

Jul./Dez. de 2016

MINIMALISMO JUDICIAL NA VISÃO DE CASS SUNSTEIN¹: UMA ALTERNATIVA PARA A CONCRETIZAÇÃO DA DEMOCRACIA

JUDICIAL MINIMALISM IN CASS SUNSTEIN VIEW: AN ALTERNATIVE TO THE DEMOCRACY REALIZATION

Joici Antonia Ziegler*
Lessandra Bertolazi Gauer**

Recebimento em 28 de setembro de 2016.
Aprovação em 20 de dezembro de 2016.

Resumo: A constituição federal afirma uma forma democrática de governo, sendo assim, os problemas da sociedade devem ser resolvidos mediante decisões democraticamente legitimadas. Vivemos em uma sociedade plural e multicultural onde determinados direitos fundamentais dos cidadãos são considerados de textura aberta. Os conflitos judiciais suscitados diante desses contextos revelam-se complexos e intrincados, pois os tribunais, ao tentar resolver questões de grande magnitude podem obstruir e burlar os processos político-democráticos. Sendo assim, é fundamental encontrar os limites de atuação do poder judiciário no âmbito de uma democracia deliberativa e em face de uma sociedade pluralista, já que não parece aceitável que os tribunais decidam legitimamente sobre os valores mais densos de uma sociedade. Nessa concepção de idéias, a abordagem minimalista, aqui amparada em Cass R. Sunstein se mostra como um meio alternativo para sociedades comprometidas com o diálogo aberto entre cidadãos livres e iguais. Trata-se de uma ação judicial menos invasiva, pautada pelo objetivo de produzir decisões estreitas, superficiais e provisórias, deixando em

¹Sunstein é professor de Direito, na Faculdade de Direito da Universidade de Harvard – Harvard Law School, ex-professor de Direito, na Faculdade de Direito da Universidade de Chicago – University of Chicago Law School, e autor de diversos livros e inúmeros artigos, nas áreas de direito constitucional, direito administrativo e direito ambiental. É reconhecido nos meios acadêmicos norte-americano e europeu como um dos constitucionalistas mais proficientes e inovadores da atualidade.

* Mestra em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Santo Ângelo/RS, Brasil. Especialista em Direito Processual Civil pela UNISUL – Universidade do Sul de Santa Catarina. Integrante do Grupo de Pesquisa “Tutela dos Direitos e sua Efetividade”, vinculado ao CNPq, sob a coordenação do Prof. Dr. Florisbal de Souza Del’Olmo e do Projeto de Pesquisa, vinculado à linha de Pesquisa Políticas de Cidadania e Resolução de Conflitos do Programa de Pós Graduação Strictu Sensu em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI, Campus Santo Ângelo. Advogada. Email: joiciantoniam@yahoo.com.br

** Mestra em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS, Brasil. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela UFRGS – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Tributário pela PUCRS. Graduada em Direito pela PUCRS. Integrante do Grupo de Estudos e Pesquisa “Processos Coletivos”, sob a orientação do Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner na PUCRS. Integrante do “Grupo de Estudos e Pesquisa de Direitos Fundamentais - GEDF”, sob a orientação do Prof. Dr. Ingo W. Sarlet, na PUCRS. Integrante do Grupo de Pesquisa intitulado “Controle das Políticas Públicas e Sustentabilidade”, coordenado pelo Prof. Dr. Juarez Freitas na PUCRS. Advogada. Email: lessandragauer@gmail.com

aberto as grandes questões fundamentais, como em relação aos princípios, por exemplo. Para desenvolver esse assunto, o método utilizado é o dedutivo.

Palavras chave: Ativismo Judicial. Minimalismo. Poder Judiciário.

Abstract: The federal constitution affirms a democratic form of government, so the problems of society must be resolved democratically through legitimized decisions. We live in a plural and multicultural society where certain fundamental rights of citizens are considered open texture. The judicial conflicts that arise in these contexts are complex and intricate, because the courts, when trying to solve issues of great magnitude can obstruct and circumvent political-democratic processes. Therefore, it is essential to find the limits of the judiciary in the context of a deliberative democracy and in the face of a pluralistic society, since it does not seem acceptable for the courts to legitimately decide on the denser values of a society. In this conception of ideas, the minimalist approach, exposed here by Cass R. Sunstein, is shown as an alternative medium for societies committed to open dialogue between free and equal citizens. This is a less invasive legal action, based on the objective of producing narrow, superficial and provisional decisions, leaving open the major fundamental issues, such as principles to develop this subject, the method used is deductive.

Keywords: Judicial activism. Minimalism. Judiciary.

Resumen: La constitución asegura una forma democrática de gobierno, siendo así, los problemas de la sociedad deben ser resueltos mediante decisiones democráticamente legitimadas. Vivimos en una sociedad plural y multicultural donde ciertos derechos fundamentales de los individuos son de textura abierta. Los conflictos judiciales planteados ante estos contextos resultan complejos e intrincados, pues los tribunales, al tratar de resolver cuestiones de gran magnitud, pueden obstruir los procesos político-democráticos. Siendo así, es fundamental encontrar los límites de actuación del poder judicial en el marco de una democracia deliberativa y frente a una sociedad pluralista, ya que no parece aceptable que los tribunales decidan legítimamente sobre los valores más densos de una sociedad. En esta concepción de ideas, el enfoque minimalista, aquí amparado en Cass R. Sunstein, se muestra como un medio alternativo para las sociedades comprometidas con el diálogo abierto entre ciudadanos libres e iguales. Se trata de una acción judicial menos invasiva, pautada por el objetivo de producir decisiones estrechas, superficiales y provisionales, dejando en abierto las grandes cuestiones de principios. Para desarrollar este tema, el método utilizado es el deductivo.

