

UNIVERSIDADE FUMEC
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE - FCH
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO

BRUNO PAIVA BERNARDES

**CONJECTURAS SOBRE A APLICAÇÃO DO MINIMALISMO
JUDICIAL AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E
SUA DEMOCRATICIDADE JURÍDICA**

Belo Horizonte

2019

BRUNO PAIVA BERNARDES

**CONJECTURAS SOBRE A APLICAÇÃO DO MINIMALISMO
JUDICIAL AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E
SUA DEMOCRATICIDADE JURÍDICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade FUMEC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia. Linha de pesquisa: Esfera pública, legitimidade e controle (Direito Público).

Orientador: Prof. Dr. Luís Carlos Balbino Gambogi

Coorientador: Prof. Dr. André Cordeiro Leal

Belo Horizonte

2019

Bernardes, Bruno Paiva.
B522c Conjecturas sobre a aplicação do minimalismo judicial ao ordenamento jurídico brasileiro e sua democraticidade jurídica. / Bruno Paiva Bernardes. – Belo Horizonte, 2019.

92 f.; 30 cm.

Orientador: Luís Carlos Balbino Gambogi.
Coorientador: André Cordeiro Leal
Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde.

Inclui bibliografia.

1. Poder judiciário e questões políticas.
2. Democracia deliberativa. 3. Sunstein, Cass R.
I. Gambogi, Luís Carlos Balbino. II. Universidade FUMEC.
Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde. III. Título.

CDU: 340.13



AVALIAÇÃO FINAL DA DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE
MESTRADO

BANCA EXAMINADORA:

ASSINATURAS:

Prof. Dr. Luís Carlos Balbino Gambogi _____

Prof. Dr. André Cordeiro Leal _____

Prof. Dr. Mário Lúcio Quintão Soares _____

Prof. Dr. Sérgio Henrique Zandona Freitas _____

MESTRANDO: BRUNO PAIVA BERNARDES

TÍTULO DA DISSERTAÇÃO:

“CONJECTURAS SOBRE A APLICAÇÃO DO MINIMALISMO JUDICIAL AO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E SUA DEMOCRATICIDADE JURÍDICA”

RESULTADO FINAL: _____

Aprovado com Distinção

Data da Defesa: 1º/02/2019

Com amor, para o meu filho, Gabriel,
com a certeza de que o estudo
transforma as pessoas.

AGRADECIMENTOS

Ao meu filho, Gabriel, e à minha esposa, Sandra, pelo amor e união, em todos os momentos, por representarem o sentido da minha vida, por compreenderem minhas ausências, pelo apoio, inclusive nas incontáveis vezes que, pacientemente, leram, ouviram e consideraram minhas conjecturas, e por me incentivarem, todos os dias, a sonhar sonhos ambiciosos.

Aos meus pais, Isis e Gilson, pelo amor, pelo exemplo de trabalho e dedicação à família, e por acreditarem nas minhas capacidades quando hesitei. Aos meus irmãos, Diego e Samuel, pelo amor e pelo exemplo de perseverança e retidão.

Ao Professor Dr. Luís Carlos Balbino Gambogi, pela rica e cuidadosa orientação, indispensável para que essa pesquisa se materializasse, pelas críticas, observações e provocações, tão profundas quanto sutis e cirúrgicas, pelo vasto conhecimento transmitido nas brilhantes aulas, pela paciência, pelo exemplo de sabedoria, humildade, ponderação e sensatez, e pela confiança depositada.

Ao Professor Dr. André Cordeiro Leal, pela zelosa coorientação, pela atenção, cordialidade e respeito, pela confiança creditada no desempenho das atividades acadêmicas, e pelas intensas aulas, que, entre teorias e conjecturas, me fizeram enxergar muito além das minhas capacidades.

Ao Professor Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas, pelas relevantíssimas contribuições acadêmicas, imprescindíveis para essa dissertação, pela condução abnegada e altruísta dos meus passos dentro do Programa, pela amizade, pelo exemplo de dedicação e trabalho *sem limites*, espelho para todos nós, mestrandos ou professores.

