

ATIVISMO JUDICIAL, MODERAÇÃO E O “MINIMALISMO JUDICIAL” DE CASS SUNSTEIN.

Cláudio Ladeira de Oliveira*

RESUMO

Neste artigo discuto dois modelos que tribunais podem adotar na prática de interpretação do direito, especialmente para avaliar a constitucionalidade das leis, denominadas “ativismo judicial” e “moderação judicial”. Em seguida discuto duas perspectivas teóricas, “perfeccionismo” e “majoritarismo”, que desenvolvem fundamentos teóricos para a adoção preferencial do ativismo ou moderação. Por fim, exponho a contribuição ao debate do professor Cass Sunstein, a perspectiva que ele denomina “minimalismo judicial”.

PALAVRAS-CHAVES: ATIVISMO JUDICIAL, MODERAÇÃO JUDICIAL, MINIMALISMO JUDICIAL, DEMOCRACIA, TEORIA DO DIREITO, RONALD DWORKIN, JEREMY WALDRON, CASS SUNSTEIN.

ABSTRACT

In this article I discuss two models that Courts can adopt in the practice of interpretation of Law, especially for inquiry the constitutionality of laws, denominated “judicial activism” and “judicial moderation”. Next I discuss two theoretical perspectives, which develop theoretical grounds for preferential adoption of activism or moderation. Finally, I expos the contribution to debate of professor Cass Sunstein, the perspective denominated “judicial minimalism”.

KEYWORDS: JUDICIAL ACTIVISM. JUDICIAL MORATION. JUDICIAL MINIMALISM. DEMOCRACY. JURISPRUDENCE. RONALD DWORKIN. JEREMY WALDRON. CASS SUSNTEIN.

INTRODUÇÃO

Neste artigo trato de uma velha questão da teoria jurídica, constitucional em particular, que tem recebido um tratamento renovado nos últimos anos: em que medida

* Bacharel em Direito pela UFMT. Mestre e Doutor em Direito pela UFSC. Professor do Departamento de Direito Público e do Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina. claudioladeira@uel.br

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? Ao contrário do que ocorre em outros sistemas jurídicos, no Brasil o controle de judicial de constitucionalidade das leis e as “cláusulas pétreas” são previstos explicitamente pela própria Constituição¹. Deste modo não restam dúvidas quanto à legitimidade do poder judiciário para – ao menos para uma certa classe de temas – invalidar leis e atos administrativos sob o fundamento de que contrariam algum dispositivo constitucional, e que determinada classe de direitos – os direitos e garantias fundamentais – não poderão ser objeto de emenda à constituição. No entanto ainda podemos discutir o *modo* como estas competências devem ser exercidas, e isso não é pouca coisa. Por exemplo, na ADI 3.685, o STF julgou inconstitucional um dispositivo do art. 2º da Emenda Constitucional (EC) nº 52, de 08/03/2006. Esta alterava a redação do art. 17, § 1º, da CF/88, estabelecendo explicitamente que, para as eleições de Outubro do mesmo ano, os partidos políticos poderiam adotar livremente “o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal” e em seu art. 2º a EC 52 estabelecia que tais alterações deveriam ser aplicadas já nas eleições de Outubro de 2006. Qual seria a inconstitucionalidade da Emenda? O art. 16 da CF/88 estabelece o seguinte: “a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até (um) ano da data de sua vigência”. Ora, uma “lei” promulgada em Março de 2006 certamente não poderia surtir efeitos já nas eleições de Outubro do mesmo ano, devido ao prazo de um ano estabelecido no art. 16 da CF/88. Porém o instrumento utilizado para promover a alteração era uma EC (CF/88, art. 59, I) e não “Lei” (CF/88, art. 59, II, III e IV): se o congresso cumpriu os requisitos formais exigidos pela própria constituição para promover alterações em seu texto, como poderia o STF decidir pela inconstitucionalidade por afronta ao art. 16 da CF/88? Neste caso o tribunal utilizou um argumento, cujo precedente remonta à ADI 939/94, e que consiste em encontrar direitos fundamentais “implícitos” na Constituição.

¹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), arts. 60, §, 4º, IV; 102; e 103

A estrutura do argumento pode ser compreendida assim: (i) os direitos fundamentais individuais não podem ser retirados da Constituição por Emenda à Constituição (CF/88, 60, §, 4º, IV); (ii) a CF/88, art. 5º, § 2º, estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”²; (iii) assim, é possível encontrar no corpo da Constituição dispositivos que, muito embora não tenham sido denominados “direitos e garantias individuais” pela assembleia constituinte, possuem não obstante este caráter em virtude da matéria que regula, de sua forte carga moral, política etc; (iv) é possível compreender a regra da anualidade estabelecida pela CF/88, art. 16, como uma “garantia individual do cidadão-eleitor”³; (v) sendo assim, o prazo de um ano estabelecido no art. 16 não pode reduzido nem mesmo por emenda à Constituição e portanto a alteração no procedimento eleitoral, efetuada no art. 17, não poderia valer já para as eleições de 2006. Se esta tese dos “direitos implícitos” é aceita então o poder político de que dispõe o STF é considerável. Temas assim costumam ser moralmente controversos nos mais variados ambientes e instituições, tais como tribunais, parlamentos, universidades e na sociedade civil em geral. Mais: a despeito de diversas formas retóricas usadas para expressar as divergências, costumam ser igualmente divergentes. Sendo assim, como é que a palavra de uma maioria de seis membros dentre o colegiado de onze ministros (suficiente para invalidar uma lei por inconstitucionalidade) deve possuir maior autoridade que a palavra de centenas de deputados ou senadores eleitos diretamente pelo voto popular?⁴

No curto espaço deste artigo quero discutir algumas abordagens recentes destes temas. Inicialmente apresento duas posturas antagônicas acerca do modo como os tribunais devem exercer suas competências na interpretação jurídica em casos que envolvem matérias controvertidas moral e politicamente. Em seguida são destacados os riscos de unilateralidades inerentes a ambos os modelos. Passo então a apresentar a proposta desenvolvida pelo professor Cass Sunstein, denominada “minimalismo judicial”.

² Este dispositivo é inspirado na 9ª emenda à Constituição estadunidense: “The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people”.

³ Na ADI 939/94 o direito individual “descoberto” por esse procedimento foi o direito individual do “cidadão-contribuinte” à não extinção das imunidades tributárias do art. 150.