Palabras clave: Minimalismo. Activismo Judicial. Poder Judicial.

1. TENSÃO EXISTENTE ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA A PARTIR DA ÓTICA MINIMALISTA

Em cores primárias, podemos dizer que as sociedades democráticas contemporâneas são constituídas por uma variedade de convicções, opiniões e conceitos, sendo compostas por uma diversidade de grupos e subgrupos, cada qual lutando para dar aos preceitos constitucionais uma interpretação que se ajuste às suas

crenças e que satisfaça direitos e interesses, tendo em vista a grande diversidade de ideias que às compõem.

Uma das características mais marcantes das sociedades atuais é o dissenso², que causa uma quantidade enorme de controvérsias e embates políticos sobre questões complexas e profundas que tocam no significado de princípios como igualdade, liberdade e dignidade.

O dissenso é resultado da democracia, eis que surge como resultado das liberdades democráticas, que constituem a condição necessária, mas não suficiente para a livre manifestação de pensamentos e atitudes. O dissenso pode ser considerado como causa de instabilidade e de enfraquecimento da organização estatal, e também como elemento de impulso para o desenvolvimento social. O pluralismo gera um acirrado debate no meio acadêmico, cujo tema central é saber “se” e “como” uma democracia deve manejar os desacordos sociais.

Em uma democracia constitucional³, os problemas da sociedade precisam ser resolvidos mediante decisões democraticamente legitimadas, sem deixar de lado os limites decorrentes da imunização dos direitos fundamentais que, por vezes, são excluídos da agenda política. Ocorre que os preceitos constitucionais determinantes dos direitos fundamentais dos indivíduos se revelam de textura aberta, com conteúdos que esperam ser preenchidos com os valores ditados pelas sociedades em cada época.

² Quando se afirma que o dissenso é marca das sociedades atuais, tomam-se como referência as sociedades ocidentais democráticas e liberais. Considera-se, neste caso, o dissenso sobre questões pontuais de política moral, tais como homossexualismo, aborto, anencefalia, pesquisas com células tronco, limites da liberdade de expressão, direito à igualdade, à assistência social, à privacidade, à eutanásia etc. Não se pretende afirmar que nessas sociedades haja, ao menos de forma significativa, dissenso acerca de questões essenciais como quanto à forma e ao sistema de governo. Em geral, as sociedades convergem em aspectos desse calibre, sendo possível, neste caso, falar-se em um consenso básico. É nesse sentido, por exemplo, que Tocqueville (1961, p. 268, v.1) afirma a convergência da sociedade norte-americana acerca de pontos que ele chama *les plus essentiels*, tais como os princípios gerais do governo. Houve períodos em que as sociedades divergiam acerca de questões dessa magnitude, como se podia verificar na França dos séculos XVIII e XIX, profundamente dividida entre tendências políticas distintas, a exemplo dos ultrarrealistas, dos monarquistas constitucionais e dos republicanos.

³ Especificamente, pretende-se analisar a extensão e a profundidade do dissenso nas sociedades plurais; estudar os mecanismos dos processos de conformação social; descrever os problemas do conformismo, da polarização de grupos e das cascatas sociais e seus efeitos sobre a democracia; identificar os mecanismos constitucionais de promoção do dissenso; compreender a concepção democrática da constituição em Sunstein (2001a); perceber os problemas da deliberação pública; identificar as particularidades da argumentação legal; abordar o conceito dos acordos parcialmente teorizados e sua relação com as decisões judiciais; analisar a atuação do poder judiciário por uma perspectiva democrática e a partir da concepção de minimalismo judicial de Sunstein (2001b); e, ainda, verificar a relação de pertinência que se pode estabelecer entre minimalismo judicial e democracia.

Com o surgimento do Estado Democrático de Direito e a positivação das Constituições, houve uma elevação significativa do número de demandas, tendo em vista que o Estado Democrático de Direito é o regulador das relações sociais através da coerção por meio de sanções das condutas contrárias, e como ator principal o indivíduo. De outra banda, o Estado Social de Direito é uma ordem jurídica, na qual está presente a limitação, ladeada por um conjunto de garantias e prestações positivas, em que a lei deixa de ser instrumento de legalidade, passando a ser instrumento de ação concreta do Estado (MORAIS, 1999).

Nesse norte, inúmeras vezes os conflitos que são suscitados no poder judiciário somente são tratados de forma genérica e abstrata pelas constituições. O problema é que, ao pretender decidir questões dessa magnitude, o poder judiciário pode obstruir os processos políticos democráticos, cuja primeira consequência é afastar e substituir o julgamento político pelo judicial, o que suscita discussões intermináveis acerca da tensão dessa atuação com o princípio democrático.

Diante desses aspectos, necessário se faz, em face de uma ordem democrática e pluralista⁴, estabelecer os limites de atuação do poder judiciário, com o objetivo de evitar o risco que um injustificado ativismo que seja capaz de usurpar as funções atribuídas ao legislador, obstruindo o debate público e reduzindo as possibilidades de um autogoverno. Ainda, é fundamental que a sociedade tenha clareza sobre o que espera de um juiz diante de casos concretos que suscitam as mais profundas divergências com relação às convicções invioláveis dos indivíduos e não ficar à espera de decisões baseadas em questões morais, que podem alterar significativamente de juiz pra juiz e de tribunal para tribunal, causando insegurança jurídica.