Ao Professor Dr. César Augusto de Castro Fiúza e à Professora Dra. Maria Tereza Fonseca Dias, pelo brilhante trabalho à frente da Coordenação do Programa, responsável pelo sucesso do Mestrado em Direito e, sobretudo, pela confiança depositada nas tarefas que desempenhei como bolsista no Núcleo de Pesquisa do PPGD.

Aos professores Dr. Carlos Victor Muzzi Filho, Dr. Frederico de Andrade Gabrich, Dra. Helena Colodetti Gonçalves Silveira, Dr. Eduardo Martins de Lima, pelos ensinamentos e pela rica convivência acadêmica.

Aos demais professores do Programa, Dr. Alexandre Bueno Cateb, Dr. Antônio Carlos Diniz Murta, Dr. Daniel Rivorêdo Vilas Boas, Dr. Rafael Frattari Bonito e Dr. Sérgio Mendes Botrel Coutinho, pela seriedade, compromisso e por elevarem, constantemente, o nome do Programa.

Ao Prof. Dr. Mário Lúcio Quintão Soares, por proporcionar-me a honra de tê-lo como examinador na defesa do trabalho, enriquecendo-o com suas contribuições acadêmicas.

À Secretária do Programa, Cláudia Márcia Magalhães, pela sensibilidade e atenção com todos – alunos, professores e público externo –, por mover montanhas, silenciosamente, todos os dias, por ser diretamente responsável pelo sucesso do Mestrado em Direito da Universidade FUMEC e, acima de tudo, pelo privilégio de ser seu amigo.

Aos membros do Colegiado do Programa e aos colegas do Núcleo de Pesquisa do PPGD, pelo respeito e privilégio do trabalho em conjunto.

Aos meus colegas de Mestrado, pela interlocução acadêmica, parceria, pelos momentos de descontração e pela confiança no desempenho das funções de representante discente junto ao Colegiado do Programa.

Aos meus alunos, da graduação e pós-graduação que, presencial ou virtualmente, impulsionam e justificam os meus estudos.

Arre, estou farto de semideuses!

Fernando Pessoa

RESUMO

O presente trabalho tem como temática o minimalismo judicial de Cass Sunstein, abordagem hermenêutica identificada no âmbito das decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, caracterizada pelo foco nas particularidades dos casos, pela limitação dos argumentos ao núcleo indispensável à solução das controvérsias, e pelas dimensões da estreiteza e superficialidade. Como problema de pesquisa, o trabalho indaga quais seriam as virtudes e as objeções teóricas ao minimalismo, analisando suas características e estrutura conceitual, buscando identificar se se trata de abordagem compatível com o paradigma do Estado Democrático de Direito e com o ordenamento jurídico brasileiro. Como hipótese, afirma-se que a limitação na teorização dos argumentos macula o consenso e hipertrofia a figura do juiz, exigindo-se a reconfiguração do minimalismo. Justifica-se o trabalho pela necessidade de se analisar criticamente a compatibilidade do minimalismo com o Estado Democrático de Direito, haja vista o aparente déficit de discursividade e pelo risco de sua importação indevida. O objetivo geral é elaborar uma análise crítica do minimalismo judicial a partir de suas virtudes e objeções, além de investigar se sua aplicação é possível em ordenamentos jurídicos fundados no paradigma do Estado Democrático de Direito ou se, para isso, exige-se revisão. São objetivos específicos: (a) analisar as características e a estrutura conceitual do minimalismo judicial, a saber, os acordos não totalmente teorizados, o conservadorismo político de Edmund Burke e o ideal de democracia deliberativa; (b) na análise dessas características e estrutura conceitual, identificar concepções distintas e antagônicas ao minimalismo; (c) demonstrar as virtudes na aplicação do minimalismo judicial a partir das incongruências do sistema de precedentes do Direito Processual Civil brasileiro; (d) identificar quais objeções teóricas incidem sobre o minimalismo e em que medida comprometem tal concepção; e, se necessário, (e) reconfigurar o minimalismo judicial a partir de bases teóricas adequadas ao paradigma do Estado Democrático de Direito e compatíveis com os princípios do devido processo legal, da isonomia, do contraditório e da ampla defesa. Além do minimalismo judicial de Cass Sunstein, marco teórico principal, a pesquisa adota como marcos teóricos convergentes: as definições de paradigmas jurídicos de Menelick de Carvalho Netto; o conceito de falseabilidade, o problema da indução e a crítica ao psicologismo de Karl Popper; a teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas. Quanto aos demais aspectos metodológicos, o trabalho se desenvolve na vertente jurídico-sociológica, adotando como raciocínio predominante o hipotético-dedutivo. Foi desenvolvido a partir de pesquisa bibliográfica estrangeira e nacional, e é de perspectiva interdisciplinar, pois conjuga

