hypotheses are that the development of new decision-making techniques is necessary in the light of growing legal-social complexity, but it requires the construction of adequate parameters and criteria. The general objective is to describe and systematize the classifications and concepts of the type of decisions addressed. The specific objectives are to present a framework of Constitutional Jurisdiction and seek parameters for such judicial decision techniques within the scope of democracy. The bibliographic research is theoretical and qualitative. The scientific method is predominantly deductive. The main results are the characterization of Constitutional Jurisdiction techniques such as interpretive, manipulative and modulatory decisions, as well as the respective subdivisions and the appropriate contexts of use.

Keywords: Constitutional jurisdiction; Typologies; Interpretative judgments; Manipulative judgments; Modulatory judgments.

¹ Pós-Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, com estágio pós-doutoral na Università Degli Studi di Perugia. Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Dottore di Ricerca In Scienze Giuridiche pela Università Degli Studi di Perugia – UNIPG (Itália). Professor Colaborador do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Tutor e Formador da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM. Ex-Diretor de Extensão e Comunicação Institucional da Academia Judicial do Poder Judiciário de Santa Catarina – CEJUR. Juiz de Direito no Estado de Santa Catarina.
CV:
<http://lattes.cnpq.br/7479543022697803>.
E-mail:
brunomakowieckysalles@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

A conhecida expansão global do Poder Judiciário, fenômeno que escalou, no mundo ocidental, especialmente a partir da década de 90 do Século passado (TATE; VALLINDER, 1995a), vem intensificando a complexidade das demandas e desafiando os Juízes e Tribunais, sobretudo no controle de constitucionalidade (*judicial review*), a proferir decisões que escapam da figuração clássica do ‘Legislador negativo’.

A Jurisdição Constitucional depara-se, cada vez mais, com processos judiciais objetivo-normativos e subjetivos que a pressionam a desenvolver técnicas decisórias responsivas¹. Tal aspecto passa a constituir um tema relevante nos domínios da Ciência Jurídica². Apresenta-se, então, o problema³ de investigar e classificar algumas dessas importantes técnicas de decisão, avaliando formas adequadas de aplicá-las num Estado Democrático de Direito.

As hipóteses⁴ da pesquisa rumam no sentido de que o desenvolvimento de novas técnicas decisórias mostra-se, de fato, necessário na crescente complexidade jurídico-social, mas devem ser construídas balizas e critérios à atuação jurisdicional. Em tal cenário é que se apresenta como objetivo geral descrever e sistematizar as classificações e os conceitos das

¹ O sistema jurídico em uma sociedade democrática deve ser responsivo. Neste sentido, o Direito afasta-se de uma condição repressiva, em que é subordinado ao poder político, e também de uma condição meramente autônoma, em que se limita a controlar a repressão e proteger sua independência. Em um sistema responsivo o Direito deve atuar como um “facilitador das respostas às necessidades e aspirações sociais”. NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2010. Título original: *Law and society in transition: towards responsive law*. p. 55.

² O caráter científico do Direito decorre do uso de métodos, procedimentos intelectuais e técnicas de investigação que transcendem as discussões abstratas. A principal atividade de tal Ciência consiste em atribuir precisão às proposições e enunciados chamados normas jurídicas e em apontar quais normas foram adotadas e aplicadas através do tempo. Há quem questione a caracterização como uma Ciência em um sentido estrito, seja formal ou empírico. Todavia, inegável considerá-lo ciência, quando menos, numa acepção mais ampla, apreendida como forma de saber destinada à construção do sistema jurídico. BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. Tradução de Jaime Clasen. São Paulo: Unesp, 2016. Título original: *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. p. 113-114; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Parte geral. Tomo I. Campinas: Bookseller, 1999, p. 19.

³ No âmbito metodológico, o problema traduz-se em um enunciado claro, tangível e objetivo que contém uma questão a ser solucionada, explicada ou demonstrada, delimitando o que se pretende pesquisar no tema eleito. Trata-se de uma dúvida ou dificuldade, teórica ou prática, derivada de um conhecimento incompleto e que justifique a pesquisa e a busca por uma solução de interesse das pessoas, podendo referir-se na área jurídica, por exemplo, à produção, interpretação, aplicação ou efetividade do Direito (*lato sensu*). BOOTH, Wayne C.; COLOMB, Gregory G.; WILLIAMS, Joseph M. **A arte da pesquisa**. Tradução de Henrique A. Rego Monteiro. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Título original: *The craft of research*. p. 63-83.

⁴ As hipóteses são concepções que o pesquisador, após definir o tema e levantar certo referencial teórico e fontes doutrinárias, legais e jurisprudenciais, possui para contribuir, no todo ou em parte, para a solução do problema, podendo ser confirmadas ou não ao final da pesquisa. Cuida-se de asserções que o pesquisador considera possíveis de sustentar, mas que são sujeitas a testes, portanto falsificáveis. São elas, entre outros fatores, que servem de orientação ou caminhos para o percurso da pesquisa, direcionando o olhar do pesquisador para pontos importantes e permitindo, após, aferir a evolução do pensamento do marco de início até o término da investigação. Sobre o assunto: PÁDUA, Elisabete Matallo Marchesini de Pádua. **Metodologia da pesquisa: abordagem teórico-prática**. 17. ed. Campinas: Papirus Editora, 2012, p. 44-46.

decisões abordadas e como objetivos específicos explorar a Jurisdição Constitucional e buscar parâmetros para o uso das técnicas decisórias no âmbito da democracia.

Para tanto, o corpo do artigo segue um itinerário lógico. A primeira parte ocupa-se da Jurisdição Constitucional. Após esclarecer o sentido dado à expressão, formulando um acordo semântico, passa-se a descrever as principais características dos sistemas de controle de constitucionalidade (*judicial review*). Versa-se sobre o modelo concentrado próprio da *civil law*, o modelo difuso típico da *common law* e os modelos mistos que combinam traços de ambos. A intenção é fornecer uma contextualização ampla de como se configuram os sistemas de controle para delimitar o escopo que será privilegiado na continuidade do estudo.

O tópico seguinte explora algumas tipologias de decisões em Jurisdição Constitucional. As técnicas decisórias selecionadas o foram estrategicamente, em razão do maior interesse e/ou do enquadramento nas tipologias propostas. Isso não exclui, porém, a existência de outras relevantes modalidades de decisão, que todavia não cabem neste artigo. Assim é que foram sistematizadas (i) as decisões interpretativas, subdivididas na *interpretação conforme à Constituição* e na *declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto*, (ii) as denominadas decisões manipulativas, que agrupam as *substitutivas*, as *aditivas* e as *aditivas de princípio* e (iii) as decisões modulatórias, entre as quais as *fixadoras de marcos temporais diferenciados*, a *declaração de inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade, com apelo ao legislador* e a *declaração de lei ainda constitucional em trânsito para a inconstitucionalidade*. Para cada uma das tipologias procurou-se fornecer parâmetros voltados a uma adequada utilização, de maneira a evitar um excessivo Ativismo Judicial, preservar, tanto quanto possível, o espaço de atuação dos Poderes e conciliá-las com o exercício democrático da Jurisdição.

Cumprir referir que a pesquisa bibliográfica realizada é essencialmente teórica e qualitativa, objetivando avanços investigativos e compreensões sobre o tema proposto. O método científico empregado confere preponderância à base lógica dedutiva, raciocínio que

extrai de formulações gerais direcionamentos específicos⁵. Nas diversas fases da pesquisa foram utilizadas as técnicas do Referente, da Categoria e do Conceito Operacional⁶.

2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Jurisdição Constitucional é uma expressão polissêmica. Parte da doutrina restringe o alcance do termo ao controle concentrado de constitucionalidade, enquanto outra parte a estende ao controle difuso⁷. Há uma terceira corrente, mais ampla, que reputa a Jurisdição Constitucional como compreensiva não só das atividades de *judicial review*⁸, mas também da aplicação e proteção dos direitos fundamentais em ações individuais ou coletivas⁹. Neste artigo adota-se a segunda acepção, empregando-se o termo Jurisdição Constitucional para designar os controles concentrado e difuso de constitucionalidade por Cortes Constitucionais e por Juízes, quando autorizados.

⁵ O método dedutivo, “partindo das teorias e leis, na maioria das vezes prediz a ocorrência dos fenômenos particulares (conexão descendente)”. Em outras palavras, tal método implica “estabelecer uma formulação geral e, em seguida, buscar as partes do fenômeno de modo a sustentar a formulação geral”. Por sua vez, no método indutivo, “a aproximação dos fenômenos caminha geralmente para planos cada vez mais abrangentes, indo das constatações mais particulares às teorias e leis (conexão ascendente)”. Assim, trata-se de “pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral”. Respectivamente: LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do trabalho científico**: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos. 4. ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 1992, p. 106; e PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**. teoria e prática. 14. ed., rev., atual. e ampl. Florianópolis: Empório Modara - EMAIS, 2018, p. 95.

⁶ Referente é a “explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma Pesquisa”. Categoria consiste na “palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma ideia”. E Conceito Operacional constitui-se em “uma definição para uma palavra e uma expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 41, 58 e 69.