Diante das questões brevemente abordadas acima, reside a questão-problema deste artigo, que pode ser colocada da seguinte maneira: é aceitável que o poder judiciário, ao tentar oferecer soluções para as controvérsias que envolvam questões

⁴O reconhecimento da diversidade é, em sentido amplo, o que se pode denominar de pluralismo. Argumentos prescrevendo em favor do pluralismo já podem ser percebidos nitidamente em Mill (2002), traduzidos pela exaltação à individualidade como elemento propulsor da evolução e no imperativo de que cada pessoa deve ter a possibilidade de determinar e buscar aquilo que julga ser o melhor para si, vivendo sua vida a seu modo, sem qualquer interferência da comunidade. O citado autor defende com veemência o que aqui se denomina de princípio da não interferência, segundo o qual a única razão que poderia justificar o uso da força sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, seria prevenir dano a outros. O próprio bem da pessoa, fosse físico ou moral, não seria justificativa para tanto.

relacionadas com princípios fundamentais, decida legitimamente sobre os valores mais densos de uma sociedade?

Para responder essa questão, trataremos o problema sob a ótica e percepção do professor Cass R. Sunstein. O autor menciona a necessidade de se construir uma compreensão democrática do papel da constituição e de suas estruturas, de forma que se evidencie o nexo e não a tensão que existe entre constitucionalismo e democracia.

A principal função das constituições é, nesse sentido, criar pré-condições para o bom funcionamento de uma ordem democrática, na qual se exerça o autogoverno, pautado pelos ideais de deliberação, reflexão e responsabilidade política, que remetem à noção de democracia deliberativa.

Para o atingimento desse ideal é imperativa a existência de uma esfera pública, ampla e participativa, que favoreça a diversidade de valores, o pluralismo e o multiculturalismo, transformando-os em meio para alcançar decisões legítimas.

Uma leitura adequada da democracia deliberativa impõe que os princípios fundamentais de uma sociedade sejam arquitetados democraticamente, o que significa dizer, fora dos tribunais. Daí resulta que o judiciário possui um espaço limitado no âmbito de um sistema constitucional democrático e deliberativo, especialmente em face do seu rarefeito embasamento democrático.

A partir dessas premissas, percebe-se a coerência da ideia de Sunstein para quem o papel do juiz, diante de casos difíceis e controversos, deve estar restrito ao oferecimento de respostas que primem pela não interferência em questões de princípios. Trata-se de uma abordagem minimalista do Direito, cujo argumento central é que, em face de casos concretos que envolvam questões fundamentais, os juízes decidam conforme somente o que está estabelecido expressamente na Constituição e não invoquem princípios a fim de tecer e criar novas interpretações da lei possibilitando que nessas decisões coloquem suas avaliações morais a respeito do caso concreto. Evitando assim, a “criação” de leis por meio do Judiciário.

O minimalismo judicial possui como um dos objetivos dar espaço ao debate e promover os processos democráticos, pautando-se por uma ação judicial que faz e diz apenas o que é essencial para o julgamento do caso particular, não alargando e expandindo a decisão.

A importância e a profundidade da cátedra de Sunstein, por si sós, já demonstrariam a utilidade e a pertinência do estudo de suas ideias, particularmente a que redimensiona o problema da tensão entre constitucionalismo e democracia, a partir da ótica minimalista, além da discussão sobre o modo como as constituições e todas as suas estruturas podem e devem contribuir para a afirmação de uma democracia deliberativa.

O estudo do minimalismo e das críticas que lhe são dirigidas especialmente pelos defensores de um perfeccionismo, mostra-se importante para caracterizar o debate mais recente acerca do papel da Corte, em um período em que esta sofre intensa censura acadêmica e, ao final, discutir o papel destas contribuições nas prescrições em torno de uma autocontenção ou de um ativismo.

2. O MINIMALISMO EM CASS SUNSTEIN

O minimalismo é considerado uma perspectiva teórica liberal⁵ e representa um projeto teórico complexo, com diversas dimensões. Possui uma pretensão descritiva da interpretação constitucional, pois constantemente se refere aos juízes que optam por decidir menos. Em sua dimensão normativa, critica e celebra decisões judiciais conformes à proposta de evitar grandes considerações teóricas. Há uma inegável dimensão estratégica, justificada, sobretudo, pela possibilidade de reduzir as dificuldades na tomada de decisões polêmicas nos tribunais colegiados, e evitar os “custos” de decisões equivocadas, que comprometam o futuro⁶.

⁵O minimalismo é visto, nos EUA, como uma corrente liberal, que discorda da atual composição da corte, de nítida tendência conservadora. Para Owen Fiss, o minimalismo parece atrativo para os liberais porque, diante da impossibilidade de êxito da sua “articulação para a defesa de direitos” e da visão “cosmopolita da constituição”, a perspectiva de limitação da atividade torna-se um importante caminho. FISS, Owen M.. The perils of minimalism. *Theoretical Inquiries in Law*, v. 9, p. 643-664, 2008, p. 660. Porém, o próprio Sunstein afirma não haver um compromisso do minimalismo com uma das correntes que parecem “dividir” a doutrina jurídica norte-americana, pois é possível que haja minimalistas conservadores, e também liberais. Na verdade, o minimalismo, enquanto método restritivo, não estabelecerá um programa, tampouco resultados particulares. Os juízes minimalistas seriam relutantes quanto ao estabelecimento de uma “agenda” de reforma pela via judicial e também não adeririam aos “movimentos de juízes” de qualquer modo. SUNSTEIN, Cass R.. *Radical in robes: why extreme right-wing courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005, p. 29; xii-xiii.