⁴ Sobre o tema cf. SOARES, Guilherme. **Os Direitos, Os Juízes, O Povo: a cláusula pétrea dos direitos e das garantias individuais e o controle judicial de constitucionalidade das emendas à Constituição de 1988**. Tese de Doutorado. Curso de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2006. disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/Os%20direitos.%20os%20juizes.pdf>. Acesso em 15/10/06

1 “ATIVISMO” VERSUS “MODERAÇÃO”.

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 a moderação judicial, o tribunal se recusa a avaliar a posição do parlamento (ou mesmo do executivo) sobre temas moralmente ou politicamente controversos. Aceita 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. Apenas avalia o procedimento formal, e ainda assim com elevada modéstia, 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 instituição.⁵ Já no modelo do ativismo judicial os juízes são atuantes no sentido não apenas de “fazer cumprir a lei” em seu significado exclusivamente formal. Significa mais: eles assumem uma postura mais audaciosa na interpretação de princípios constitucionais abstratos tais como “dignidade da pessoa humana”, “igualdade”, “liberdade de expressão” etc. São mais audaciosos por que reivindicam para si a competência institucional e a capacidade intelectual para fixar tais conceitos abstratos,

⁵ 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.

concretizá-los, conferir um significado mais preciso a estes termos; e principalmente: para julgar atos do legislativo que interpretam estes mesmos princípios.⁶

2 “PERFECCIONISMO”.

Estas posturas de atuação judicial apresentam-se sob diversas formas, podendo ser defendidas ou criticadas com argumentos da mais variada procedência. No que se segue eu seleciono alguns argumentos com a finalidade de tornar o debate viável nos limites estreitos deste artigo. 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-lo.⁷ Esta definição capta as pretensões de Dworkin: 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 o encontram e a melhor justificativa dessa prática.”⁸ 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 recente”⁹ do 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”¹⁰. Deste modelo de integridade resulta uma jurisdição bastante ofensiva:

⁶ São exemplos: na Corte Suprema estadunidense, *Lochner vs. New York* (1485 U.S. 45 [1905]), julgando inconstitucional uma lei que estabelecia jornada de trabalho de no máximo 10 horas diárias durante a semana e 6 horas diárias aos finais de semana, sob o argumento de violação à liberdade contratual – dos empregados inclusive; *Brown vs. Board of Education of Topeka* (374 U.S. 483 [1954]), julgando inconstitucional uma lei estadual que estabelecia a segregação racial nas escolas públicas dos EUA, por ofensa à “igual proteção às leis” (14ª emenda à Constituição estadunidense). STF, as já mencionadas ADI 939/94 e 3.685/96.

⁷ “Os 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 américa**, New York: Basic Books, 2005, p. 32

⁸ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 112.

⁹ Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**, p. 215.

¹⁰ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 255

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 voz.¹¹

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”¹². 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”¹³.

Em outro momento, Dworkin denominou sua posição de “leitura moral” (*moral reading*) da Constituição, segundo a qual as normas constitucionais que estabelecem direitos fundamentais controversos “devem ser compreendidas no modo que sua linguagem sugere mais naturalmente: eles referem-se a princípios morais abstratos e incorporam estes princípios por referência, como limites ao poder estatal.”¹⁴ Também esta idéia compromete abertamente Dworkin com a defesa preferencial de um ativismo judicial: a constituição de um estado democrático de direito incorpora princípios morais abstratos e que portanto tal constituição deve ser interpretada moralmente.¹⁵

Embora não seja viável neste breve espaço fazer justiça aos argumentos de Dworkin, é possível reconhecer a importância de algumas críticas que lhe têm sido dirigidas. Em primeiro lugar, existem dúvidas de que a referência a “princípios” capazes de oferecer uma justificativa global para o sistema jurídico seja uma tarefa acessível aos magistrados. Isso porque para empreendê-la precisam recorrer inevitavelmente ao considerável arsenal de teorias já disponíveis. Ora, a persistência da discordância entre teorias sobre direitos, moralidade, justiça e política “é a característica mais proeminente

¹¹ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 263. Em 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.

¹² DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**, p. 27

¹³ DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**, p. 30

¹⁴ DWORKIN, Ronald. **Freedom’s Law: the moral reading of the american constitution**, p. 7.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Freedom’s Law: the moral reading of the american constitution**, p. 9

não apenas da política moderna, mas das próprias interações dos filósofos políticos com colegas quando estão debatendo as questões de direitos e justiça, sobre as quais se supõe que sejamos todos [os filósofos políticos] especialistas.”¹⁶ Se a referência a princípios de moralidade é tema fortemente controvertido, pois ainda que rejeitemos o ceticismo moral restarão divergências sobre quais princípios morais são os corretos, então o modelo perfeccionista depara-se com um problema considerável.¹⁷ Acrescente-se que, em casos controversos, em geral os tribunais decidem qual é a “melhor teoria” através da votação majoritária, ou seja, mediante o mesmo mecanismo utilizado por parlamentos para decidir questões similares¹⁸. Sendo assim, não é possível aceitar argumentos como o de Samuel Freeman, para quem o controle judicial de constitucionalidade das leis deva ser considerado um “contra-peso” aos processos políticos de decisão mediante a regra da maioria.¹⁹ Além disso, se a interpretação judicial do direito positivo é guiada por princípios abstratos de moralidade e estes são definidos pelos próprios juízes, então é real o risco apontado por Ingeborg Maus:

Quando a justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito “superior”, dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social.²⁰

¹⁶ WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**, p. 188. “Uma riqueza constrangedora confronta qualquer interessado no direito Constitucional; em tal disciplina é possível observar uma verdadeira enxurrada de publicações sobre temas constitucionais – ensinamentos que ninguém pode ignorar mas que é tão abundante para que possa ser totalmente assimilado.” “An embarrassment of riches confronts anyone interested in Constitutional law; there has been a veritable cascade of writing on constitutional issues – scholarship that one cannot afford to ignore, but that is too abundant fully to assimilate.” TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**. 3ª ed. Vol. 1. New York: Foundations Press, 2000, p. 2.

¹⁷ Cf. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Clarendon Press: Oxford, 1999, pp. 149-208

¹⁸ Cf. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**, pp. 88-118

¹⁹ Cf. FREEMAN, Samuel. *Democracia e Controle Jurídico da Constitucionalidade*, in **Lua Nova**. Nº 32, 1994, p. 181-199.