Filosofia do Direito, Teoria do Direito, Hermenêutica Jurídica, Direito Processual e Direito Constitucional. O trabalho conclui confirmando a hipótese, demonstrando a necessidade de reconfiguração do minimalismo judicial a partir de marco teórico que viabilize o consenso em bases legítimas, caracterizadas pela intersubjetividade e pela discursividade. Por fim, a partir da teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas, foram apresentadas as linhas embrionárias do minimalismo procedimental democrático, esboço teórico que coloca as partes, simultaneamente, como criadoras e destinatárias do consenso minimalista.

Palavras-chave: Minimalismo judicial. Cass Sunstein. Acordos não totalmente teorizados. Conservadorismo político. Edmund Burke. Democracia deliberativa. Minimalismo procedimental democrático.

ABSTRACT

The present work has as its theme the Cass Sunstein's judicial minimalism, a hermeneutical approach identified within the Supreme Court decisions of the United States, characterized by the focus on the particularities of the cases, the limitation of arguments to the nucleus indispensable to the solution of the controversies, and the dimensions of narrowness and shallowness. As a research problem, the work investigates the virtues and theoretical objections to minimalism, analyzing its characteristics and conceptual structure, trying to identify if it is an approach compatible with the paradigm of the Democratic State of Law and with the Brazilian legal system. As a hypothesis, it states that the limitation in the theorization of arguments undermines consensus and hypertrophy the figure of the judge, requiring the reconfiguration of minimalism. The work is justified by the need to critically analyze the compatibility of minimalism with the Democratic State of Law, given the apparent lack of discursiveness and the risk of its undue importation. The general objective is to elaborate a critical analysis of judicial minimalism based on its virtues and objections, as well as to investigate whether its application is possible in systems based on the paradigm of the Democratic State of Law or if, for this, revision is required. There are specific objectives: (a) to analyze the characteristics and conceptual structure of judicial minimalism, namely the incompletely theorized agreements, the political conservatism of Edmund Burke and the ideal of deliberative democracy; (b) in the analysis of these characteristics and conceptual structure, to identify distinct and antagonistic conceptions of minimalism; (c) demonstrate the virtues in the application of judicial minimalism based on the inconsistencies of the doctrine of precedents of Brazilian procedural civil law; (d) identify which theoretical objections focus on minimalism and to what extent they compromise such a conception; and, if necessary, (e) reconfiguring judicial minimalism based on theoretical bases adequate to the paradigm of the Democratic State of Law and compatible with the principles of due process of law, isonomy, contradictory and full defense. In addition to the judicial minimalism of Cass Sunstein, the main theoretical framework, the research adopts as convergent theoretical frameworks: the definitions of legal paradigms of Menelick de Carvalho Netto; the concept of falsifiability, the problem of induction, and Karl Popper's critique of psychologism; the theory of communicative action by Jürgen Habermas. As for the other methodological aspects, the work develops in the juridical-sociological aspect, adopting mainly the hypothetical-deductive reasoning. It was developed from a foreign and national bibliographical research, and is from an interdisciplinary perspective, since it combines Philosophy of Law, Jurisprudence,

Hermeneutics, Procedural Law and Constitutional Law. The work concludes by confirming the hypothesis, demonstrating the need to reconfigure judicial minimalism from a theoretical framework that enables consensus on a legitimate basis, characterized by intersubjectivity and discursiveness. Finally, from the theory of communicative action of Jürgen Habermas, the embryonic lines of democratic procedural minimalism were presented, a theoretical outline that simultaneously places the parties as creators and recipients of minimalist consensus.