⁶Para Neil Siegel, o minimalismo se situa entre uma teoria da posição institucional da Suprema Corte e uma teoria - prescritiva - do processo de decisão judicial. Quanto ao processo decisório, variaria entre

Sunstein (2001) denomina “minimalismo judicial” ou “minimalismo decisional” o fenômeno de dizer somente o que é necessário dizer para justificar uma decisão, deixando em aberto, na medida do possível, as questões mais abrangentes, que envolvam maior discussão, principalmente acerca de princípios, que podem gerar uma larga e extensa interpretação sobre o caso concreto. É esta a característica mais particular do minimalismo – deixar intocadas as questões de fundo, revelando uma desconfiança forte quanto ao desejo do judiciário de elaborar, a partir do conhecimento limitado das circunstâncias de um determinado caso, princípios amplos e abrangentes⁷.

Em termos de interpretação constitucional, a abordagem minimalista combina modéstia judicial com o favorecimento dos acordos parcialmente teorizados⁸. Ocasionalmente, em face de leis que comprometem o processo político ou que impõem uma cidadania de segunda categoria a membros de grupos menos favorecidos socialmente, o minimalismo invoca a moralidade interna da democracia e as expurga do sistema.

As decisões minimalistas, portanto, se traduzem em acordos parcialmente teorizados e envolvem duas características principais – são estreitas e superficiais.A

uma teoria da fundamentação ("opinion writing"), uma teoria substantiva da atuação judicial que pretende reduzir custos, amparada na construção do "law and economics". SIEGEL, Neil. A theory in search of a court, and itself: judicial minimalism at the Supreme Court bar. Michigan Law Review, v. 103, p. 1951-2019, 2005, p. 1957- 1959.

⁷Ao enfrentar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, proposta pelo Procurador-Geral da República contra o art. 5º da Lei federal 11.105/2005 (Lei da Biossegurança) o Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou improcedente o pedido formulado. Porém, ao decidir o caso, o tribunal pretendeu decidir, peremptoriamente, todas as questões subjacentes ao tema, tais como o conteúdo do princípio da dignidade humana, o valor e início da vida humana, merecedora da tutela constitucional, a distinção entre o embrião gerado naturalmente e embrião fertilizado *in vitro*, para fins de caracterização de aborto; além disso, afirmou o direito constitucional à reprodução assistida, bem como a autonomia com relação ao planejamento familiar. A decisão é marcadamente maximalista, conforme se pode conferir em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo508.htm>.

⁸ São apresentados por Cass Sunstein como condição de possibilidade do próprio constitucionalismo que permitem aos membros da sociedade trabalhar juntos e manter o respeito mútuo apesar de profundas discordâncias sobre questões fundamentais e sobre teorias constitucionais (SUNSTEIN, 2007).

noção de estreiteza significa que o minimalismo quer decidir o caso concreto⁹ e não estabelecer regras amplas e gerais que possam solucionar casos futuros¹⁰.

Para Sunstein a prática permite que as Cortes respeitem seus precedentes ao considerar casos sobre os quais se pode realmente decidir, mediante o uso construtivo do silêncio. Outra questão apontada pelo autor é o fato de reduzir os âmbitos de decisão ao não deixar espaços abertos para gerar desacordos entre os juizes colegiados de um tribunal ou mesmo quando é impossível que um juiz constitucional obtenha a informação necessária que inclusive não estaria disponível para outros atores políticos ou jurídicos.

Outro ponto que Sunstein chama atenção é o fato de tornar menos frequentes os erros judiciais e menos prejudiciais seus efeitos, pois é muito difícil prever as consequências futuras de um ato falho, além de favorecer a democracia deliberativa, ao permitir um debate amplo em todos os níveis.

Desse modo, Sunstein (1999, p. 5), em passagem elucidativa, menciona:

Em sua forma processual, o minimalismo judicial consiste em um esforço para limitar a amplitude e profundidade das decisões judiciais. Assim

⁹A decisão da Suprema Corte Norte-Americana no caso *United States v. Virginia*, em 1996, que impediu que o Instituto Militar da Virginia excluísse as mulheres de seus bancos, é uma decisão estreita, na qual os julgadores, expressamente, se recusaram a dizer muito sobre a questão da segregação de sexos na educação.

¹⁰O padrão minimalista pode ser percebido no julgamento do HC 73662-9, em que o Supremo Tribunal Federal decidiu por 6 votos a 5 conceder o *habeas corpus* para absolver o paciente condenado pelo crime de estupro, cometido com violência presumida contra menor de 12 anos de idade, nos termos do CP arts. 213 e 244. A decisão do Supremo foi interpretada pela mídia como indicação de um entendimento genérico do tribunal no sentido de que nos dias atuais o estupro presumido seria figura impossível, em virtude das mudanças sociais. Essa compreensão distorcida causou um impacto negativo em alguns segmentos sociais em face do que representaria uma violação ao princípio da proteção integral da criança e do adolescente. Porém, de uma leitura atenta dos votos proferidos, o que se percebe é que o julgamento não tem a amplitude e nem a profundidade que se pretendeu imputar a ele. Ao contrário, a decisão possui um apelo fortemente minimalista já que partiu de uma análise altamente particularista dos fatos e circunstâncias envolvidos para a interpretação e aplicação da norma e sem a invocação de princípios filosóficos profundos e abstratos. Especialmente do voto do Min. Maurício Correa, vê-se que a decisão prolatada não objetivou encontrar solução para outros casos semelhantes que no futuro vierem a surgir, mas apenas solucionar o caso concreto naquela ocasião. Transcreve-se parte do voto em que essa postura minimalista se identifica com muita clareza: “[...] a jurisprudência é construída em cada caso concreto, e por isso mesmo não estou generalizando este meu entendimento para a incidência a outras hipóteses, como precedente *erga omnes*, reservando-me, evidentemente, na análise do novo julgamento de que eventualmente venha a participar, para traduzir minha visão, quem sabe sobre outro ângulo, que é aqui restrita a tal *quaestio*, ressalva essa que faço questão de anotar.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 21 set. 2016.