⁷ O controle de constitucionalidade é “*il potere di dichiarare nulli gli atti del Congresso nonché alcuni provvedimenti dell’Esecutivo, nel caso in cui contrastino con la Costituzione*”. Trata-se, assim, da prerrogativa de revisar judicialmente a constitucionalidade das condutas comissivas e omissivas, especialmente as legislativas, mas também as executivas e até privadas, declarando-as inválidas quando contrárias à Constituição. OLIVIERO, Maurizio. **L’impeachment**. Dalle origini alle’esperienza degli stati uniti d’America. Torino: G. Giappichelli Editore, 2001. p. 130. Tradução livre: “o poder de declarar nulos os atos do Congresso, bem como alguns provimentos do Executivo, no caso de contrastarem com a Constituição”. Ainda: SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. Constitutional judicial review. In: SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. **On laws, politics & judicialization**. New York: Oxford University Press, 2002, p. 136-148.

⁸ A expressão *judicial review* é usualmente empregada como o equivalente, na língua inglesa, do controle de constitucionalidade, lá definindo-se como “*the review by a court of law of some act, or failure to act, by a government official or entity, or by other legally appointed person or organized body*”. GIFIS, Steven H. **Dictionary of legal terms**. A simplified guide to the language of law. Fifth edition. New York: Kaplan Inc., Barron’s educational series, 2016, p. 308. Tradução livre: “a revisão, por um Tribunal, de algum ato ou omissão de um oficial do governo, de entidade governamental, de outra pessoa legalmente designada ou de um corpo organizado”.

⁹ Sobre as concepções dadas ao termo: DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito processual constitucional**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014. p. 45.

Em sua forma concentrada, o controle de constitucionalidade remonta à tradição austríaca, vinculada à família da *civil law*¹⁰, baseando-se no julgamento das leis e atos em abstrato, por uma Corte especializada situada em um limiar jurídico-político e cuja decisão possui eficácia *erga omnes*. Usualmente, a questão constitucional pode ser suscitada por um rol restrito de legitimados e apreciada independentemente de um caso concreto, antes mesmo de a lei ser aplicada. Assim é que as Cortes confrontam a lei com a Constituição sem se ocuparem de solucionar uma lide específica (SHAPIRO; SWEET, 2002b). A ideia subjacente é a concepção *kelseniana* de que o juiz não deve inovar na ordem jurídica em um regime de separação de Poderes. Ao invalidar leis, o Judiciário age como um Legislador, ainda que negativo, proferindo decisões que, para alguns, são anulatórias (*ex nunc*)¹¹ e para a maioria são declaratórias de nulidade (*ex tunc*)¹².

A forma difusa de *judicial review* é um legado do sistema norte-americano, próprio da *common law*¹³. Trata-se de modelo que permite a qualquer juiz, a qualquer tempo, em qualquer caso e a pedido de qualquer litigante que demonstre um justo interesse (*standing*)¹⁴ declarar (*ex*

¹⁰ A *civil law* pode ser representada como a família jurídica de raízes romano-germânicas que, inspirada por uma visão acadêmico-doutrinária, pretende atuar mediante regras de conduta gerais e abstratas destinadas a reger o funcionamento da sociedade. Há nela um acentuado espírito normativo. A lei apresenta-se como a fonte primária do Direito, embora não exclusiva, devendo ser aplicada pelos juízes, via operação de silogismo, a partir de um raciocínio dedutivo que retira das disposições abstratas a solução adjudicada ao caso concreto. SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático: intercâmbios entre *civil law* e *common law***. v. 2. Belo Horizonte: Dialética, 2021, p. 237-246.

¹¹ Para Hans Kelsen, inspiração para o modelo austríaco de controle, as decisões judiciais ostentam caráter constitutivo e não meramente declaratório, natureza extensiva às decisões que reconhecem a inconstitucionalidade de uma lei, anulando-a com efeitos, em regra, *ex nunc*. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. Título original: *Reine Rechtslehre*. p. 256, 260-264 e 300-308.

¹² A nulidade resulta da ideia de supremacia da Constituição. Permitir que norma incompatível com a Constituição produza efeitos é negar efeitos, enquanto isso ocorrer, à própria Constituição. Por isso a regra na maioria dos sistemas, dos quais o alemão é expoente, é a declaração de nulidade com efeitos *ex tunc*, ressalvadas hipóteses de modulação temporal que serão vistas adiante. BARROSO, Luis Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. O papel criativo dos tribunais – técnicas de decisão em controle de constitucionalidade. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, v. 46, n. 146, jun/2019, p.299; e SEGADO, Francisco Fernández. El tribunal constitucional español como legislador positivo. **Pensamiento constitucional**. Año XV, n. 15, 2011, p. 136.

¹³ A *common law* notabiliza-se como a família de matriz inglesa, posteriormente expandida para outros países da mesma língua, na qual o Direito foi concebido dentro de quadros processuais (*writs*) desenvolvidos jurisprudencialmente, cujos rigores formais passaram a ser amenizados por um sistema paralelo fundado na equidade (*equity*). A dinâmica daí resultante balanceia, por um lado, o caráter jurisprudencial, prático e casuístico de um Direito operado em bases adversariais, e, por outro, a discricionariedade judicial para corrigir injustiças. Em tal família, cabe aos juízes extrair indutivamente, dos precedentes judiciais, os princípios vinculantes que guiam as decisões, para, após, aplicá-los dedutivamente aos novos casos. Daí a afirmação de que as regras de Direito situam-se predominantemente no nível do caso concreto e destinam-se a conferir solução imediata a um litígio, não se posicionando no estrato abstrato e doutrinário. SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático**. v. 2. p. 246-260.

¹⁴ *Standing*, uma espécie de doutrina de justiciabilidade, resume a ideia de ficar de pé perante a Corte para ser ouvido. Por meio dela se exige, para que a causa seja considerada justiciável e admitida em juízo, a presença do interesse pessoal de alguém sujeito a um prejuízo (*injury in fact*) decorrente da conduta impugnada

tunc) a inconstitucionalidade de leis e atos em processos subjetivos. Tal modelo, como regra, pressupõe a existência de um caso concreto (*case or controversy*)¹⁵ em que a aplicação da lei questionada seja palpável, sendo exercido dentro desse caso e com efeitos *inter partes*, ressalvada a força obrigatória das razões do precedente para casos futuros (*stare decisis*)¹⁶. Assim, o controle é realizado no âmbito de uma lide subjetiva como uma questão incidental, prejudicial à resolução. Mas é certo que, hoje, já há elementos de abstração que, em determinadas conjunturas, penetram no *judicial review* difuso norte-americano¹⁷.

Os modelos mistos reúnem características de ambos (ROMBOLI et al., 1998), neles operando simultaneamente o controle abstrato, em processo objetivo com eficácia *erga omnes*, e o controle difuso incidental, em processo subjetivo restrito às partes. Esses modelos mistos notabilizam-se pela presença de Tribunais Constitucionais que, conforme a situação, atuam

(*causation*) e suscetível de ser evitado ou reparado por meio da decisão judicial (*redressability*). KUHN, Eric J. Standing: stood up at the courthouses door. **Geo. Wash. L. Rev.** v. 63, n. 5, p. 886- 913, june 1995.

¹⁵ As expressões *case* e *controversy* estão previstas na Constituição norte-americana (art. III, Seção 2), originando o requisito conhecido como *case or controversy*, o qual dá margem a inúmeros desenvolvimentos e é uma das bases para as doutrinas de justiciabilidade. Segundo tal requisito, para que uma causa possa ser submetida a decisão judicial, exige-se que exista uma controvérsia real relativa a pessoas determinadas, não se admitindo demandas fundadas em situações hipotéticas. A respeito: FLETCHER, Willian A. The case or controversy requirement in state court adjudication of federal questions. **California Law Review.** v 78. n. 02, p. 263-304, march 1990; e GIFIS, Steven H. **Dictionary of legal terms.** p. 121.

¹⁶ A técnica do *stare decisis* leva a que, em qualquer área do Direito, cada decisão judicial seja tratada como potencial precedente para um próximo *round* de litigância, ou, melhor, trata o corpo de regras e razões anunciado em casos antecedentes como obrigatórios aos juízes que decidem os casos futuros, na perspectiva de que “*Like cases shall be decided alike*”. Se o caso atual não é exatamente como os casos antigos, as razões jurídicas, usadas por analogia, deverão produzir os resultados mais consonantes com os julgamentos prévios, ressalvadas situações de *distinguishing* e *overruling*. Nesse sentido, os juízes não podem decidir o caso como bem pretendem, mas de acordo com o direito estabelecido em julgamentos anteriores. O *stare decisis* traduz um modo de tomada de decisões por juízes individuais e Cortes coletivamente, sendo, também, uma regra de comunicação que assegura altos níveis de redundância e reafirmação da ordem jurídica no espaço coletivo. SHAPIRO, Martin. Judicial law-making and precedents. In: SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. **On laws, politics & judicialization.** p. 91.