²⁰ MAUS, Ingeborg. **Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. *Novos Estudos CEBRAP*, nº 58, Novembro 2000 (183-202), pp. 186-7. Em sentido similar, cf. também DONOHUE, Brian. **Judicial Hegemony: Dworkin’s Freedom’s Law and the Spectrum of Constitutional Democracies**. *Ratio Juris*, vol. 15, nº 3, 2002 (267-282), para quem o modelo da “leitura moral” permite que o poder judiciário assuma o papel de autoridade última no regime democrático: “suponha que uma constituição não faça previsão alguma sobre uma autoridade final e o judiciário declare que ele próprio é a autoridade final para a leitura moral (“moral reading”). Esta declaração é reafirmada em decisões subsequentes. Suponha, além disso, que no espectro político não existem adversários que levantem uma pretensão contrária. A natureza esotérica do direito matém a população em geral num estado de ignorância e/ou confusão enquanto a Corte move-se inexoravelmente no sentido de assumir seu status como autoridade última.” “suppose a constitution makes no provision for a final authority and the judiciary declares itself to be the final authority for the moral reading. This declaration is reaffirmed in subsequent decisions. Suppose further that there are no competitors on the political landscape that make a countervailing claim. The esoteric nature of law has left the general

3. “MAJORITARISMO”.

As observações críticas ao perfeccionismo chamam a atenção para uma tese oposta, que Cass Sunstein denomina “majoritarismo”, na qual as virtudes legislativas são ressaltadas em detrimento das judiciais: “majoritaristas estão dispostos a conceder o benefício da dúvida aos outros poderes (executivo e legislativo) mantendo as decisões por eles tomadas a menos que violem claramente a constituição”²¹. No âmbito da teoria constitucional esta postura remonta ao importante artigo de James Bradley Thayer²² e é hoje desenvolvida por autores como Mark Tushnet²³. Neles há uma presunção generalizada de que as normas constitucionais controversas devem ser interpretadas preferencialmente pelo poder legislativo, composto por representantes eleitos democraticamente, e não pelo judiciário. Este só deve intervir nos casos em que as leis contrariam abertamente, e além de qualquer dúvida razoável, alguma exigência constitucional.²⁴ Se uma lei estabelece que as escolas públicas devem ser organizadas segregando os alunos mediante critérios raciais, contanto que o serviço prestado seja de igual qualidade para todas as etnias e não exista nada que expressamente proíba tal prática na constituição, então a Corte deve respeitar o juízo legislativo e manter a constitucionalidade da lei, e não invalidá-la mediante o recurso ao princípio da “igualdade” já que esta é uma expressão altamente abstrata e que possui no próprio legislativo um intérprete privilegiado. Pelos mesmos motivos, se uma lei estabelece que

populace in a state of ignorance and/or confusion as the court moves inexorably towards assuming its status as ultimate authority.” DONOHUE, Brian. **Judicial Hegemony: Dworkin’s Freedom’s Law and the Spectrum of Constitutional Democracies**, p. 273. DONOHUE, Brian. **Judicial Hegemony: Dworkin’s Freedom’s Law and the Spectrum of Constitutional Democracies**, p. 273.

²¹ SUNSTEIN, Cass. **Radicals in Robes**, p. 44. De um modo um tanto coloquial, a ideia central da tese “majoritarista” de defesa da moderação judicial foi expressa por um ex-presidente da Corte Suprema norte-americana, Harlan Fiske (1872-1946): “Há cerca de setenta e cinco anos eu aprendi que não era Deus. E assim, quando os habitantes dos vários estados desejam fazer alguma coisa que a Constituição não proíbe expressamente, eu digo, quer eu goste ou não: que se dane, se querem fazer que o façam!” Cf. SCHWARTZ, B. **Direito Constitucional Americano**. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 260. Muito embora não seja correto afirmar que o próprio Harlan, no exercício de suas atividades profissionais, tenha assumido efetivamente uma postura majoritarista, a expressão é adequada para representá-la.

²² THAYER, James B. *The Origin and Scope of The American Doctrine of Constitutional Law*, **Havard Law Review**, vol. 7, nº 3 (1893), pp. 129-156.

²³ TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away From the Court**. PUP: Princenton, 1999.

²⁴ Recentemente Tushnet defendeu uma emenda à Constituição norte-americana para abolir a instituição do “judicial review”, o controle judicial de constitucionalidade. Ela possuiria o seguinte teor: “Exceto quando autorizado pelo Congresso, nenhum tribunal dos Estados Unidos ou dos Estados possuirá o poder para revisar a constitucionalidade das leis aprovadas pelo Congresso nacional ou pelos legislativos estaduais” TUSHNET, Mark. *Democracy Versus Judicial Review*. **Dissent**, vol. 41, 2005. Disponível em <<http://www.dissentmagazine.org/article/?article=248>>, acesso em 25 março de 2006.

o sistema de ingresso nas universidades mediante concurso vestibular deverá resguardar cotas para candidatos pertencentes a determinadas etnias, o judiciário deve respeitar o juízo legislativo.

Os “majoritários”, de um modo geral, apontam uma incongruência entre as elevadas expectativas que os perfeccionistas depositam nos juízes e as limitadas condições que estes possuem para satisfazê-las. Um sintoma é o modo como normalmente é tratado o tema pela teoria jurídica. Waldron, por exemplo, afirma que a teoria jurídica está demasiadamente acostumada a uma oposição entre (1) uma imagem de um judiciário bastante idealizado (ou melhor, de um *juiz* ideal, no singular, sem atentar para a pluralidade da composição das cortes superiores) *versus* (2) uma descrição “crua” da política realmente existente, atenta a seus aspectos mais negativos de um modo que a descrição do judiciário não o faz. Em poucas palavras: “construímos (...) um retrato idealizado do julgar e o emolduramos junto com o retrato de má fama do legislar.”²⁵ Apresentando o problema de um modo tão enviesado a “conclusão” pelo “perfeccionismo” torna-se quase uma necessidade, descuidando de avaliar se o recurso a argumentos moralmente controversos não serve apenas para encobrir decisões alcançadas por outros meios que não o raciocínio estritamente desinteressado: “até que ponto estes argumentos realmente geram as decisões judiciais ou simplesmente servem para decorá-las, é algo desconhecido.”²⁶ Some-se a isso uma desvalorização da política de um modo geral, que ignora inclusive procedimentos políticos existentes no interior do poder judiciário:

As pessoas se convenceram de que há algo *indecoroso* em um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questões de direito e princípios. Parece que tal fórum é considerado indigno das questões mais graves e mais sérias dos direitos humanos que uma sociedade moderna enfrenta. O pensamento parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões desse caráter.²⁷

Mas o majoritarismo pode apresentar seus problemas. Muito embora suas pesquisas contribuam para enriquecer a discussão acadêmica sobre aspectos fundamentais especialmente do poder legislativo ainda assim uma opção definitiva *contra* qualquer espécie de ativismo judicial pode contribuir para manter práticas

²⁵ WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**, p. 2.