Jul./Dez. de 2016

entendido, o minimalismo tem virtudes distintas, especialmente em uma sociedade heterogênea na qual pessoas razoáveis frequentemente divergem. Quando juízes carecem, e sabem que carecem, de informações relevantes, o minimalismo é uma resposta apropriada. Às vezes, o minimalismo judicial é uma resposta razoável ou mesmo inevitável para o problema prático de obter consenso dentro do pluralismo.

Em geral, ao longo da obra de Sunstein, denota-se um grande interesse sobre os efeitos que podem causar as decisões muito amplas e que levam a uma petrificação da adjudicação em temas considerados sensíveis, mais que uma preocupação com os desacordos entre os membros de uma Corte. Sunstein então recomenda o uso do minimalismo judicial para evitar anacronismos que se produzem com a mudança de valores sociais; favorecer uma sociedade livre que requer um pluralismo razoável; pretender estabilidade com certa reciprocidade, juntamente com respeito mútuo reforçando a democracia deliberativa.

Sunstein elenca cinco categorias de "virtudes" que abrangem as seguintes possibilidades: (1) a redução dos custos da decisão, quando a corte evita a completa resolução dos problemas; (2) a diminuição dos custos provenientes de julgamentos equivocados, pois, quanto menor o alcance das suas decisões, menores os seus impactos em caso de erro; (3) deixa espaço para "pluralismo razoável" na sociedade, fazendo esperar (descansar) as disputas sobre as quais um amplo acordo parece improvável; (4) admite as já comentadas "limitações cognitivas" enfrentadas pelos juízes quanto às conseqüências de suas decisões, a permitir ajustes e adaptações futuras a partir da sua aceitação; (5) permite uma margem de manobra aos processos democráticos em função da própria falibilidade judicial, e sua impossibilidade de correção dos erros causados pelas próprias decisões (SUNSTEIN, 1999, p. 46/54).

Em seu livro "A Constituição Parcial", Sunstein filia-se à concepção de James Madison¹¹ e salienta ser a representação política o único meio para a deliberação verdadeira em uma democracia, rejeitando os modelos populistas. O processo decisório deve envolver pessoas que possam "trocar idéias", abrirem-se aos argumentos opostos, de modo que as decisões sejam tomadas em benefício da coletividade. Afinal de contas, temos corpos legislativos destinados a essa finalidade.

¹¹ Advogado e [político estadunidense](#), foi o quarto [Presidente dos Estados Unidos](#), entre 1809 e 1817. Ele é considerado o "Pai da Constituição" devido ao papel que desempenhou na elaboração e promoção da [Constituição](#) e da [Declaração dos Direitos](#).

O minimalismo ou autocontenção judicial significa exercer a justiça de acordo com leis criadas por terceiros, por legisladores, em vez de se basear em avaliações próprias, no caso dos juízes, sobre o que seria melhor para cada uma das partes, em um caso particular ou na sociedade em geral.

Oliver Wendell Holmes, juiz da Suprema Corte, exemplificou essa filosofia leal quando disse que seu papel como juiz “é verificar se o jogo está sendo jogado segundo as regras, gostando delas ou não”¹².

Denota-se que os profissionais que praticam a autocontenção judicial buscam compreender e aplicar a lei escrita como ela se apresenta como um conjunto de instruções para juízes e cidadãos, desconsiderando as motivações, as crenças, as esperanças ou os medos que possam ter se colocado atrás da confecção da lei. Até mesmo a lei mais simples, como por exemplo um simples limite de velocidade por hora, pode ser expandida e gerar uma complexa discussão.

Dessa maneira, o minimalismo descreve um tribunal diretamente focado na solução do caso concreto, que não se coaduna com fundamentos abstratos e do estabelecimento de diretrizes abrangentes. Busca-se assim, atingir o consenso quanto às pequenas questões ou reduzir os custos da procura pelo acordo. O minimalismo, amparado em aspectos pragmáticos, reduz a probabilidade de erro judicial, deixando a resolução de questões fundamentais sociais aos poderes políticos que tem competência para resolvê-las adequadamente. E constitui uma manifestação de respeito àqueles que não compartilham do entendimento que seria exibido pelo tribunal.

A autocontenção judicial não envolve apenas a preservação das cláusulas constitucionais e das cláusulas da legislação que estão sob a autoridade do Congresso ou dos estados, mas compreende também a relutância em anular decisões judiciais anteriores. Sem tal relutância, as leis se tornariam tão maleáveis com a mudança dos quadros dos tribunais que os cidadãos encontrariam grandes dificuldades em planejar suas realizações econômicas, dentre outras atividades que tomam tempo, até alcançarem resultados positivos, pois se tornaria impossível prever como se comportariam os novos membros da magistratura e quais seriam suas preferências na condução das leis (SOWELL, 2009, p. 279).

¹² Oliver Wendell Holmes, *Collected Legal Papers*, p. 307.

3. MINIMALISMO E ATIVISMO JUDICIAL: QUESTÕES DIVERGENTES

Não podemos deixar de trazer ao texto a posição antagônica ao minimalismo de Sunstein, qual seja o ativismo judicial, modelo no qual os juízes decidem com maior interpretação das leis, bem como decidem casos em que muitas vezes não há lei específica para tal, então interpretam conforme seu entendimento, muitas vezes moral. O ativismo judicial é muito discutido hodiernamente na comunidade acadêmica, principalmente frente à atual conjuntura política em que vive o país, onde decisões calcadas em uma avaliação moral por parte dos magistrados vem sendo destaque.