¹⁷ Isso ocorre, em primeiro lugar, por intermédio das *preliminary injunctions* e dos *declaratory judgments*. Com base neles, imediatamente após a edição de uma lei, os demandantes podem requerer a suspensão liminar da aplicação enquanto se discute em juízo a (in)constitucionalidade, desde que haja probabilidade de êxito e possibilidade de dano irreparável. Embora os institutos sujeitem-se aos mesmos requisitos genéricos, tenham efeitos semelhantes e a jurisprudência admita que sejam intercambiáveis, eles são distintos: enquanto as *preliminary injunctions* servem para preservar o *status quo* anterior à edição da lei na pendência da lide, os *declaratory judgments* são utilizados para esclarecer os direitos de uma das contendoras em uma disputa, previamente à resolução desta. Nas duas situações, porém, excepciona-se o caráter concreto do *judicial review* americano em benefício do dever judicial de proteção aos direitos fundamentais. A relativização do controle concreto americano, dando-lhe alguma abstração, também ocorre, em segundo lugar, por meio da dos chamados *facial challenges*. Cuida-se de doutrina desenvolvida judicialmente pela Suprema Corte, que autoriza os demandantes, em casos específicos ligados às liberdades da *First Amendment*, a deduzir pretensões contra leis restritivas e, via tais pretensões, protegerem também direitos de terceiros. Referida doutrina parte da ideia de que, na jurisprudência da Suprema Corte, as leis que expandem a autoridade do Governo sobre atividades protegidas pela Primeira Emenda são presumidas excessivamente amplas (*overbroad*), por isso se mostrando inconstitucionais já em si (*on its face*), independentemente de como tais leis possam ser aplicadas no caso concreto. SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. Abstract and concrete review in the United States. In: SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. **On laws, politics & judicialization.** p. 347-375.

exclusivamente em atividades de controle normativo¹⁸ ou titularizam outras atribuições concorrentes, seja em caráter recursal, seja como competência originária. Eles revelam outra marcante variação: há os modelos que se aproximam mais do norte-americano, permitindo que, além da Corte Constitucional, cada juiz e os Tribunais decidam sobre a constitucionalidade de leis e atos normativos, em ordem a realizar um controle incidental no caso concreto. É o que se passa no Brasil, observada a cláusula de reserva de Plenário em se tratando de Tribunais. Por outro lado, existem sistemas mistos nos quais não compete aos Juízes e Tribunais realizar, eles próprios, o controle incidental, cabendo-lhes, ao antever uma questão constitucional fundada, de ofício ou suscitada pela parte, remetê-la prejudicialmente para análise da Corte Constitucional. Nesse sentido os juízes provocam o controle difuso em casos concretos. Exemplo é o sistema italiano (ROMBOLI, 1996; ZAULI, E.; ZAULI G., 2021).

A descrição feita até aqui ilustra protótipos em sua forma pura. Entre os modelos não há, atualmente, um *gap* tão fundo quanto pode parecer e várias das distinções, muitas vezes, tornam-se folclóricas diante do movimento de aproximação das famílias jurídicas (MARRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2009), servindo mais para fins didáticos. Em especial, a descrição sobre os sistemas de controle não dá mais conta de fornecer respostas adequadas para a complexidade das demandas que aportam no Poder Judiciário em uma era de elevada Judicialização¹⁹, que exponencia a quantidade, a natureza e a complexidade das ações e é agravada pelo crescente descompasso rítmico entre a evolução da vida e o tempo de produção das leis (RODOTÀ, 1996).

Em grande parte do planeta (TATE; VALLINDER, 1995b), sobretudo no Ocidente, o Poder Judiciário vem sendo crescentemente acionado para proferir decisões sobre temas ambientais, bioéticos, carcerários, científicos, comerciais, criminais, culturais, econômicos, educacionais, étnicos, familiares, humanitários, imigracionais, infanto-juvenis, morais,

¹⁸ Como exemplos de países que possuem uma Corte Constitucional exclusiva para tais questões, citam-se Áustria, Alemanha, Itália e Espanha. MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da europa e da américa latina. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2009. Título original: *The Civil Law Tradition: an introduction to the legal systems of Europa and Latin America*. p. 188.

¹⁹ A Judicialização consiste num fenômeno multicausal, presente em inúmeros Países e neles manifestado com características próprias, ligado às interações entre Direito e política. Por meio dela o Poder Judiciário é crescentemente acionado para decidir macroquestões em geral e microquestões potencializadas ou não pela repetição. Ao fornecer respostas criativas não dadas pelos demais agentes ou consideradas inidôneas e submetidas ao crivo judicial, o Judiciário expande tanto (i) o espaço ocupado pelas decisões judiciais quanto (ii) os métodos judiciais de tomada de decisão para a esfera política classicamente reservada aos demais Poderes. Uma tal expansão, no que se refere ao primeiro caso (i, *supra*), pode ocorrer no exercício do *judicial review* e também na judicação ordinária, seja em ações coletivas ou ações individuais. SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático**. v. 1. p. 138-139.

políticos, religiosos, sanitários, tecnológicos, urbanísticos, bem como sobre questões de federalismo, liberdades individuais, terrorismo (BARAK, 2006), privacidade e outras, ocupando espaços comumente não regulamentados das vidas social e institucional. Os Tribunais são pressionados, cada vez mais, a proferir decisões criativas (FRIEDMAN, 1994), a preencher o fosso entre o Direito e a sociedade (BARAK, 2006), mostrando-se defasada, em sede de Jurisdição Constitucional, a concepção estrita de Judiciário como um Legislador negativo (SEGADO, 2011).

O atual contexto jurídico-político dos Estados Constitucionais reclama o desenvolvimento de tipologias decisórias avançadas de controle de constitucionalidade, situadas em um plano intermediário entre a dualidade clássica²⁰, e até intuitiva, de declarar a lei ou constitucional ou nula²¹. Algumas dessas técnicas passarão a ser analisadas a seguir. Antes, porém, duas delimitações fazem-se necessárias. Pela primeira, atribuir-se-á ênfase, aqui, aos sistemas de controle concentrado e misto da família da *civil law*, por mais que se deva reconhecer a relevância da teoria e da prática da *common law*²². Pela segunda, dar-se-á a concentração nas decisões que superam a fase da admissibilidade e implicam, em maior ou

²⁰ Em obra clássica da literatura norte-americana, Alexander Bickel já apontava para a possibilidade de um caminho intermediário específico entre validar ou invalidar o ato normativo: aquele de não-decidir, exercendo virtudes passivas de modo a redirecionar a reposta e provocar a atuação dos outros ramos do Governo mediante métodos e técnicas de abstenção judicial (*writ of certiorari*, teorias de justiciabilidade como *political question*, *advisory opinions*, *standing*, *ripeness* e *mootness*, além de noções como *desuetude*, *vagueness* e *clear statement*). O pensamento foi complementado por Cass Sunstein ao desenvolver o minimalismo judicial, que recomenda aos juízes deixarem as coisas indecidas em cenários de insuficiência de informações relevantes, dúvidas sobre capacidades institucionais ou preponderâncias políticas, recusando ouvir um caso ou julgando-o em chaves estreitas e rasas, de maneira a dialogar com as demais instituições e a promover a deliberação e a *accountability*. BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics**. Second Edition. New Haven and London: Yale University Press, 1986; SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time: judicial minimalism on The Supreme Court**. Second Printing. Cambridge: Harvard University Press, 2001; e SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático**. v. 2.

²¹ Nas origens, o controle de constitucionalidade foi concebido como um modelo baseado no código binário lícito/ilícito que, para autores como Hans Kelsen, caracteriza o Direito. Disso decorre que ou um ato normativo contrasta com a Constituição ou não contrasta, ou é validado ou eliminado, sem outra alternativa, exercendo a Jurisdição Constitucional uma função meramente negativo-eliminatória. Contudo, com a evolução do Direito e a ideia de força normativa da Constituição, o controle de constitucionalidade foi além: da mera censura a atos normativos contrários à Constituição, passou também a avaliar se tais atos são idôneos a realizar os princípios constitucionais, alterando-se o foco, então, da eliminação das leis, que nem sempre é suficiente e pode inclusive gerar resultados mais graves do que a própria lei, para a efetivação da Constituição. O novo quadro amplia as possibilidades de intervenção jurisdicional. ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria. **Giustizia costituzionale**. II. Oggetti, procedimenti, decisioni. Seconda edizione. Bologna: il Mulino, 2018, p. 173-174; e KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 84-102.

²² No ponto, é importante observar que a teoria e a prática jurídica nos Estados Unidos estão familiarizadas com o silêncio judicial e com a arte de não decidir, que podem constituir terceiras vias e técnicas de decisão interessantes aos sistemas de *civil law*, auxiliando o Judiciário a demarcar seu papel na democracia, sem usurpar atribuições dos demais Poderes, e a definir melhor sua agenda. Isso é desempenhado por meio das doutrinas e técnicas mencionadas na nota de rodapé anterior. Contudo, não cabe desenvolvê-las neste estudo, à luz da delimitação, cumprindo explorar outras técnicas decisórias mais próprias da *civil law*. Aos interessados: SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático**. v. 1 e 2.

menor medida, um exame do mérito pelo Judiciário²³. Ir além destes tópicos alargaria demais o escopo da pesquisa.

Com as balizas acima, passarão a ser sistematizadas tipologias de decisões em Jurisdição Constitucional. Durante a exposição serão adotadas precauções para sintonizar tais técnicas decisórias com o papel do Judiciário e dos demais Poderes estatais nas democracias, evitando-se o Ativismo Judicial²⁴. Reconhecer novas técnicas não significa solapar os limites da Jurisdição, nem desconsiderar a face da Autocontenção²⁵ e os papéis da política e da cidadania.