²⁶ MICHELMAN, Frank. **Brenan and Democracy**, p. 3.

²⁷ WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 5.

políticas que contrariam as ideias mais fundamentais sobre o bom funcionamento do legislativo. Uma tal opção correria o sério risco de inverter a oposição equivocada que sustenta a opção “ortodoxa” pelo ativismo judicial: agora não se trata de opor um “judiciário idealizado” a um “legislativo real”, mas sim um “legislativo idealizado” a um “judiciário real”.

4. “MINIMALISMO”.

Os exemplos escolhidos anteriormente para ilustrar as posturas “ativista” e “moderada” demonstram que cada uma delas possui seus próprios riscos e virtudes. Do modelo da “moderação judicial” pode resultar um tribunal que é insensível às ameaças à legitimidade democrática que não podem ser avaliadas segundo critérios exclusivamente formais, o que ocorre quando tribunais permitem aos ocupantes momentâneos de cargos legislativos e executivos governar de modo a impor a grupos socialmente minoritários (e portanto potencialmente derrotados nos processos políticos majoritários) obrigações desproporcionais, não equitativas.²⁸ Por sua vez, do “ativismo judicial” pode resultar um tribunal “paternalista”, que ocupa o lugar dos processos políticos democráticos ao invés de promovê-los, assumindo as competências de instância suprema de decisão sobre questões moralmente controversas. Enfim, existem efeitos colaterais indesejados de uma aceitação ortodoxa de ambos os modelos.

Assim, é necessário um modelo de atuação jurisprudencial que oriente democraticamente a atuação dos tribunais com competências constitucionais, modelo este que deve ser expresso com o auxílio de princípios interpretativos capazes de orientar a opção por posturas mais ativistas ou mais moderadas. Um modo recorrente de pensar a solução para o problema é afirmar que os tribunais, especialmente quando exercitam a função do controle de constitucionalidade devem limitar-se a guardar a qualidade do processo democrático, a remover os obstáculos que impedem seu adequado funcionamento ao invés de assumir o espaço destinado à formação da vontade democrática.²⁹

²⁸ Cf. DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 105-152.

²⁹ Partindo de concepções bastante diversas da democracia, e alcançando conclusões também diversas, este é o princípio geral que orientam os trabalhos de ELY, J. **Democracy and Distrust** e HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**.

Para responder a este problema Cass Sunstein desenvolveu uma postura judicial que ele denomina “minimalismo judicial”, que a seguir passo a explicar.³⁰ O “minimalismo” possui dois aspectos, um “procedimental” e outro “substancial”. O primeiro refere-se principalmente às peculiaridades institucionais do poder judiciário e consiste numa série de recomendações – de caráter “formal” – aos juristas para que evitem utilizar argumentos filosoficamente profundos e controversos ao formular e fundamentar decisões judiciais concretas. É “formal” no sentido de que a princípio é compatível com diversos pontos de vista morais, políticos ou filosóficos apenas cuidando do nível de abstração da argumentação efetivamente utilizada para suportar a decisão judicial. Já o segundo se refere ao conteúdo específico que o minimalismo deve promover nas decisões: as “pré-condições para o bom funcionamento de uma democracia constitucional”³¹. Estas constituem a “moralidade interna da democracia” a qual exige “igualdade política, participação, deliberação racional e responsabilidade política [accountability] (no sentido de que deve responder às múltiplas vozes do público)”.³²

Enfim, o minimalismo enquanto “procedimento” recomenda argumentações modestas, enfrentando o problema do desacordo razoável duradouro; enquanto “substância” promove a deliberação democrática nas instituições politicamente responsáveis. E a conjugação destes elementos articula corretamente os distintos papéis institucionais dos poderes judiciário e legislativo.

5. O ASPECTO PROCEDIMENTAL DO “MINIMALISMO”.

O minimalismo recomenda que, sempre que possível, tribunais evitem ao máximo pronunciar-se sobre questões que não são imprescindíveis para o caso que tem em mãos. Devem decidir “um caso de cada vez” e apenas aquilo que o caso concreto exige, evitando ao máximo posicionar-se sobre controvérsias morais ou políticas que não sejam indispensáveis à solução do problema particular. O aspecto procedimental do minimalismo recusa as opções rígidas por perspectivas argumentativas demasiado

³⁰ Cf. especialmente SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**. New York: Oxford University Press, 1996, **One Case at a Time: judicial minimalism ont the supreme court**. Cambridge: Oxford University Press, 1999, **Radicals in Robes: why extreme Right-wing courts are wrong for américa**, New York: Basic Books, 2005, e **Designing Democracy: what Constitutions do?** New York: Oxford University Press, 2001.

³¹ SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time**, pp. ix-xi.

³² SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time**, p. xi.

limitadas, que restringem a interpretação à busca do significado original dos dispositivos jurídicos, ou demasiado amplas, como o ativismo judicial do juiz Hércules, de Dworkin. A recusa de ambas deve-se ao idêntico motivo de que sua adoção necessita ser endossada por argumentos teóricos amplos e controversos. O fato é que não é possível estabelecer uma prioridade abstrata entre a imensa variedade de teorias interpretativas antes do surgimento dos casos concretos de aplicação. Todas podem, a princípio, vir a tornar-se pertinentes em determinada situação específica devido a algum aspecto que realça e que não recebe a mesma consideração por outras linhagens teóricas. Com isso evita-se sobrecarregar as tarefas das decisões judiciais e torna menos frequentes e menos prejudiciais os erros dos tribunais, já que a solução judicial de questões que tecnicamente são altamente complexas e politicamente muito controvertidas podem gerar efeitos colaterais políticos e econômicos. Este aspecto procedimental do minimalismo judicial é dependente da ideia de “acordos teóricos incompletos” (ATI):

Quando as pessoas divergem sobre alguma proposição (relativamente) de alto nível de abstração, elas podem ser capazes de concordar quando baixam o nível da abstração. Juízos teoricamente incompletos sobre casos particulares são o material ordinário do direito. E no direito, o ponto de acordo é na maioria das vezes extremamente particularizado (...) no sentido de que envolve um resultado específico e uma série de razões que não se aventuram muito além do caso em questão. Teorias bastante abstratas raramente surgem explicitamente no direito³³