Na nossa perspectiva histórica, é recente a polêmica gerada pela nova postura do Supremo Tribunal Federal, que se faz ver, por exemplo, na concepção de concretude atribuída ao mandado de injunção, na interpretação atualmente conferida à fidelidade partidária, na cassação de mandatos parlamentares em ação penal, no reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo e em tantos outros casos¹³.

É necessário estabelecer critérios de avaliação da atividade do tribunal constitucional que permitam classificá-lo segundo sua disposição em realizar determinados juízos de ordem política e moral relativamente controversos. Para tanto, a literatura costuma apresentar dois modelos antagônicos de atuação de tribunais, especialmente com relação à interpretação constitucional, denominados “ativismo judicial” e “moderação judicial”. Esta definição sucinta pretende ser descritiva, mais que valorativa, já que não rejeita ou aceita com antecedência nenhum dos dois modelos.

De acordo com Ronald Dworkin (1999, p. 180):

O programa da moderação judicial afirma que os tribunais deveriam permitir a manutenção das decisões dos outros setores do governo, mesmo quando elas ofendam a própria percepção que os juízes têm dos princípios exigidos pelas doutrinas constitucionais amplas, excetuando-se, contudo, os casos nos quais essas decisões sejam tão ofensivas à moralidade política a ponto de violar as estipulações de qualquer interpretação plausível, ou, talvez, nos casos em que uma decisão contrária for exigida por um precedente inequívoco.

¹³ Os precedentes são, pela ordem, respectivamente: MI nº. 670/ES; ADI nº. 3999/DF; AP nº. 470/MG e ADI nº. 4.277/DF.

Jul./Dez. de 2016

Assim, de acordo com a auto-restrição judicial ou moderação judicial, o tribunal se recusa a avaliar a posição do parlamento sobre temas moralmente ou politicamente controversos, aceitando o juízo proveniente no legislativo ou executivo sem questionar a legitimidade da representação política e, principalmente, sem questionar a qualidade do resultado da disputa política legislativa, isto é, a moralidade da lei.

Dessa forma, avalia somente o procedimento formal de forma superficial, atuando apenas nos casos em que normas procedimentais relativamente objetivas tenham sido violadas, como por exemplo, o quórum mínimo para aprovação de uma lei, ou a competência normativa de uma instituição¹⁴.

Outra é a perspectiva adotada pelo modelo do ativismo judicial. De acordo com Dworkin (1999, p. 215):

O programa do ativismo judicial sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas (...). Devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim por diante, revê-los de tempos em tempos à luz do que parece ser a visão moral recente da Suprema Corte, e julgar os atos do Congresso, dos Estados e do presidente de acordo com isso.

Denota-se que no ativismo judicial, os juízes são atuantes no sentido não apenas de fazer cumprir a lei em seu significado exclusivamente formal. Mas vai mais além, os juízes assumem uma postura mais audaciosa na interpretação de princípios constitucionais abstratos tais como “dignidade da pessoa humana”, “igualdade”, “liberdade de expressão” etc. Se tornam assim, audaciosos por que reivindicam para si a competência institucional e a capacidade para fixar tais conceitos abstratos, concretizá-los, conferir um significado mais preciso a estes termos; e principalmente: para julgar atos do legislativo que interpretam estes mesmos princípios.

¹⁴ São exemplos as seguintes decisões nas quais foram avaliadas a constitucionalidade de leis: Corte Suprema estadunidense nos casos *Plessy vs. Ferguson* (163 U.S. 537 [1896]) mantendo uma lei estadual que determinava às companhias de transporte ferroviário manter acomodações segregadas para brancos e negros, e *West Coast Hotel Co. vs. Parrish* (300 U.S. 397 [1937]) mantendo uma lei estadual que estabelecia um salário mínimo para as mulheres; STF, no HC 69.657-1-SP (1992) mantendo lei que vedava progressão de regime aos presos condenados por crimes hediondos, afastando a inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da “dignidade da pessoa humana” (CF/88, art. 1º, II), e RE 20.954-3-CE (1996) mantendo uma portaria do ministério da fazenda proibindo a importação de veículos usados, afastando a inconstitucionalidade por violação ao princípio da igualdade – em relação à importação de veículos novos.

Fatores esses que nos levam a vários questionamentos, que se complementam com o problema central. Assim, por exemplo, em que medida a atividade dos tribunais promove ou afronta a democracia? Até que ponto a intervenção judicial em matérias politicamente controversas apresenta um “risco de juristocracia”, o risco de um aristocrático governo de juízes exercido sob o manto de uma atividade aparentemente técnica de interpretação de dispositivos jurídicos mediante conceitos da dogmática especialmente constitucional? Por outro lado, até que ponto a recusa a invalidar decisões do executivo ou legislativo representa conivência, por parte do judiciário, com atos de arbítrio?

A abordagem minimalista de Sunstein, contudo, defende que a ampliação da atuação judicial em questões técnicas de alta complexidade e moralmente controvertidas suscitaria efeitos colaterais negativos, sob o aspecto democrático. Trata-se da dimensão procedimental inerente aos “acordos teóricos incompletos”¹⁵. Os acordos teóricos possuem um nível de incompletude decorrente de uma controvérsia sobre os fundamentos filosóficos e morais, ainda que haja um acordo sobre os resultados efetivos. Nesse caso, é possível dizer que os participantes relevantes estão cientes do resultado sem estar de acordo com as teorias mais gerais que o fundamentam.

As posturas de atuação judicial apresentam-se sob diversas formas, podendo ser defendidas ou criticadas com argumentos da mais variada procedência. Uma das mais bem sucedidas tentativas de fornecer uma defesa de uma postura preferencialmente ativista tem sido apresentada por Ronald Dworkin ao longo das últimas três décadas. E embora Dworkin não utilize a expressão “perfeccionismo” para identificar seu próprio ponto de vista, esta é utilizada por Cass Sunstein para classificá-lo¹⁶.