3 TIPOLOGIAS DECISÓRIAS

As classificações e os conceitos²⁶ são importantes do ponto de vista dogmático. Ao descrever as normas e os institutos, sujeitá-los a análises teóricas, conceituais e sistemáticas e

²³ Embora o tema não seja aprofundado neste artigo, relevante consignar que países como Brasil, Itália, Alemanha e Espanha atravessaram reformas instituindo previsões processuais destinadas a administrar o enorme acervo de recursos, passando a adotar institutos que permitem, com alguma margem de discricionariedade próxima ao *writ of certiorari*, uma espécie de melhor seleção ou triagem de admissibilidade dos recursos que, por sua importância, receberão atenção, especialmente em matéria de Tribunais Superiores e Cortes Constitucionais. São exemplos a exigência de repercussão geral, a possibilidade de julgamentos monocráticos céleres, a dispensa de motivação em determinadas hipóteses de inadmissibilidade, a restituição da questão constitucional à autoridade judicial remetente e outros. A respeito: BARSOTTI, Vittoria. **L'arte di tacere**. Strumenti e tecnica di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti. Torino: G. Giappichelli Editore, 1999, p. 307-309 e 317-318; ALVAREZ, José Luis Rodriguez. Seleccionar lo importante: la reciente reforma del trámite de admisión de la Verfassungsbeschwerde. **Revista Española de Derecho Constitucional**. n. 41, Año 14. p. 139-148. Mayo-agosto 1994. E: ROMBOLI, Roberto; SALAZAR, Carmela; GROPPI, Tania; PERTICI, Andrea; PINARDI, Roberto; PARODI, Gianpaolo. Il processo costituzionale: la tipologia delle decisioni. **Il foro italiano**, p. 143-166.

²⁴ Conceitua-se o Ativismo como atitude jurisdicional de tendências transformadoras manifestadas, conjunta ou isoladamente, nos âmbitos (i) interpretativo ou aplicativo, mediante um acentuado voluntarismo na criação do Direito (*lato sensu*) em detrimento da legislação, de precedentes judiciais ou de padrões jurídicos em geral, e (ii) institucional ou relacional, por meio de uma interferência mais assertiva nas atribuições dos demais Poderes. Na perspectiva ativista, confere-se aos juízes um papel que vai além da visão clássica de aplicar o direito a disputas intersubjetivas ou normativas e moderar os excessos dos demais ramos. Similares atitudes podem verificar-se tanto na Jurisdição constitucional quanto na ordinária, seja em ações coletivas ou em individuais, bem como em diversas dimensões práticas de operação. SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático**. v. 1. p. 195.

²⁵ A Autocontenção (*lato sensu*) pode ser definida como a tendência jurisdicional oposta ao Ativismo, nos planos (*stricto sensu*) (i) interpretativo ou aplicativo e (ii) institucional ou relacional, notabilizada por atitudes judiciais de prudência e deferência às escolhas políticas dos demais ramos. Essas atitudes podem se manifestar no *judicial review* e na judicção ordinária, individual ou coletiva, aí compreendidas inúmeras dimensões da prática jurídica. A prudência tem como objetivo a preservação institucional do Judiciário, evitando desgastes de imagem, reações políticas ou receios de fragilização dos Tribunais por dificuldades de execução de julgados. A deferência desponta como sinal de respeito ao modo democrático-representativo de tomada de decisões. SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático**. v. 1. p. 209.

²⁶ Embora o pensamento conceitualista ou a escola da jurisprudência dos conceitos não sejam suficientes para lidar com todo o fenômeno jurídico, que não se exaure em uma aplicação formal de formulações conceituais preexistentes, o fato é que, ainda assim, os conceitos conservam um papel imprescindível no Direito (*lato sensu*). Sejam eles encontrados em textos oficiais (leis, decisões e outros) ou em estudos dogmáticos, sejam eles constituintes de regras ou sistematizadores do conhecimento, sejam eles restritos a um sistema jurídico ou aplicado a outros ordenamentos, os conceitos podem ter funções de enunciação dos conteúdos jurídicos (*law-*

elaborar propostas para a solução de problemas (ALEXY, 2001), a dogmática contribui para a compreensão, a consolidação e a evolução do sistema jurídico²⁷. Com tal propósito se procurará, na sequência, expor algumas tipologias de decisões constitucionais, presente a advertência de que nem sempre as classificações são objeto de um tratamento doutrinário convergente e que, no Direito, elas são valoradas pela utilidade ou inutilidade²⁸.

Posto isso, as recentes técnicas de Jurisdição Constitucional serão aqui classificadas como (i) decisões interpretativas, (ii) decisões manipulativas e (iii) decisões modulatórias, cada uma contendo suas respectivas subdivisões.

3.1 DECISÕES INTERPRETATIVAS

Interpretar é revelar, por meio de métodos hermenêuticos, o significado das normas à luz do ordenamento constitucional, do texto normativo, da história, dos fatos, dos conceitos, do espírito legislativo e mesmo do silêncio (CALDARA, 1913). As decisões interpretativas, então, consistem naquelas em que o Juiz ou Tribunal fixa um ou mais sentidos para o ato normativo interpretado. Em sede de Jurisdição Constitucional, utiliza-se a expressão para indicar que, ao proferirem tais decisões, os Juízes e Tribunais afirmam que outros possíveis significados, a princípio não excluídos pelo Legislador, não encontram amparo na ordem constitucional. Assim, tais decisões assentam vínculos interpretativos ou afastam determinadas incidências²⁹, fazendo-o, contudo, de modo declarativo, sem ampliar, restringir ou modificar o conteúdo ou alcance da lei (BARROSO; MELLO, 2019). Dá-se uma enunciação judicial de quais leituras normativas são aderentes à Constituição³⁰.

stating function) e de auxílio no tratamento ou emprego de tais conteúdos (*juridical-operative function*), contribuindo, ao lado de outros elementos, inclusive alguns de natureza valorativa, para a compreensão do sistema e a aplicação das normas e padrões regulatórios e decisórios. Sobre o tema: FRÄNDBERG, Ake. An essay on legal concept formation. In: HAGE, Jaap C.; PFORDTEN, Dietman von der (ed). **Concepts in law**. Dordrecht: Springer, 2009, p. 01-16.

²⁷ A ideia de sistema jurídico passa pela adequação valorativa e unidade interior do Direito, formando uma ordem axiológica e teleológica de princípios, conceitos e institutos. O sistema, ainda assim, é uma ordem aberta e parcialmente móvel. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gubenkian, 1989. Título original: *Systemdenken Und Systemeivibegriff In Der Juriprudenz*. p. 281-282.

²⁸ A respeito: COSTA, Valterlei Aparecido da; VALLE, Maurício Dalri Timm do. A utilidade como critério de classificação do direito e no direito. **Revista Brasileira de Direito**. Passo Fundo, v. 14, n. 3, p. 186-213, set/dez. 2018. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1843/2022>>. Acesso em: 07 de junho de 2022.

²⁹ Trata-se, então, das situações em que a decisão interpretativa válida ou elimina uma ou algumas das possíveis exegeses deduzíveis da disposição normativa, que, no restante, permanece vigente e aberta para interpretação judicial. ROMBOLI, Roberto. La tipologia de las decisiones de la corte constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en via incidental. **Revista española de derecho constitucional**, p. 63-64.

³⁰ Oportuno observar que, ao evitarem a declaração de inconstitucionalidade e a eliminação das normas mediante

Em tal classe adentram duas espécies decisórias bastante semelhantes: a interpretação conforme à Constituição e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto³¹. Na interpretação conforme à Constituição, o Juiz ou Tribunal define, entre os possíveis sentidos de uma norma relativamente aberta³², aquele ou aqueles significados consentâneos com o regime constitucional. Trata-se, assim, de um endereçamento positivo, uma indicação da estrada a seguir. Já na declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, o Juiz ou Tribunal, ao confrontar o texto normativo com a Constituição, afasta um ou mais dos possíveis sentidos ou alcances da norma, excluindo a possibilidade de aplicá-la em determinado contexto, mas preservando-a, tal como promulgada, para reger situações não contempladas pela inconstitucionalidade (BARROSO; MELLO, 2019). Logo, é como se se interrompesse uma estrada jurídica, um endereçamento negativo. Em ambas as técnicas ou espécies decisórias, é mister que a atividade interpretativa seja realizada de forma criteriosa e dentro dos limites semânticos (BARROSO; MELLO, 2019), como ato racional de aplicação do Direito, não se admitindo a só preterição da vontade do Legislador pela do Juiz³³.

Ao definirem o sentido constitucional dos atos normativos, pronunciando exegeses e incidências válidas ou inválidas mesmo em caráter geral³⁴, as decisões interpretativas aproximam-se de uma visão substancialista³⁵ de Jurisdição Constitucional, sobrepondo o

a atribuição de sentidos, as sentenças interpretativas satisfazem a presunção de constitucionalidade dos atos normativos e reservam a intervenção jurisdicional como último recurso. ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria. **Giustizia costituzionale**. p. 176-177.