A “incompletude” do “acordo” consiste na manutenção da divergência sobre as razões mais filosóficas e/ou moralmente controvertidas sobre os resultados concretos, sobre os quais há acordo efetivo: “os participantes relevantes estão cientes do resultado sem estar de acordo sobre as teorias mais gerais que o suportam.”³⁴ Exemplos: podemos estar de acordo quanto à proibição do trabalho infantil e seguir divergindo quanto aos fundamentos filosóficos (kantianos, utilitaristas, marxistas etc.) para sustentá-la; ou então defender a extensão dos direitos conferidos às uniões civis entre heterossexuais às uniões entre homossexuais sem afirmar definições controversa sobre a natureza da “família”, da “sexualidade” etc. Com esta ideia Sunstein reage especialmente ao problema já mencionado: profissionais com formação técnico-jurídica possuem escassos conhecimentos que lhes permitam solucionar amplas divergências morais e

³³ SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**, p. 37.

³⁴ SUNSTEIN, Cass. **Practical Reason and Incompletely Theorized Agreements**. In FREEMAN, M. D. A. (org.). **Legal Theory at the End of the Millennium**, p. 268

teóricas e carecem do tempo necessário para levar adiante uma empreitada tão exigente.³⁵ Não se trata de rejeitar o recurso à reflexão teórica, já que na prática jurídica sentimos a todo instante uma tal necessidade. Afinal, é possível que o jurista formule suas concepções mais fundamentais sobre o significado de expressões como “dignidade da pessoa humana” sem que com isso utilize todos os argumentos que estudou para fundamentar decisões concretas pois o contexto de “descoberta” de determinada tese é diferente do contexto de “fundamentação” de sentenças concretas. Ainda assim tal fato deve levar a pensar com cuidado sobre a capacidade que tribunais e juristas de um modo geral possuem para “manusear” tais instrumentos conceituais. Em suma, os juristas atuam num ambiente que não é indiferente à teoria mas avesso ao consenso prático sobre questões filosóficas profundas: “um objetivo especial dos ATI sobre problemas específicos é obter um consenso sobre um resultado concreto entre pessoas que não pretendem decidir questões em filosofia política.”³⁶

Os ATI apresentam as seguintes vantagens: (1) podem ajudar a reduzir os custos políticos do conflito entre teorias abrangentes: aqueles que defendem uma tese derrotada numa situação concreta perdem um caso mas podem seguir adiante e ver seu argumento aceito no futuro; (2) decisões fundamentadas em ATI são compatíveis com as mudanças de avaliações morais no decorrer do tempo. Decisões apoiadas em teorias abrangentes seguramente sofrem o impacto das mudanças de valores sociais no médio e longo prazo, além da dificuldade com as novas informações sobre fatos. (3) ATI fornecem argumentos ideais para aqueles que, como juristas em geral e magistrados em particular, possuem tempo e conhecimento limitados para levar adiante complexas discussões morais ou empíricas. (4) ATI são adequados para uma forma de argumentação que valoriza o respeito às decisões tomadas em casos precedentes. Sunstein rejeita a idéia de que uma completa coerência horizontal e vertical seja viável o

³⁵ Esta idéia elementar que suporta os ATI pode ser melhor compreendida se observarmos uma afirmação de Albert Einstein sobre o modo como, a seu ver, os cientistas deveriam relacionar-se com os filósofos da ciência: “A ciência sem epistemologia – supondo que isto seja imaginável – é primitiva e confusa. Entretanto, caso o epistemólogo, que procura um sistema claro, o tenha encontrado, ele está propenso a interpretar o conteúdo da ciência por meio de seu sistema e a rejeitar seja o que for que não se ajuste ao seu sistema. O cientista, contudo, não pode se dar ao luxo de levar tão longe seu empenho pela sistemática epistemológica...O cientista, por este motivo, deve parecer ao epistemólogo sistemático um oportunista inescrupuloso.”EINSTEIN, Albert. *Remarks Concerning the Essays Brought Together in This Cooperative Volume*. Apud SOKAL, Alan. BRICMONT, Jean. **Imposturas Intelectuais**, p. 69. Penso que a relação entre a prática da pesquisa científica e da reflexão filosófica, recomendada por Einstein, é no essencial análoga à relação entre “filosofia do direito” e “jurisprudência” recomendada por Sunstein.

³⁶ SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**, p. 47.

mesmo desejável na argumentação jurídica, uma vez que um empreendimento teórico demasiadamente amplo, que pretende-se unificar o sistema jurídico sob um número rigoroso de princípios morais, certamente resultaria no abando de inúmeras decisões aceites como válidas, dificultando ainda mais o consenso. (5) no direito, assim como na moralidade humana em geral, há uma pluralidade de valores, não existindo um único valor fundamental.³⁷

A prioridade dos ATI é certamente, para cada caso de aplicação, apenas presumida, ainda que seja uma forte presunção. É perfeitamente possível a ocorrência de situações em que, por um lado os ATI forneçam soluções injustas e uma teorização mais profunda seria capaz de solucionar parcialidades e inconsistências.³⁸ Afinal, que no exercício da jurisdição não seja possível fornecer razões definitivas isso não significa que a argumentação não possa ser racional em alguma medida substancial.³⁹ O recurso aos ATI não significa o endosso de concepções epistêmico ou moralmente relativistas, mas sim uma exigência da razão prática.⁴⁰ Por outro lado, existem alguns casos nos quais juízes podem ser capazes de fornecer acordos teóricos complexos e aprofundados⁴¹.

³⁷ Cf. SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**, ps. 41-43.

³⁸ “Os juízes possuem, em muitas sociedades, um dever de interpretar a Constituição e muitas vezes este dever os autoriza a invocar princípios relativamente de larga-escala, vistos como parte da Constituição democraticamente ratificada.” “judges have, in some societies, a duty to interpret the Constitution, and sometimes that duty authorizes them to invoke relatively large-scale principles, seen as part and parcel of the Constitution as democratically ratified.” SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**, p. 46.

³⁹ “Há uma grande diferença entre uma recusa a fornecer um argumento ambicioso para um resultado e uma recusa a fornecer razões pura e simplesmente.” “There is a big difference between a refusal to give an ambitious argument of an outcome and a refusal to give any reasons at all.” SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time**, p. 13.