¹⁵ Sob essa ótica, Sunstein sublinha: “Quando as pessoas divergem sobre alguma proposição (relativamente) de alto nível de abstração, elas podem ser capazes de concordar quando diminuem o nível da abstração. Juízos teoricamente incompletos sobre casos particulares são o material ordinário do direito”. O autor conclui que os acordos teóricos incompletos contemplam um resultado específico sem invocar teorias abstratas (SUNSTEIN 1996, p. 37).

¹⁶Os perfeccionistas concordam com a afirmação de que a constituição é vinculante; ela é, afinal de contas, exatamente o que eles pretendem aperfeiçoar. “Mas eles acreditam que a questão judicial recorrente é tornar o documento o melhor que ele poderia ser através da interpretação de suas normas abstratas de um modo que capta seus ideais sob a melhor luz possível.” SUNSTEIN, Cass. *Radicals in Robes: why extreme Right-wing courts are wrong for America*, New York: Basic Books, 2005, p. 32.

Esta definição capta algumas das pretensões de Dworkin (2007, p. 97): devido à necessidade de fornecer fundamentos racionais para suas decisões judiciais, os juízes são constrangidos a tentar “apresentar o conjunto da jurisdição em sua melhor luz, para alcançar o equilíbrio entre a jurisdição tal como a encontram e a melhor justificativa dessa prática.” Para realizar esta tarefa os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas. Devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim por diante, revê-los de tempos em tempos à luz do que parece ser a visão moral recetado próprio Tribunal.

O modelo do direito como “integridade” está vinculado a uma idéia de que a comunidade política está submetida não apenas às decisões políticas particulares explicitamente adotadas pelo legislativo e executivo, mas também pelo sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam. Deste modelo de integridade resulta uma jurisdição bastante ofensiva, nas palavras de Dworkin (2007, p. 263):

Um juiz que aceitar a integridade pensará que o direito que esta define estabelece os direitos genuínos que os litigantes têm a uma decisão dele. Eles têm o direito, em princípio, de ter seus atos e assuntos julgados de acordo com a melhor concepção daquilo que as normas jurídicas da comunidade exigiam ou permitiam na época em que se deram os fatos, e a integridade exige que essas normas sejam consideradas coerentes, como se o Estado tivesse uma única voz¹⁷.

Em temas sensíveis, como a igualdade, os legisladores podem estar sujeitos à pressão desproporcional de grupos privados politicamente poderosos, que subjagam minorias politicamente impotentes. Em face disso os legisladores não estão, institucionalmente, em melhor posição que os juízes para decidir questões sobre direitos. Desigualdades de poder efetivo podem justificar, por razões de equidade, que a democracia seja fortalecida com a entrega, aos tribunais, de algum poder sobre uma classe pequena e especial de decisões políticas.

Em posição análoga ao pensamento de Cass Sunstein, destaca-se a teoria de Jeremy Waldron e sua defesa da dignidade da legislação, no qual sustenta a prevalência

¹⁷Em formulação similar: “Um juiz (...) tentará, num caso controverso, estruturar algum princípio que, para ele, capta no nível adequado de abstração, os direitos morais das partes que são pertinentes às questões levantadas pelo caso. Mas ele não pode aplicar tal princípio a menos que este, como princípio, seja compatível com a legislação, no seguinte sentido: o princípio não deve estar em conflito com os outros princípios que devem ser pressupostos para justificar a regra que está aplicando ou com qualquer parte considerável das outras regras.” DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio, p. 15.

do legislativo como fundamentação da legitimidade democrática. Para Waldron (2003), a legislatura está em declínio de dignidade, conseqüentemente de legitimação, pois o passado de ouro da legislação parece estar dando espaço a um presente que representados veem algo de indecoroso de uma legislatura eleita, formada por pessoas ligadas a partidos políticos, por esses dominada e tomando decisões com base em um governo de maioria.

Entretanto, Waldron deixa bem clara sua intenção ao bordar a dignidade da legislação como o começo de um novo pensar sobre o conceito de Direito. A abordagem de Waldron acentua e expressa elementos diretamente ligados ao processo legislativo, no qual ele assim defende (2003, p. 05):

Quero que vejamos o processo de legislação na melhor forma – como algo assim: os representantes da comunidade unindo-se para estabelecer solene e explicitamente esquemas e medidas comuns, que se podem sustentar em nome de todos eles, fazendo de uma maneira que reconheça abertamente e respeite (em vez de ocultar) as inevitáveis diferenças de opiniões e princípios entre eles.

É inegável que existem desacordos sobre um ideal de justiça. Para Waldron (2007, p. 01), “nós somos muitos, e nós discordamos sobre a justiça”. A partir dessa discordância, que é inerente à vida social, é necessário encontrar um caminho para que se estabeleça um equilíbrio entre democracia e justiça. Para o autor, o processo decisório legítimo para sanar essas discordâncias é o legislativo.

A teoria de Waldron sobre a dignidade da legislação é norteada, em parte pela grande ascensão da revisão judicial, bem como pela previsão dos tribunais serem encarregados da efetivação dos direitos. O autor pontua que (WALDRON, 2004, p.03):

Quando cidadãos ou seus representantes discordam sobre quais direitos nós temos ou o que esses direitos envolvem, parece como insulto dizer que isso não é algo que a eles seja permitido decidir através de processos como decisões majoritárias, mas que o assunto (os direitos) será designado em substituição a um pequeno grupo de juizes para decisão final.