³¹ Importante notar que a *declaração de inconstitucionalidade parcial com redução de texto* não adentra nesta classificação por implicar a alteração do conteúdo da norma.

³² Já Hans Kelsen e Herbert Hart, expoentes do positivismo normativista, reconheciam a existência de margem para interpretação judicial naquilo que designavam, respectivamente, como a moldura e a textura aberta (*open texture*) das normas. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 392-393; e HART, H.L.A. **O Conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012. Título original: *Concept of Law*. p. 158 e 161-176.

³³ Inúmeras são as propostas de diferenciação entre Direito e política. Uma delas é bem marcante e liga-se a uma espécie de psicologia das faculdades: os atos de vontade são confiados mais diretamente aos Poderes político-representativos, eleitos em nome do povo para tal fim, enquanto o Poder Judiciário encarrega-se de atos racionais de aplicação da Constituição e das leis. PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica: nova retórica**. Tradução de Virgínia K. Pupi. São Paulo, Martins Fontes, 2000. Título original: *Logique juridique*. p. 32.

³⁴ Segundo Hans Kelsen, “Uma norma é geral quando tem validade não apenas num caso singular – como a norma individual -, mas vale para um número de casos iguais que não pode ser determinado de antemão, quer dizer, deve ser observada ou aplicada num número indeterminado de casos”. Por outro lado, é abstrata quando “(...) determina os elementos ou qualidades que um objeto concreto possuirá para nele se enquadrar”. KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Tradução de João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Título original: *Das problem der gerechtigkeit*. p. 12

³⁵ O substancialismo pode ser definido como o eixo teórico pós-positivista de acordo com o qual o Judiciário atua de modo legítimo ao garantir a efetividade dos princípios e valores constitucionais e morais, sobretudo dos Direitos Fundamentais, podendo concretizar tais conteúdos ao proferir decisões, mesmo criativamente, ou fiscalizar a vontade política, ou, ainda, suprir as omissões ou atuações insuficientes dos demais Poderes, desde que se verifique o acerto quanto aos motivos das decisões judiciais e ao que (what) estas determinam. SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático**. v. 2. p. 37-55.

conteúdo das regras, princípios e valores à margem de conformação aberta ao processo legislativo de criação de atos normativos e, assim, a uma perspectiva de ordem procedimental³⁶. Mas isso não significa que, ao proferi-las, esteja o Juiz ou Tribunal isento do dever de desincumbir-se de ônus discursivo-argumentativos que justifiquem as posições (*gearing reasons*)³⁷, demonstrando idônea e racionalmente que a decisão judicial atende de maneira mais satisfatória, em comparação com o sentido não excluído pelo legislador, os Direitos Fundamentais e princípios constitucionais (ALEXY, 2015).

3.2 DECISÕES MANIPULATIVAS

Decisões manipulativas, conforme terminologia consagrada no direito estrangeiro e nacional, são as que alteram o significado ou o alcance de uma lei sem modificar o texto normativo (CAMPOS, 2014), introduzindo conteúdos não positivados diretamente pelo Legislador, mas irradiados da Constituição e suscetíveis de justificação³⁸. Cuida-se de decisões compostas por uma parte ablativa e uma reconstrutiva (ROMBOLI, 1996): elas reconhecem a inconstitucionalidade por ação ou omissão e, ato contínuo, acomodam o conteúdo das normas impugnadas às disposições constitucionais (SEGADO, 2011). Assim é que a norma é transformada, ao invés de ser banida ou interpretada (ROMBOLI et al., 1998). Por tais características e pela carga negativa que o termo manipulativo pode conotar (ZAGREBELSKY; MARCENÒ, 2018), há quem prefira chamá-las decisões construtivas (BARROSO; MELLO, 2019).

A primeira espécie de decisão manipulativa constitui-se nas *decisões substitutivas*. Elas se caracterizam pela declaração da inconstitucionalidade de uma norma editada, substituindo-se, a seguir, a normatização inconstitucional por uma outra judicialmente anunciada, construída em conformidade com a Constituição³⁹. Tal técnica é aplicável nas situações em que o hiato

³⁶ O procedimentalismo é corrente de pensamento pós-positivista que atribui à Jurisdição ou (*i*) o papel de árbitro ou garantidor das regras do processo democrático de formação da vontade ou (*ii*) o dever de lidar com Direitos Fundamentais, princípios e valores morais por meio de procedimentos discursivos que autorizam a tomada de decisões racionais argumentativamente justificadas e próximas do consenso democrático, preocupando-se com como (*how*) devem ser tomadas as decisões do Governo. SALLES, Bruno Makowiecky. Acesso à justiça e equilíbrio democrático. v. 2. p. 55-74.

³⁷ Segundo Martin Shapiro, a obrigação de fundamentar faz com que o tomador de decisão seja menos propenso a ser arbitrário, caprichoso, egoísta ou de alguma forma injusto. SHAPIRO, Martin. *On laws, politics & judicialization*. p. 232.

³⁸ Por meio das decisões manipulativas, procede-se a uma modificação e uma integração das disposições examinadas, que saem do processo constitucional com um alcance normativo e um conteúdo diferentes do original. ROMBOLI, Roberto. La tipología de las decisiones de la corte constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en via incidental. *Revista española de derecho constitucional*, p. 64.

³⁹ A inconstitucionalidade reside, então, no fato de a norma prever determinada coisa, ao invés de estabelecer outra. ROMBOLI, Roberto. La tipología de las decisiones de la corte constitucional en el proceso sobre la

normativo deixado pela declaração de inconstitucionalidade produza efeitos tão ou mais nocivos quanto a norma originária, reclamando algum tipo de disciplina jurídica (BARROSO; MELLO, 2019).

Trata-se de técnica excepcional, que enfrenta resistência por implicar não apenas a invalidação da opção legislativa, mas sua substituição por uma outra judicialmente afirmada. Como parâmetro para a sua utilização em um regime democrático, é importante que a decisão substitutiva seja editada num contexto de diálogo institucional⁴⁰ e em chaves autocontidas e minimalistas⁴¹, tendo-se presente o caráter provisório, aberto às futuras contribuições do Legislativo e sem a pretensão de exaurir o regime ou fechar ciclos deliberativos.

A segunda espécie é a das *decisões aditivas*, assim entendidas as que reconhecem a inconstitucionalidade de uma lei por não conter alguma previsão que deveria positivar e, por isso, suprem a lacuna⁴², inserindo no roteiro legislativo uma situação não contemplada (CAMPOS, 2014). Se as decisões substitutivas reconhecem a inconstitucionalidade de uma previsão e as substituem por outra, as decisões aditivas declaram inconstitucional uma omissão parcial, à qual se segue a adição de um comando normativo específico, uma regra imediatamente atuante e aplicável (ROMBOLI, 1996). Embora a isso não se limite, trata-se de técnica comumente

constitucionalidad de las leyes planteado en via incidental. *Revista española de derecho constitucional*, p. 65.

⁴⁰ Percepção consoante a qual as relações entre os Poderes não se pautam em exclusivismos que atribuam a cada ramo a palavra final sobre certas questões, mas veem tal palavra como fruto de um colóquio figurado e permanente entre as instituições, que se engajam de modo complementar e circular, com suas melhores *expertises*, numa parceria visando as decisões constitucionais mais acertadas. Exemplo de diálogo institucional ocorre, entre outras situações, quando o Legislativo reage a interpretações jurídicas dadas pelas Cortes a dispositivos legais ou constitucionais, que não vinculam a ele Legislativo, mas apenas ao Executivo e ao Judiciário, editando novas leis ou emendas constitucionais que contrariem tais interpretações. Em se tratando da edição de nova lei infraconstitucional contrária a uma decisão do Tribunal Constitucional, é exigido que o Parlamento justifique argumentativamente a medida, apresentando novos dados fático-jurídicos ou, então, evidenciando a mudança do contexto em que proferida a decisão judicial. Por outro lado, em se tratando de emenda constitucional que altere a norma-parâmetro utilizada pela Corte para proferir a decisão, o Parlamento possui liberdade para reformar o dispositivo, desde que não agrida as cláusulas pétreas: CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999. Título original: *Giudici legislatori?* p. 101; e BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Direito Constitucional e Eleitoral. Ação Direta de Inconstitucionalidade n 5.105-DF/DF, do Tribunal Pleno. DF, 1º de outubro de 2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4552286>>. Acesso em: 07 de junho de 2022.

⁴¹ O minimalismo judicial traduz-se em alternativa teórico-prática disponível aos juízes, com bases preponderantemente procedimentais, mas também substanciais, que lhes recomenda deixar as coisas indecidas em cenários de insuficiência de informações relevantes, dúvidas sobre capacidades institucionais ou preponderâncias políticas, recusando ouvir um caso ou, caso o julgue, fazendo-o em bases estreitas e rasas, sem fundamentações ambiciosas, profundas e amplas que fechem portas ao debate político, de maneira a dialogar com as demais instituições e a promover a deliberação e a *accountability*. SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time**.

⁴² Em formulação simples, considera-se a lei inconstitucional na parte que não prevê algo. ROMBOLI, Roberto. La tipología de las decisiones de la corte constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en via incidental. *Revista española de derecho constitucional*, p. 65.

utilizada para remediar violações ao princípio da igualdade, corrigindo discriminações com a inclusão de novos destinatários de normas ou de direitos (BARROSO; MELLO, 2019).