⁴⁰ “O entusiasmo por argumentos teóricos incompletos não deve ser visto como uma forma de “antiteoria”, e muito menos como uma forma de relativismo ou ceticismo em geral sobre a racionalidade no direito.” “Enthusiasm for incompletely theorized agreements should not be seen as a form of ‘antitheory’, and even less as a form of general skepticism or relativism about reason in law” SUNSTEIN, Cass. **Practical Reason and Incompletely Theorized Agreements**. In FREEMAN, M. D. A. (org.). **Legal Theory at the End of the Millennium**, p. 269. Trata-se de uma “operação da razão prática em instituições coletivas”. “operation of practical reason in collective institutions” SUNSTEIN, Cass. **Practical Reason and Incompletely Theorized Agreements**. In FREEMAN, M. D. A. (org.). **Legal Theory at the End of the Millennium**, p. 266.

⁴¹ “Se os juízes podem concordar com uma teoria de nível elevado (de abstração), e se é possível demonstrar que a teoria é boa, a aceitação judicial de tal teoria é bem menos problemática, sendo uma ocasião para sua celebração. Quem poderia recusar a adoção judicial do que é hipoteticamente uma boa teoria?”. “If judges can agree on a high-level theory, and if the theory can be shown to be a good one, judicial acceptance of a high-level theory is hardly troubling; on the contrary, it is an occasion for celebration. Who could object to judicial adoption of what is by hypothesis a good theory?” SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**, p. 56.

Estas considerações nos remetem ao papel desempenhado pelo uso construtivo do silêncio.⁴² Trata-se de uma medida corriqueira e adequada no funcionamento das instituições judiciais, seja porque permite “ganhar tempo” enquanto os fóruns políticos adequados não solucionam o problema, ou porque juízes possuem pouca legitimidade democrática para fornecer amplas justificações públicas sobre determinados assuntos: “no Direito, como em toda a parte, aquilo que é dito não é necessariamente mais importante do que o que não é dito.”⁴³ Isto é assim especialmente quando a aceitação de uma teoria controversa pode ampliar os riscos decorrentes de erros de análise, erros cuja existência juízes e tribunais muitas vezes não encontram-se em boa posição para avaliar.⁴⁴ É importante perceber que o “uso construtivo do silêncio” não consiste numa defesa da prática nada recomendável de postergar a tomada de uma decisão judicial exclusivamente pelas repercussões políticas que ela viria a gerar: o silêncio refere-se aos fundamentos mais abstratos que suportam a decisão específica. Por exemplo: na decisão claramente “ativista” da ADI 939 (STF), na qual afirmou o caráter de cláusula pétreia de uma das imunidades tributárias previstas no art. 150 CF/88, o tribunal poderia ter evitado a criação da figura do “cidadão-contribuinte” e a extensão do caráter fundamental às demais imunidades não discutidas na ADI. Ou então, ao afirmar que uniões civis entre casais homossexuais possuem os mesmos direitos que uniões entre heterossexuais, os juízes podem apoiar-se em argumentos de analogia, mais do que numa definição (inevitavelmente controversa) sobre o caráter da família moderna.

Nada disso implica que as divergências sejam pura e simplesmente indesejáveis⁴⁵. Consensos fácticos não são louváveis em si mesmos, podendo ao contrário produzir distúrbios no processo de deliberação pública, e mesmo o constante teste acadêmico de teses jurídicas, que aprofunda o dissenso teórico nas mais diversas direções, pode ser produtivo para os fins de correta aplicação do direito, ajudando a revelar parcialidades e equívocos durante longo tempo negligenciados. Principalmente na esfera política a presença de pontos de vista divergentes confere vitalidade à deliberação, chama a atenção para problemas de interesse comum, ou mesmo alteram a conjuntura mesma dos “interesses comuns”. Tudo isso no entanto joga a favor e não contra os ATI, em primeiro lugar porque eles não se fundamentam em algum consenso

⁴² SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**, p. 39.

⁴³ SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**, p. 39.

⁴⁴ Cf. SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**, p. 57.

⁴⁵ Cf. SUNSTEIN, Cass. **Designing Democracy: what Constitutions Do?** Nova York: OUP, 2001.

global faticamente existente: uma coisa é ressaltar a incapacidade e ilegitimidade dos tribunais para desenvolver teorias amplas e controversas sobre questões fundamentais do direito, da moral e da política, e outra, muito diferente, afirmar que tais controvérsias são em si mesmas improdutivas ou deveriam ser simplesmente evitadas. Em segundo lugar, afirmar que os tribunais, sempre que possível, não devem fornecer uma decisão última em casos difíceis onde existe forte divergência política e moral, acarreta justamente a manutenção das divergências políticas e a possibilidade de que sejam decididas nos fóruns adequados. Tribunais devem evitar decidir certas questões exatamente para preservar a divergência política. Em terceiro lugar, a modéstia recomendada não implica cegueira face ao arbítrio, pois quando é o processo de deliberação política que está em jogo, quando a não intervenção judicial pode resultar na destruição do processo político democrático, então o apoio em argumentos políticos e morais mais ousados, ainda que controversos, torna-se o mal menor.⁴⁶ Endossar virtudes passivas para o tribunal não é um mandamento que autoriza perpetuar injustiças.⁴⁷

6. O CONTEÚDO DO “MINIMALISMO”.

O elemento substancial do minimalismo consiste no objetivo de promover o bom funcionamento dos pré-requisitos de uma “democracia deliberativa”⁴⁸. Quanto a isto pode-se objetar que então o aspecto “substancial” do minimalismo contradiz seu aspecto “formal”, já que pretende apoiar-se justamente em elaborações teóricas “amplas” e “profundas”, como são as abordagens sobre a democracia deliberativa. O espaço deste artigo não permite considerar este tópico com a merecida atenção, no entanto pode-se observar que o minimalismo não estabelece uma preferência teórica específica, adotando uma versão específica deste importante tópico de discussão da filosofia política contemporânea. Ele apenas pretende que nos Estados Democráticos de Direito, resguardadas as inúmeras peculiaridades institucionais, atividade legislativa cabe prioritariamente (quando não exclusivamente) às instâncias parlamentares, cuja composição é pluripartidária e cobre um amplo espectro de categorias, classes sociais,

⁴⁶ Cf. SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**, p. 59.

⁴⁷ SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time**, p. 40. O clássico exemplo é a anteriormente mencionada decisão em *Brown vs. Board of Education of Topeka*.