Keywords: Judicial Minimalism. Cass Sunstein. Incompletely theorized agreements. Political conservatism. Edmund Burke. Deliberative democracy. Democratic procedural minimalism.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 CARACTERÍSTICAS E ESTRUTURA CONCEITUAL DO MINIMALISMO JUDICIAL DE CASS SUNSTEIN	17
2.1 OS ACORDOS NÃO TOTALMENTE TEORIZADOS	20
2.2 O CONSERVADORISMO POLÍTICO DE EDMUND BURKE.....	25
2.3 O IDEAL DE DEMOCRACIA DELIBERATIVA.....	27
2.4 DISTINÇÕES E ANTAGONISMOS	30
2.4.1 Minimalismo e maximalismo.....	30
2.4.2 Minimalismo, originalismo e fundamentalismo.....	31
2.4.3 As <i>personae</i> constitucionais.....	32
2.4.3.1 <i>Os heróis</i>	33
2.4.3.2 <i>Os soldados</i>	38
2.4.3.3 <i>Os mudos</i>	39
3 O MINIMALISMO JUDICIAL COMO ALTERNATIVA HERMENÊUTICA AO SISTEMA DE PRECEDENTES DO BRASIL	41
3.1 O MINIMALISMO JUDICIAL E A OBSCURIDADE ENTRE <i>RATIO DECIDENDI</i> E <i>OBITER DICTUM</i>	47
3.2 O MINIMALISMO, DISTINÇÃO E SUPERANÇA DOS PRECEDENTES.....	50
4 OBJEÇÕES TEÓRICAS AO MINIMALISMO JUDICIAL DE CASS SUNSTEIN ...	53
4.1 MINIMALISMO JUDICIAL E O RESGATE PARCIAL DOS PARADIGMAS DE DIREITO SUPERADOS.....	54
4.2 O PROBLEMA DO RACIOCÍNIO INDUTIVO.....	62

4.3 O PROBLEMA DO CONSERVADORISMO POLÍTICO	68
5 RECONFIGURANDO O MINIMALISMO JUDICIAL DE CASS SUNSTEIN: O MINIMALISMO PROCEDIMENTAL DEMOCRÁTICO	75
6 CONCLUSÃO.....	82
REFERÊNCIAS	86

1 INTRODUÇÃO

Nascido em 1954, Cass Sunstein é um dos juristas que mais enriquecem o debate jurídico nos Estados Unidos atualmente. Lecionou na Universidade de Chicago de 1981 a 2008 e atualmente é professor na Harvard Law School, onde fundou e dirige o Programa de Economia Comportamental e de Políticas Públicas. De 2009 a 2012 chefiou o Gabinete de Informação e Assuntos Regulatórios da Casa Branca (HARVARD LAW SCHOOL, 2016). É autor de vasta bibliografia, sensivelmente incrementada a partir da década de 1990. Dados indicam que Sunstein foi o jurista mais citado nos Estados Unidos no período de 2009 e 2013 (LEITER, 2014). Com ampla área de interesse – incluindo o Direito Constitucional, o Direito Administrativo, a Hermenêutica Jurídica, a Filosofia do Direito, a Teoria do Direito, além das relações entre Direito e Economia, inclusive o âmbito da Economia Comportamental –, suas abordagens ancoram-se em aspectos filosóficos, hermenêuticos e comportamentais, sem se desgarrar do pragmatismo marcante da *Common Law*¹.