Deve-se notar que a adição de conteúdos prontamente aplicáveis por decisão judicial constitui medida excepcional, subtraindo a possibilidade de futuros desenvolvimentos democráticos por outros atores. Recomenda-se um senso de Autocontenção nas situações em que a norma adicionada acarreta a expansão de políticas públicas e reflexos orçamentários não planejados⁴³, cumprindo ao Juiz ou Tribunal ponderar a questão à luz de outros valores e posições constitucionais. Ademais, veda-se a adoção da técnica em sede de Direito Penal, no qual vigora a legalidade estrita (ROMBOLI, 1996). Em rigor, a decisão aditiva justifica-se mais fortemente nos casos de caminho único⁴⁴, isto é, em que não seja possível sanar a omissão inconstitucional por meio de outros conteúdos ou formas compatíveis com a Constituição ou, então, quando tal sanção for inverossímil, contraste com as diretrizes da legislação ou seja desproporcional (BARROSO; MELLO, 2019).

A terceira espécie é a das decisões *aditivas de princípio*, uma subcategoria das *decisões aditivas*. A especificidade de tais decisões reside no fato de que, enquanto as ‘aditivas simples’ reconhecem a omissão parcial e inserem na lei uma norma pronta, as aditivas de princípio, após reconhecerem a omissão parcial de uma previsão, um mecanismo, um critério ou um coeficiente (ROMBOLI et al., 1998), injetam diretrizes, parâmetros e linhas principiológicas gerais a serem futuramente considerados legislativa, administrativa e judicialmente para satisfazer a Constituição (BARROSO; MELLO, 2019). Embora a parte aditiva ou reconstrutiva represente uma inovação, revele algum maximalismo⁴⁵ e comumente encontre dificuldades do ponto de

⁴³ Em uma visão clássica, as decisões judiciais se caracterizam por se aplicarem a fatos passados (*look backward*) ou presentes e serem fruto de uma adjudicação caso-a-caso. E, no controle de constitucionalidade, elas se limitam a excluir leis, em caráter geral ou para efeito do caso concreto. Em ambas as situações, as decisões não assumem, ordinariamente, efeitos de legislação positiva projetados para fora do processo. Quando o fazem a partir das novas técnicas decisórias, elas não raro desconsideram todo o tipo de informações e dados sociais, econômicos e políticos necessários para solucionar os problemas sociais complexos, os quais, pelo contrário, costumam achar-se à disposição de Parlamentos, ministérios, agências e outros órgãos na formulação de políticas públicas e no planejamento de dispêndios. O olhar para o futuro (*look forward*) constitui uma macrovisão mais própria do Poder Legislativo, detentor de acesso amplo a informações, conhecimentos técnicos de outras áreas e dados estatísticos, sociais, econômicos, políticos, financeiros. BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**. p. 14.

⁴⁴ A doutrina italiana utiliza a expressão << *a rime obbligate* >> para destacar que, ao contrário do Legislador, que possui ampla margem de liberdade, os Juízes só podem criar o Direito quando se limitam a extrair do ordenamento jurídico uma solução imposta pela lógica deste, isto é, uma norma que não é inventada, mas se encontra latente no ordenamento e é apenas explicitada. ROMBOLI, Roberto; SALAZAR, Carmela; GROPPI, Tania; PERTICI, Andrea; PINARDI, Roberto; PARODI, Gianpaolo. Il processo costituzionale: la tipologia delle decisione. **Il foro italiano**. p. 153. Ainda: ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria. **Giustizia costituzionale**. p. 236.

⁴⁵ O maximalismo judicial caracteriza-se pela decisão de casos de modo a fornecer regras largas (*width*) e preclusivas para o futuro e a dar justificações teóricas ambiciosas e profundas (*deep*) para o resultado obtido.

vista da eficácia, seu caráter mais aberto acaba por permitir o envolvimento dos demais atores estatais e privados na construção de conteúdos e suaviza, de algum modo, o protagonismo do Judiciário na criação do Direito, na fixação de políticas e na imposição de dispêndios econômico-financeiros, cuidando-se de técnica utilizada quando há uma pluralidade de alternativas constitucionais adequadas para resolver a crise de constitucionalidade aferida (ROMBOLI et al., 1998).

Também as decisões manipulativas, ao legitimarem a inoculação, pela via judicial, de novas normas no Direito a partir de princípios e valores constitucionais, guardam uma pitada substancialista preponderante sobre o viés procedimental, mantido o ônus discursivo-argumentativo do Juiz ou do Tribunal.

3.3 DECISÕES MODULATÓRIAS

A categoria das decisões modulatórias não é objeto de um tratamento sistemático uniforme. Há quem não a considere em termos autônomos, diluindo-a nas decisões manipulativas. Também existem os que empregam outra terminologia ou enquadram algumas dessas decisões entre as interpretativas (BARROSO; MELLO, 2019). Este artigo opta por conferir-lhes autonomia e agrupá-las sob uma característica comum mais evidente: aquela ligada à modulação dos efeitos decisórios sob um aspecto temporal. Trata-se de empregar a expressão ‘modulatória’ em um sentido bastante amplo. Logo, as decisões modulatórias refletem-se nas que flexibilizam o momento de produção dos efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade, matizando a regra geral vigente no respectivo sistema (SEGADO, 2011). Nos sistemas que atribuem natureza declaratória à decisão, que constituem a grande maioria, gradua-se o dogma da retroação à edição do ato normativo (*ex tunc*), fixando-se, por razões de segurança jurídica ou outros bens jurídicos tutelados, marco temporal diverso para a geração de efeitos. O mesmo pode ocorrer, por idêntica razão, se o sistema seguir o modelo austríaco puro (SEGADO, 2011), que reconhece a natureza desconstitutiva da decisão (*ex nunc*)⁴⁶, excepcionando-a.

Há portanto, no maximalismo, mais do que a decisão da controvérsia concreta, considerações teóricas largas e profundas que, de algum modo, afetam regulações futuras nos planos judicial e legislativo. SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time**. p. 09-11.

⁴⁶ Sobre o tema: VIEIRA, Iacyr de Aguiar. O controle de constitucionalidade das leis: os diferentes sistemas. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 36, n. 141, p. 39-62, jan./mar. 1999. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/448/r141-04.pdf?sequence=4&isAllowed=y>>. Acesso em: 07 de junho de 2022.

Entre as decisões modulatórias algumas são mais singelas, como as que *meramente elegem um marco temporal diverso* do que seria o automático. Nesse sentido, uma decisão declaratória de inconstitucionalidade pode excepcionar a eficácia retroativa à origem (*ex tunc*), fixando efeitos a partir de um momento intermediário entre a edição do ato normativo e sua prolação, ou a partir de sua prolação (*ex nunc*) ou a contar de uma data vindoura (*pro futuro*). Para tanto, é mister uma justificação argumentativa dos fatores que a motivam.

Outras decisões modulatórias encerram maior complexidade, abordando-se a seguir duas delas, sem a pretensão de esgotar todas⁴⁷. As decisões abordadas continuam associadas ao aspecto ou referência temporal, mas envolvem elementos adicionais de ordem normativa ou fática. Aqui entram as técnicas da *declaração de inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade, com apelo ao legislador*⁴⁸ e da *declaração de lei ainda constitucional em trânsito para a inconstitucionalidade* (BARROSO; MELLO, 2019). Na primeira, o Juiz ou Tribunal reconhece um conflito já configurado com a Constituição ou uma situação jurídica que marcha para tornar-se inconstitucional (MEDEIROS, 2021), mas preserva a lei vigente e exorta o legislador a editar uma nova normatização no futuro ou em certo prazo (ROMBOLI et al., 1998), em ordem a diferir, prospectivamente, a pronúncia da inconstitucionalidade. Na segunda, o juízo de (in)constitucionalidade amarra-se a um elemento que não é só de ordem normativa, mas também fática ou estrutural em transição, o qual, uma vez alterado, repercutirá no resultado da decisão⁴⁹. Portanto, uma conjuntura tida como constitucionalmente razoável no momento do julgamento já é antevista como inconstitucional se, no futuro, as circunstâncias fáticas ou o processo gradual de implementação de determinada política pública evoluírem a ponto de superar a contemporização realizada no julgamento. Nestas situações existe, por certo, uma mistura de elementos temporais e interpretativos, contudo, para fins de classificação, prevalece o atributo de moldar o resultado à luz do tempo.

⁴⁷ Ver: ROMBOLI, Roberto; SALAZAR, Carmela; GROPPi, Tania; PERTICI, Andrea; PINARDI, Roberto; PARODI, Gianpaolo. Il processo costituzionale: la tipologia delle decisione. **Il foro italiano**. p. 156-160.

⁴⁸ O apelo ao legislador também pode ser utilizado em situação diversa da versada neste artigo, mais especificamente em casos de reconhecimento de omissão inconstitucional, nos quais o Juiz ou Tribunal anima o Legislador sobre o dever de legislar em determinada temática. MEDEIROS, Rafael de Souza. O apelo ao legislador e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro. **Revista Páginas de Direito**. Porto Alegre, ano 21, n. 1559, nov. 2021. Disponível em: <<https://www.paginasdedireito.com.br/component/zoo/o-apelo-ao-legislador-e-o-controle-de-constitucionalidade-no-direito-brasileiro-i.html?Itemid=101>>. Acesso em: 08 de junho de 2022.