⁴⁸ Para um tratamento filosófico do tema Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**, 2 vols., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. ELSTER, Jon (org). **Deliberative Democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

grupos étnicos etc. Se o desenho constitucional atribui a competência para legislar ao parlamento, sempre profundamente dividido entre partidos de um modo que o executivo e o judiciário não poderiam ser, então esta é uma boa razão em favor de um modelo de interpretação judicial cujo objetivo é promover a deliberação pública na sociedade e nos parlamentos sem ocupar imediatamente seu lugar. De todo modo, este é o fundamento normativo da perspectiva minimalista: a “moralidade interna da democracia”. E a tarefa é cumprida em parte ao deixar em aberto as questões morais e políticas fundamentais, de modo que o público tenha ao menos a possibilidade de intervenção e decisão.

Este aspecto “substancial” do minimalismo impõe uma certa direção ao uso dos ATI recomendado pelo aspecto “formal”. Em relação à pretensão de fornecer fundamentos de “efeitos limitados” (decidir um caso de cada vez) a preocupação do tribunal em não estender os argumentos especiais usados neste caso para outras hipóteses futuras de aplicação é útil ao objetivo de não obstruir o funcionamento dos procedimentos políticos deliberativos parlamentares. Assim, por exemplo, deve-se evitar posturas como a adotada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão que sustenta ser vedado ao parlamento deliberar e promulgar nova legislação cujo conteúdo o tribunal já tenha entendido tratar-se de matéria inconstitucional.⁴⁹ Tal decisão impede que o parlamento volte a rever prognósticos e avaliar conseqüências econômicas e políticas sobre assuntos cuja natureza e dimensão simplesmente estão humanamente fora de qualquer possibilidade de domínio pelos membros do tribunal. Assim, a postura recomendada sobre este tema seria a adotada no passado recente pelo STF, permitindo ao legislativo manifestar-se novamente sobre matéria sobre a qual o tribunal já se pronunciou.⁵⁰ Entre outros, os seguintes princípios exemplificam a postura minimalista, que recomendam ao judiciário:

- 1) “invalidar leis vagas precisamente porque elas permitem que funcionários da administração pública, ao invés de representantes eleitos, determinem o conteúdo do direito.”
- 2) “utilizar a doutrina da «não delegação» [nondelegation doctrine] para exigir o juízo do poder legislativo ao invés do poder executivo”

⁴⁹ Cf. SCHWABE, Jürgen (org.). Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2003, p.10.

⁵⁰ “A instauração do controle normativo abstrato perante o Supremo Tribunal Federal não impede que o Estado venha a dispor, em novo ato legislativo, sobre a mesma matéria versada nos atos estatais impugnados, especialmente quando o conteúdo material da nova lei implicar tratamento jurídico diverso daquele resultante das normas questionadas na ação direta de inconstitucionalidade” BRASIL. STF. Rcl. nº 467.

3) “invocar a doutrina da desuetude, a qual proíbe o uso de leis muito antigas que carecem de apoio público atual, para exigir maior apoio pela via da *accountability* e deliberação”

4) “exigir que a discriminação seja justificada por referencia a propósitos atuais ao invés de meramente hipotéticos, mantendo aberta assim a questão se justificações seriam adequadas no momento em que oferecidas e fundamentadas de modo persuasivo na política.”

5) “tentar assegurar que todas as decisões sejam apoiadas por justificações aceitáveis publicamente ao invés do resultado exclusivo de posições poder e auto-interesse; (...).⁵¹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os limites deste trabalho não permitem prestar a devida consideração aos inúmeros problemas que a perspectiva minimalista pode apresentar. Em todo caso, mesmo numa exposição extremamente sucinta do debate, é possível perceber que duas questões carecem de um desenvolvimento rigoroso: (i) a relação entre os fundamentos teoricamente densos e politicamente controversos do aspecto substancial da perspectiva minimalista (a democracia deliberativa) e as exigências que seu aspecto formal apresenta (ATI); e (ii) a aplicação rigorosa dos princípios interpretativos apresentados no tópico anterior a casos da jurisprudência constitucional brasileira. No entanto, como o objetivo foi apenas apresentar uma contribuição recente a um velho problema, creio que é possível terminar esta exposição mencionando uma última questão: se o caráter “limitado” e “superficial” das decisões é uma presunção e não um dogma, como seria possível saber quando é desejável a dotar uma postura francamente “ativista”?

Certamente não seria possível uma resposta que solucionasse em definitivo este problema. Em todo caso algumas considerações gerais podem ser adiantadas. Segundo Sunstein, existem algumas hipóteses nas quais pode ser recomendável uma construção de argumentos apoiados em princípios mais amplos e abstratos, especialmente nos casos seguintes⁵²: (i) Quando alguma solução mais ampla pode reduzir os custos da incerteza da decisão para o próprio tribunal e para as partes litigantes; quando é necessário estabelecer condições para o planejamento prévio, capaz de fornecer segurança jurídica e previsibilidade aos atores na sociedade de um modo geral; quando a falta de decisões claras podem privar cidadãos de um suporte sólido para atuarem democraticamente. Além disso (ii) Quando uma postura mais ativista promove objetivos democráticos, ativando pré-condições essenciais ao funcionamento da democracia deliberativa. A decisão da corte estadunidense no caso *Brown versus Board of Education* é certamente

⁵¹ SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time**, p. 27.

⁵² SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time**, p. 57.

o exemplo mais adequado. Já as características que tornam recomendável uma postura mais modesta são as seguintes: (i) a situação na qual o tribunal deve decidir é de grande incerteza sobre aspectos fundamentais das normas, especialmente constitucionais, ou de rápida mudança e instabilidade social; (ii) qualquer solução mais ampla parece acarretar grandes incertezas para casos futuros; (iii) quando não há alguma necessidade urgente de estabelecer critérios públicos e seguros de planejamento para o futuro; (iv) Quando as pré-condições da deliberação democrática não estão em jogo e os objetivos democráticos dificilmente serão promovidos por um juízo mais ousado.⁵³ Considerações como estas são certamente bastante plausíveis. Porém, elas são respostas satisfatórias aos problemas surgidos no debate?