Prova da amplitude de suas teorizações é a estruturação do que denominou *minimalismo judicial*, temática desta dissertação. Trata-se de abordagem hermenêutica identificada pelo autor na cena constitucional norte-americana, em particular, no âmbito das decisões de sua Suprema Corte a partir dos anos 1990 (SUNSTEIN, 1999, p. xi), e caracterizada pelo foco nas particularidades dos casos e pela limitação dos argumentos ao núcleo minimamente indispensável à solução das controvérsias, que ocorre em duas dimensões: a da estreiteza e a da superficialidade.

Nesse contexto temático, o trabalho busca indagar, como problema de pesquisa, quais seriam as virtudes, bem como as objeções teóricas ao minimalismo judicial de Cass Sunstein, marco teórico central do trabalho, analisando suas características e estrutura conceitual, na tentativa de identificar se se trata de alternativa hermenêutica compatível com o paradigma do Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro.

Como hipótese, afirma-se que, apesar de o minimalismo judicial de Cass Sunstein demonstrar a capacidade de enfrentar problemas pontuais, inclusive no Brasil, e de ter se originado em país de tradição democrática (Estados Unidos), a limitação na teorização dos argumentos macula o consenso e hipertrofia a figura do juiz, exigindo-se a reconfiguração de

¹ Os termos *Common Law* e *Civil Law* foram empregados no feminino na intenção de explicitar o sentido de “família” ou “tradição” jurídicas, reservando-se o termo “sistema” para conceitos mais fechados, como “sistema de precedentes”. Sobre o emprego dos termos “família” ou “tradição” ante os designativos *Common Law* e *Civil Law*, vide capítulo três.

tal concepção para sua aplicação em bases discursivas, próprias de ordenamentos democráticos caracterizados pelos princípios processuais constitucionais do devido processo legal, da isonomia, do contraditório e da ampla defesa, tal como é o ordenamento jurídico brasileiro.

Justifica-se a pertinência do trabalho científico, primeiro, pela necessidade de se analisar criticamente a compatibilidade do minimalismo judicial com o Estado Democrático de Direito, haja vista o aparente déficit de discursividade levantado na hipótese de pesquisa, o que elevaria, em segundo plano, o risco de importação, pelo ordenamento jurídico brasileiro, de tal concepção, fruto primordialmente da observação de decisões da *Common Law*.

O objetivo geral do trabalho, portanto, é elaborar uma análise crítica do minimalismo judicial, a partir de suas virtudes e objeções, além de investigar se sua aplicação é diretamente possível em ordenamentos jurídicos fundados no paradigma do Estado Democrático de Direito ou se, para isso, o modelo minimalista exige revisão teórica.

São objetivos específicos da pesquisa: (a) analisar as características e a estrutura conceitual do minimalismo judicial de Cass Sunstein, a saber, os acordos não totalmente teorizados, o conservadorismo político de Edmund Burke e o ideal de democracia deliberativa; (b) na análise dessas características e estrutura conceitual, identificar concepções distintas e antagônicas ao minimalismo; (c) demonstrar as virtudes na aplicação do minimalismo judicial a partir das incongruências do sistema de precedentes do Direito Processual Civil brasileiro; (d) identificar quais objeções teóricas incidem sobre o minimalismo judicial e em que medida elas comprometem tal concepção; e, se necessário, (e) reconfigurar o minimalismo judicial a partir de bases teóricas adequadas ao paradigma do Estado Democrático de Direito e compatíveis com os princípios do devido processo legal, da isonomia, do contraditório e da ampla defesa.