⁴⁹ Significa que uma regulamentação normativa não é inconstitucional no momento de sua entrada em vigor ou do julgamento da demanda, mas tornar-se-á eivada no futuro, após eventos subsequentes, de maneira que a declaração de inconstitucionalidade somente se operará quando efetivamente verificada a nova condição. ROMBOLI, Roberto. La tipologia de las decisiones de la corte constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en via incidental. **Revista española de derecho constitucional**, p. 71.

Nas decisões modulatórias destacam-se preponderantemente feições do pragmatismo⁵⁰, embora isso não implique uma necessária exclusão de conteúdos substanciais ou de processos formativos. Ainda que não se confunda com o consequencialismo⁵¹, o pragmatismo orienta-se para o resultado das decisões, adotando a decisão racional que seja mais razoável ao caso, após levar em consideração todas as coisas relevantes (*all things considered*)⁵², entre as quais as consequências específicas e até sistêmicas da decisão, fundamentando-se mais em fatos e em consequências do que em conteúdos normativos, generalidades, conceitualismos, leis e mesmo precedentes judiciais.

Tal como ocorre nas demais tipologias, o emprego de decisões modulatórias não simboliza um *free pass* para o Ativismo de Juízes e Tribunais. Não se abre aos julgadores a possibilidade de escolher um marco temporal por mera predileção, conveniência, interesse, proteção a medidas governamentais ou intenção de distensionar com os demais Poderes e a sociedade. A modulação não há de ser oca nem opaca, devendo ser realizada de modo a guardar níveis adequados de proteção aos Direitos Fundamentais⁵³ e basear-se nos critérios de segurança jurídica, preservação de relevantes bens jurídicos ou interesse social⁵⁴, ponderando as posições afetadas e os efeitos temporais da declaração.

⁵⁰ O pragmatismo jurídico é a teoria pós-positivista segundo a qual as decisões judiciais devem orientar-se para a obtenção dos melhores resultados, priorizando a eficiência, a utilidade, a justiça, o bem-estar ou outra virtude contemporânea a tais decisões, sendo uma continuidade do raciocínio prático. Os juristas pragmáticos dispensam uma vinculação estrita a decisões legislativas ou judiciais pretéritas, ou a âncoras morais, princípios, chavões jurídicos abstratos ou processos formativos, dando prevalência a ares racionais e empiricistas e considerando as leis, os precedentes e a moral fontes potenciais, porém não muito limitadoras às decisões. SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático**. v. 2. p. 74-87.

⁵¹ Richard Posner, expoente do pragmatismo esclarece que este não pode ser resumido a um sinônimo do consequencialismo, entendido o conjunto de correntes filosóficas, entre as quais o utilitarismo, que avalia a melhor ação unicamente como aquela que apresenta as melhores consequências ou maximiza a felicidade. O pragmatista não é dogmaticamente comprometido com correntes consequencialistas ou utilitaristas, cabendo-lhe, salvo em situações excepcionais, adotar a decisão mais razoável em termos de resultado, mas dentro dos espaços abertos pela lei, pelos precedentes, pela opinião pública, sem cingir-se às melhores consequências. POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Título original: *Law, pragmatism and democracy*. p. 50-51.

⁵² O critério definitivo da adjudicação pragmática é a racionalidade, a indicar que se deva buscar o equilíbrio entre especificidades do caso e norma jurídica, coerência e criatividade, longo e curto prazo, norma, política e padrão, tudo de modo a sopesar os prós e contras e a desejabilidade de preservar os valores da norma jurídica, sem que exista um algoritmo para tanto. POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 50.

⁵³ Cumpre recordar que a função originária da Jurisdição Constitucional é preservar a supremacia da Constituição e depurar o ordenamento jurídico, expulsando as disposições normativas contrárias. SEGADO, Francisco Fernández. El tribunal constitucional español como legislador positivo. **Pensamiento constitucional**. p. 132.

⁵⁴ Nesse sentido, no ordenamento jurídico brasileiro, o art. 27 da Lei n. 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, prevê: “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”.

Juntamente com as decisões interpretativas e aditivas, as decisões modulatórias formam importantes categorias de decisões em Jurisdição Constitucional, abrindo um leque avançado de técnicas que permitem aos Juízes e Tribunais, nos controles difuso e concentrado de constitucionalidade, proferir julgamentos compatíveis com a crescente complexidade jurídico-social, devendo ser exercidas com critério, responsabilidade, certa Autocontenção, senso democrático e deferência às funções dos demais ramos num Estado de Direito.

4.3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crescente complexidade dos processos objetivos e subjetivos vem desafiando os Juízes e Tribunais, sobretudo na Jurisdição Constitucional, a proferir decisões que escapam da figuração clássica do Juiz como ‘Legislador negativo’. Entende-se por Jurisdição Constitucional o exercício dos controles concentrado e difuso de constitucionalidade (*judicial review*), inspirados, respectivamente, nos modelos da *civil law* e da *common law*, os quais se aproximam na avenida de convergência que vem unificando as famílias jurídicas.

Em tal contexto, o desenvolvimento e a sistematização de novas tipologias decisórias mostra-se fundamental, com especial destaque para (i) as decisões interpretativas, subdivididas na *interpretação conforme à Constituição* e na *declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto*, (ii) as decisões manipulativas, que agrupam as *substitutivas*, as *aditivas* e as *aditivas de princípio* e, por fim, (iii) as decisões modulatórias, entre as quais situam-se as *fixadoras de marcos temporais diferenciados*, a *declaração de inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade, com apelo ao legislador* e a *declaração de lei ainda constitucional em trânsito para sua inconstitucionalidade*.

Todas essas decisões abrem uma miríade de possibilidades criativas para além da invalidação das normas, gerando efeitos típicos de legislação. Nas decisões interpretativas, o efeito legislativo identifica-se com a sinalização de sentidos viáveis e inviáveis para reger as condutas, mesmo em caráter geral e abstrato. Nas decisões manipulativas, tal efeito se dá com a substituição jurisprudencial do conteúdo ou alcance original da lei e com a adição de regras prontamente aplicáveis ou de princípios gerais. Nas decisões modulatórias, a feição legislativa se verifica no instante em que se autoriza a manutenção, prospectiva e provisória, dos efeitos de leis inválidas, elegendo-se um momento de alteração normativa, com ou sem exortação a que o Legislativo enfrente certa pauta a partir de endereços políticos judicialmente estabelecidos. Tais técnicas, ainda que mais afetas à Jurisdição concentrada, são também

compatíveis com decisões proferidas em casos concretos, em demandas coletivas ou individuais, observando-se as peculiaridades e os diferentes efeitos dos pronunciamentos.

Reconhecer a necessidade de novas técnicas decisórias não significa conceder um *free pass* ao Ativismo Judicial, solapando os limites da Jurisdição, desconsiderando a filosofia da Autocontenção e esvaziando os papéis da política e da cidadania. É preciso sintonizar tais técnicas com o papel do Judiciário, dos outros Poderes e da sociedade no Estado Democrático de Direito, buscando-se parâmetros e critérios jurídicos que sirvam para efetivamente balizar a utilização.

As decisões interpretativas incorporam, em algum grau, uma visão substancialista de Jurisdição Constitucional, sobrepondo o conteúdo das regras, princípios e valores à margem aberta ao processo legislativo e, portanto, a uma perspectiva procedimental. Para que tais decisões guardem legitimidade, é mister que a atividade interpretativa seja realizada de forma criteriosa e dentro de limites semânticos, como ato racional de aplicação da Constituição, não se admitindo a preterição da vontade do Legislador pela do Juiz. A decisão judicial há de satisfazer, ainda, um ônus argumentativo que demonstre racionalmente que ela atende de maneira mais satisfatória, em comparação com o sentido não excluído pelo legislador, os Direitos Fundamentais e princípios constitucionais. Tais considerações valem tanto para a *interpretação conforme à Constituição* como para a *declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto*.

Nas decisões manipulativas também prepondera uma concepção substancialista. Em relação às *decisões substitutivas*, é importante que sejam editadas num contexto de diálogo institucional e em chaves autocontidas e minimalistas, tendo-se presente o caráter provisório, aberto às futuras contribuições do Legislativo, sem a pretensão de exaurir a disciplina normativa ou fechar ciclos deliberativos. Quando às *decisões aditivas*, a criação judicial de normas gerais e abstratas prontamente aplicáveis revela-se problemática, devendo limitar-se às situações em que não seja possível sanar a omissão inconstitucional por meio de outros conteúdos ou formas ou, então, quando tal sanção for inverossímil, contraste com as diretrizes da legislação ou seja desproporcional. Ademais, é curial acentuar a vedação ao uso da técnica em sede de Direito Penal incriminador e adotar as restrições inerentes a todas as decisões que podem causar a expansão de políticas públicas ou criar reflexos orçamentários não planejados. Estes últimos aspectos também valem para as *decisões aditivas de princípio*, embora o caráter mais aberto do comando judicial permita desenvolvimentos democráticos e atenuar alguns dos problemas. Em qualquer caso, é mister que a inovação trazida por tais decisões não incorra em um

maximalismo excessivo, tampouco exclua, entre a pluralidade de opções adequadas para solucionar a crise de constitucionalidade, uma alternativa viável.