As críticas à idealização das virtudes institucionais do poder judiciário levantadas por autores como Sunstein, Maus e Waldron (guardadas as inúmeras diferenças entre suas perspectivas) são merecedoras de uma avaliação rigorosa, ao menos de uma atenção bastante superior à que tem sido prestada pela média da teoria jurídica nacional. No entanto, é certo também que as perspectivas “majoritária” e “minimalista” apoiam-se em teses morais em nada consensuais, seja no meio acadêmico seja na sociedade de modo mais geral. Duas questões particularmente chamam a atenção. Em primeiro lugar, quanto aos limites teóricos da atividade jurisprudencial, Dworkin observa que é apenas no exercício da jurisdição que se torna razoavelmente claro a dimensão de abstração da reflexão teórica a que devem dedicar-se. Em outras palavras, os juristas não dispõem de uma metodologia que permita estabelecer, com antecedência, o instante em que a reflexão teórica deve ser interrompida, pouco importa o quão inconclusiva tenha sido até então.⁵⁴ Em segundo lugar, por motivos idênticos, as próprias premissas em que se apoia o minimalismo (seu aspecto substancial, a “moralidade interna da democracia”), bem como os critérios apresentados para distinguir as hipóteses nas quais o “ativismo” ou a “moderação” seriam recomendadas, demandam uma justificativa que recorrerá a conceitos moralmente controversos, tais como os que sustentam o papel da deliberação política como critério para avaliar a

⁵³ SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time**, p. 57

⁵⁴ DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 69. Esta objeção de Dworkin é particularmente forte diante de afirmações como a seguinte, já citadas anteriormente: “Se os juízes podem concordar com uma teoria de nível elevado (de abstração), e se é possível demonstrar que a teoria é boa, a aceitação judicial de tal teoria é bem menos problemática, sendo uma ocasião para sua celebração. Quem poderia recusar a adoção judicial do que é hipoteticamente uma boa teoria?” SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**, p. 56.

qualidade do processo democrático. Também aqui não é possível dispor de uma metodologia capaz de estipular, com total antecedência dos casos concretos, quais são os critérios objetivos para avaliar a qualidade da deliberação democrática. Ainda mais difícil seria dispor de tais critérios normativos evitando o tortuoso caminho das disputas filosóficas morais e políticas. Assim, tal debate é tão relevante quanto inacabado, sendo necessário desenvolvê-lo especialmente em duas direções complementares para compreender adequadamente: (i) as limitações institucionais do poder judiciário para empreender raciocínios ousados teórica e politicamente; e (ii) os fundamentos morais e políticos capazes de sustentar as posturas “minimalistas”.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <https://www.planalto.gov.br>, acesso em 15/01/2007
- DONOHUE, Brian. **Judicial Hegemony: Dworkin's Freedom's Law and the Spectrum of Constitutional Democracies**. Ratio Juris, vol. 15, nº 3, 2002 (267-282)
- DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: the moral reading of the american constitution**. New York: Harvard University Press, 1997
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006
- ELSTER, Jon (org). **Deliberative Democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- ELY, John Hart. **Democracy and Distrust**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.
- EUA. **Constitution for the United States of América** (1787). Disponível em <http://www.constitution.org>, acesso em 10/04/2006
- FREEMAN, Samuel. *Democracia e Controle Jurídico da Constitucionalidade*, in **Lua Nova**. Nº 32, 1994.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**, 2 vols. Trad. Flávio Beno Siebeneicheler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- MAUS, Ingeborg. **Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. Novos Estudos CEBRAP, nº 58, Novembro 2000 (183-202)
- MICHELMAN, Frank. **Brenan and Democracy**. New York: Princeton University Press, 2001
- SCHWABE, Jürgen (org.). *Cinquenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2003.
- SCHWARTZ, B. **Direito Constitucional Americano**. Rio de Janeiro: Forense, 1966
- SOKAL, Alan. BRICMONT, Jean. **Imposturas Intelectuais**. Trad. Max Altman. Rio de Janeiro: Record, 1999.
- SOARES, Guilherme. **Os Direitos, Os Juízes, O Povo: a cláusula pétrea dos direitos e das garantias individuais e o controle judicial de constitucionalidade das emendas à Constituição de 1988**. Tese de Doutorado. Curso de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2006. disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/Os%20direitos,%20os%20juizes.pdf>. Acesso em 15/10/06
- SUNSTEIN, Cass. **Designing Democracy: what Constitutions do?** New York: Oxford University Press, 2001.
- SUNSTEIN, Cass. **Designing Democracy: what Constitutions Do?** Nova York: OUP, 2001.
- SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**. New York: Oxford University Press, 1996,

SUNSTEIN, Cass. **One Case at Time: judicial minimalism ont the supreme court.** Cambridge: Oxford University Press, 1999

SUNSTEIN, Cass. Practical Reason and Incompletely Theorized Agreements. In FREEMAN, M. D. A. (org.). **Legal Theory at the End of the Millennium.** Current Legal Problems 1998, vol. 51. Londres: OUP, 1998.

SUNSTEIN, Cass. **Radicals in Robes: why extreme Right-wing courts are wrong for américa,** New York: Basic Books, 2005

SUNSTEIN, Cass. **Radicals in Robes: why extreme Right-wing courts are wrong for américa,** New York: Basic Books, 2005.

THAYER, James B. *The Origin and Scope of The American Doctrine of Constitutional Law,* **Havard Law Review**, vol. 7, n° 3 (1893).

TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law.**3ª ed. Vol. 1. New York: Foudations Press, 2000.

TUSHNET, Mark. *Democracy Versus Judicial Review.* **Dissent**, vol. 41, 2005. Disponível em «<http://www.dissentmagazine.org/article/?article=248>», acesso em 25 março de 2006.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away From the Court.** PUP: Princenton, 1999.

WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação.** Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement.** Clarendon Press: Oxford, 1999.

ÍNDICE DE CASOS.

BRASIL, República Federativa do. Supremo Tribunal Federal. ADI 939/94

BRASIL, República Federativa do. Supremo Tribunal Federal. HC 69.657-1-SP (1992)

BRASIL, República Federativa do. Supremo Tribunal Federal. Rcl. n° 467.

BRASIL, República Federativa do. Supremo Tribunal Federal. RE 20.954-3-CE (1996)

BRASIL, República Federativa do. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.685/96.

EUA. Corte Suprema. *Brown vs. Board of Education of Topeka* (374 U.S. 483 [1954])

EUA. Corte Suprema. *Lochner vs. New York* (1485 U.S. 45 [1905]), julgando

EUA. Corte Suprema. *Plessy vs. Fergunson* (163 U.S. 537 [1896])

EUA. Corte Suprema. *West Coast Hotel Co. vs. Parrish* (300 U.S. 397 [1937])