Depreende-se do entendimento preconizado por Waldron que é por meio da legislação que se rege os inúmeros desacordos sobre direitos, dando forma aos direitos

à saúde, à educação, à forma de exercício do acesso à justiça e todo o mais que possa servir de parâmetro para o exercício das liberdades civis e políticas.

A construção do processo decisório teve uma larga e ampla participação popular através do processo legislativo representativo pelo voto, pelo sufrágio universal. A partir desses elementos contextualizados, Waldron alega não fazer sentido, que depois de séculos de lutas, e tendo sido atingido um modelo de participação popular que se passe as decisões que repercutem sobremaneira na sociedade ao Poder Judiciário (WALDRON, 2004, p.239).

CONCLUSÃO

A abordagem minimalista se justifica, então, em função de uma série de razões. Muitas decisões precisam ser tomadas rapidamente e o são em face de conflitos sociais aparentemente insolúveis e que se relacionam com um amplo rol de princípios básicos. Nessas circunstâncias, é bastante expressiva a chance de serem tomadas decisões equivocadas.

Acresça-se a essas razões que o dissenso não está presente somente fora do poder judiciário. Nos tribunais também existe divergência acerca de questões fundamentais, o que é de todo desejável, mas que representa uma dificuldade a mais na tarefa de julgar os casos concretos. A diversidade de opiniões entre os juízes impõe que, bem por isso, um julgador adote uma atitude cautelosa com relação às convicções do outro, como forma de convivência profícua e respeitosa.

Portanto, a opção por refutar uma determinada visão somente deve ser feita se isto for essencial para decidir um caso particular. Os juízes, ademais, também estão sujeitos aos efeitos das pressões sociais que decorrem dos processos de conformação e são altamente vulneráveis às influências. Isto explica a existência de movimentos de extremismo e radicalização das opiniões também dentro dos tribunais (SUNSTEIN, 2008).

Esses são fatores de extrema relevância, que influenciam sobremaneira as decisões judiciais acerca da melhor interpretação de uma determinada lei. Em algumas hipóteses, podem produzir julgamentos distorcidos e não refletir as convicções da sociedade, ou pelo menos da maioria dos membros da sociedade.

Jul./Dez. de 2016

Em suma, os argumentos pragmáticos de Sunstein (2008) em favor do minimalismo se fundam especialmente no fato de que os tribunais são compostos por pessoas profundamente diferentes e que, não raro, são vulneráveis às pressões de grupos, possuem feição democrática muito frágil e limitada capacidade de perceber e avaliar os fatos têm que prolatar muitas decisões em um curto período de tempo, conviver e evitar o erro tanto quanto possível, além de demonstrar respeito por todos os atores do processo: julgadores, litigantes e demais pessoas afetadas por suas decisões.

Em face de todas essas limitações, não é razoável nem desejável, que um juiz, diante de questões controvertidas e complexas, discuta teorias profundas, que dificilmente resolverão o caso concreto, tampouco se deve pretender que a solução para determinado caso expresse uma decisão política fundamental. Já sob uma vertente política, um forte ativismo judicial obstrui o debate público e reduz as possibilidades de autogoverno.

Por meio do minimalismo judicial e da aplicação dos acordos parcialmente teorizados é possível a promoção das mais altas aspirações de igualdade e justiça de uma sociedade democrática sem o comprometimento do processo democrático, justo para permitir que o debate político permaneça em fórum político. Além disso, um tribunal de atuação minimalista é menos suscetível de produzir decisões equivocadas. Mais, os erros que eventualmente venham a ser cometidos serão muito menos danosos à sociedade (SUNSTEIN, 2008). Enquanto que o ativismo judicial é um cheque em branco no qual se pode explorar qualquer direção, em qualquer questão, dependendo das predileções de cada juiz ou tribunal em particular.

O argumento minimalista se fortalece especialmente nas áreas que envolvem questões mais altamente controvertidas, uma vez que nestes casos mesmo as decisões prolatadas com base nas convicções mais verdadeiras e mais profundas dos julgadores podem se mostrar inadequadas, em vista dos efeitos imprevisíveis que podem decorrer do impacto social da decisão.

No que concerne ao ativismo judicial, conclui-se que decisões judiciais baseadas nas preferências dos juízes, em vez de guiadas pela lei escrita e democrática, acabam produzindo efeitos colaterais sobre a justiça das leis, vista como uma estrutura fundamental dentro do qual os membros da sociedade podem planejar suas ações. O

efeito mais nítido é que ninguém é capaz de prever quais resultados sociais os juízes se inclinarão a favorecer no futuro, deixando até mesmo as mais claras leis cercadas por uma neblina de incertezas a anunciar crescentes litígios.

REFERÊNCIAS

- DWORKIN, Ronald. **A Justiça de toga**, São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- _____. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.
- HOLMES, Oliver Wendell. **Collected Legal Papers**, 2003.
- MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. [s.l.]:[s.n.], p. 183-202, novembro 2000.
- MILL, John Stuart. **Onliberty**. New York: Dover Thrift, 2002.
- MORAIS, José Luiz Bolzan. **Mediação e arbitragem. Alternativas à jurisdição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SOWELL, Thomas. **Os Intelectuais e a Sociedade**. São Paulo: É Realizações, 2010.
- SUNSTEIN, Cass R. **A Constituição Parcial**. São Paulo: Del Rey, 2008.
- _____. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1999.
- _____. **Radicals in Robes: why extreme Right-wing courts are wrong for América**, New York: Basic Books, 2007.
- _____. **Legal Reasoning and Political Conflict**. New York: Oxford University Press, 1996.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. **De la démocratie en Amérique I**. France: Éditions Gallimard, 1961.
- WALDROM, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. Trad. De Luis Carlos Borges. São Paulo. Martins Fontes, 2003.