Por fim, as decisões modulatórias tendem a pender para o pragmatismo, orientando-se para o resultado e as consequências das decisões, embora isso não implique uma necessária exclusão de conteúdos substanciais ou de processos formativos. Seja nas decisões *fixadoras de marcos temporais diferenciados*, seja na *declaração de inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade, com apelo ao legislador*, seja na *declaração de lei ainda constitucional em trânsito para a inconstitucionalidade*, não é dado aos Juízes e Tribunais ater-se exclusivamente às consequências do julgado ou eleger um marco temporal por questões como mera predileção, conveniência, interesse, proteção a medidas governamentais ou a fim de distensionar com os demais Poderes ou a sociedade. A modulação precisa compatibilizar, fundamentadamente, as consequências decisórias com um coeficiente adequado de proteção aos Direitos Fundamentais e basear-se em critérios como a segurança jurídica, a preservação de bens jurídicos caros ao ordenamento e o próprio interesse social.

O tema abordado é sensível, rico, atual, complexo e relevante nas democracias, afigurando-se fundamental a continuidade das pesquisas na área.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução e organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchingson Schild Silva. São Paulo: Landy Livraria, Editora e Distribuidora Ltda., 2001. Título original: *Theorie der juristischen argumentation*.

ALVAREZ, José Luis Rodriguez. Seleccionar lo importante: la reciente reforma del trámite de admisión de la Verfassungsbeschwerde. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, n. 41, Año 14. p. 139-148. mayo/agosto 1994.

BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

BARROSO, Luis Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. O papel criativo dos tribunais – técnicas de decisão em controle de constitucionalidade. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 46, n. 146, p. 295-334, jun. 2019.

BARSOTTI, Vittoria. **L'arte di tacere**. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti. Torino: G. Giappichelli Editore, 1999.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics**. Second Edition. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. Tradução de Jaime Clasen. São Paulo: Unesp, 2016. Título original: *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*.

BOOTH, Wayne C.; COLOMB, Gregory G.; WILLIAMS, Joseph M. **A arte da pesquisa**. Tradução de Henrique A. Rego Monteiro. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Título original: *The craft of research*.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito Constitucional e Eleitoral. Ação Direta de Inconstitucionalidade n 5.105-DF, do Tribunal Pleno, Relator Ministro Luiz Fux, Brasília, DF, julgamento em 1º de outubro de 2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4552286>>. Acesso em: 07 de junho de 2022.

CALDARA, Emilio. Interpretazione delle leggi. In: MANCINI, Pasquale Stanislao (sotto la direzione di). **Enciclopedia giuridica italiana**: esposizione ordinata e completa dello stato e degli ultimi progressi della scienza, della legislazione e della giurisprudenza nel diritto civile, commerciale penale, pubblico, giudiziario, costituzionale, amministrativo, internazionale, ecclesiastico, econômico, con riscontri di storia del diritto, di diritto romano e di legislazione comparata. v. VIII, parte II. Milano: Società Editrice Libreria, 1913.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gubenkian, 1989. Título original: *Systemdenken Und Systembegriff In Der Jurisprudenz*.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999. Título original: *Giudici legislatori?*

COSTA, Valterlei Aparecido da; VALLE, Maurício Dalri Timm do. A utilidade como critério de classificação do direito e no direito. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 3, p. 186-213, set./dez. 2018. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1843/2022>>. Acesso em: 07 de junho de 2022.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito processual constitucional**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

FLETCHER, Willian A. The case or controversy requirement in state court adjudication of federal questions. **California Law Review**, v 78. n. 02, p. 263-304, mar. 1990.

FRÄNDBERG, Ake. An essay on legal concept formation. In: HAGE, Jaap C.; PFORDTEN, Dietman von der (ed). **Concepts in law**. Dordrecht: Springer, 2009, p. 01-16.

FRIEDMAN, Lawrence. **The republic of choice: law, authority and culture**. Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press, 1994.

GIFIS, Steven H. **Dictionary of legal terms**. A simplified guide to the language of law. Fifth edition. New York: Kaplan Inc., Barron's educational series, 2016.

HART, H.L.A. **O Conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012. Título original: *Concept of Law*.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Tradução de João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Título original: *Das problem der gerechtigkeit*.

_____. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. Título original: *Reine Rechtslehre*.

KUHN, Eric J. Standing: stood up at the courthouses door. **Geo. Wash. L. Rev.** v. 63, n. 5, p. 886- 913, june 1995.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do trabalho científico**: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos. 4. ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 1992.

MEDEIROS, Rafael de Souza. O apelo ao legislador e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro. **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano 21, n. 1559, nov. 2021. Disponível em: <<https://www.paginasdedireito.com.br/component/zoo/o-apelo-ao-legislador-e-o-controle-de-constitucionalidade-no-direito-brasileiro-i.html?Itemid=101>>. Acesso em: 08 de junho de 2022.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da europa e da américa latina. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2009. Título original: *The Civil Law Tradition: an introduction to the legal systems of Europa and Latin America*.

NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **Direito e sociedade**: a transição ao sistema jurídico responsivo. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2010. Título original: *Law and society in transition: towards responsive law*.

OLIVIERO, Maurizio. **L'impeachment**. Dalle origini alle'esperienza degli stati uniti d'America. Torino: G. Giappichelli Editore, 2001.

PÁDUA, Elisabete Matallo Marchesini de Pádua. **Metodologia da pesquisa**: abordagem teórico-prática. 17. ed. Campinas: Papyrus Editora, 2012.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 14. ed., rev., atual. e ampl. Florianópolis: Empório Modara - EMAIS, 2018.

PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica**: nova retórica. Tradução de Virgínia K. Pupi. São Paulo, Martins Fontes, 2000. Título original: *Logique juridique*.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Parte geral. Tomo I. Campinas: Bookseller, 1999.

POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Título original: *Law, pragmatism and democracy*.

RODOTÀ, Stefano. Magistratura e politica in Italia. In: LIBERATI, Edmondo Bruti; CERETTI, Adolfo; GIASANTI, Alberto. **Governo dei giudici**: la magistratura tra diritto e

política. Milano: Giangiaco­mo Feltrinelli editore, 1996. p. 17-30.

ROMBOLI, Roberto. La tipología de las decisiones de la corte constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en via incidental. **Revista española de derecho constitucional**, año 16, n. 48, p. 35-80, sept./dic. 1996.

ROMBOLI, Roberto; SALAZAR, Carmela; GROPPI, Tania; PERTICI, Andrea; PINARDI, Roberto; PARODI, Gianpaolo. Il processo costituzionale: la tipologia delle decisione. **Il foro italiano**. v. 121, n. 3, p. 143-166, marzo 1998.

SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático**: intercâmbios entre *civil law e common law*. v. 1. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático**: intercâmbios entre *civil law e common law*. v. 2. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

SEGADO, Francisco Fernández. El tribunal constitucional español como legislador positivo. **Pensamiento constitucional**. Año XV, n. 15. p. 127-192, 2011.

SHAPIRO, Martin. Judicial law-making and precedents. In: SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. *On laws, politics & judicialization*. New York: Oxford University Press, 2002. p. 90-101.

_____. The seaving reasons requirement. In: SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. **On laws, politics & judicialization**. New York: Oxford University Press, 2002. p. 228-257.

_____; SWEET, Alec Stone. Abstract and concrete review in the United States. In: SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. **On laws, politics & judicialization**. New York: Oxford University Press, 2002. p. 347-375.

_____; _____. Abstract review and judicial law-making. In: SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. **On laws, politics & judicialization**. New York: Oxford University Press, 2002. p. 341-346.

_____; _____. Constitutional judicial review. In: SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. **On laws, politics & judicialization**. New York: Oxford University Press, 2002, p. 136-148.

SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time**: judicial minimalism on The Supreme Court. Second Printing. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (org). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

_____; _____. The global expansion of judicial power: the judicialization of politics. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (org). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995, p. 01-10.

VIEIRA, Iacyr de Aguiar. O controle de constitucionalidade das leis: os diferentes sistemas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 141, p. 39-62, jan./mar. 1999. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/448/r141-04.pdf?sequence=4&isAllowed=y>>. Acesso em: 07 de junho de 2022.

ZAULI, Eduardo Meira; ZAULI, Guilherme Sales Meira. O controle de constitucionalidade na Itália. **E-legis**, Brasília, n. 36, p. 315-334, set./dez. 2021. Disponível em: <<https://e-legis.camara.leg.br/cefor/index.php/e-legis/article/view/688/982>>. Acesso em: 06 de junho de 2022.

ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria. **Giustizia costituzionale**. II. Oggetti, procedimenti, decisioni. Seconda edizione. Bologna: il Mulino, 2018.

Data de submissão: 29/10/2021

Data de aprovação: 15/11/2021

Data de publicação: 23/01/2021

Este trabalho é publicado sob uma licença
Creative Commons Attribution 4.0 International License.