O desenvolvimento do trabalho estrutura-se em quatro capítulos, seguidos de conclusão. No capítulo dois, inicialmente, a estrutura conceitual do minimalismo judicial de Cass Sunstein é detalhada, começando pelos *acordos não totalmente teorizados*, traço distintivo do pensamento do autor, não apenas no que tange ao minimalismo. Em seguida, o trabalho recupera a influência de marco teórico recorrente nas obras de Cass Sunstein – o conservadorismo político de Edmund Burke, filósofo e político irlandês. Na sequência, o capítulo detalha o terceiro pilar da estrutura conceitual do minimalismo de Cass Sunstein: o ideal de democracia deliberativa. O capítulo encerra trazendo algumas concepções distintas e antagônicas ao minimalismo judicial: o maximalismo; o originalismo e sua base fundamentalista; e, por fim, as *personae* constitucionais – os heróis, os soldados, os mudos –

que juntas aos minimalistas, segundo Cass Sunstein, são representações de juízes nos mais diversos sistemas jurídicos de todo o mundo.

O capítulo três põe-se a analisar algumas das virtudes na aplicação do minimalismo judicial, tendo como foco as incongruências do sistema de precedentes no Direito Processual Civil brasileiro. A análise parte das distorções no conceito de precedentes do Direito Processual Civil do Brasil, apontando como o minimalismo judicial auxilia na tarefa de diferenciação entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, reduzindo o risco de engessamento das teses jurisprudenciais por meio dos institutos do *distinguish* e do *overruling*, respectivamente, a distinção e a superação dos precedentes.

Já o capítulo quatro busca identificar as objeções teóricas ao minimalismo judicial de Cass Sunstein, iniciando pelo resgate parcial de aspectos controvertidos dos paradigmas de direito superados – o Pré-moderno, o do Estado Liberal e o do Estado Social, a partir das definições de Menelick de Carvalho Netto (2004). Na sequência, investiga o problema do raciocínio indutivo, marca do minimalismo de Sunstein, tendo como referencial teórico específico os conceitos de *falseabilidade*, o *problema da indução*, além da crítica ao *psicologismo*, todos elaborados por Karl Popper (2006), demonstrando como a indução é fomentada na elaboração de Cass Sunstein, ampliando o poder criativo do juiz minimalista, reforçando o papel da autoridade, limitando a participação das partes, ferindo os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, contrariando a lógica do conhecimento e comprometendo a sua configuração como teoria. Por fim, o capítulo identifica os pontos obscuros na adoção acrítica, pelo minimalismo judicial de Cass Sunstein, do conservadorismo político de Edmund Burke (2014), demonstrando de que modo as controvérsias do pensador irlandês comprometem o modelo minimalista.

Confrontando as críticas e as virtudes do minimalismo judicial, o capítulo cinco encerra o desenvolvimento do trabalho e, a partir da teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas (1989a, 1989b, 1997) – marco teórico específico do capítulo e que propicia, por meio da intersubjetividade e do princípio do discurso, a neutralização das objeções ao minimalismo judicial de Cass Sunstein –, propõe as bases iniciais e pretensamente legítimas para a sua reconfiguração em um **minimalismo procedimental democrático**.

Além do minimalismo judicial de Cass Sunstein, marco teórico principal do trabalho, a pesquisa adota marcos teóricos convergentes (GUSTIN; DIAS, 2015, p. 39) no seu desenvolvimento, a saber: as definições de paradigmas jurídicos de Menelick de Carvalho Netto (2004); o conceito de *falseabilidade*, o *problema da indução* e a crítica ao

psicologismo, elaborados por Karl Popper (2006); e, por fim, a teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas (1989a, 1989b, 1997).

Quanto aos demais aspectos metodológicos, o trabalho se desenvolve na vertente jurídico-sociológica (GUSTIN; DIAS, 2015, p. 21), adotando como raciocínio predominante o hipotético-dedutivo. Quanto à normalização, a dissertação seguiu as diretrizes das “Normas para redação de trabalhos acadêmicos, dissertações e teses” da Universidade FUMEC (OLIVEIRA; CORRÊA, 2008), acrescidas das alterações e atualizações contidas na segunda edição da NBR 6023 (ASSOCIAÇÃO..., 2018). O trabalho, ainda, foi desenvolvido a partir de pesquisa bibliográfica estrangeira e nacional, e é de perspectiva interdisciplinar, pois conjuga Filosofia do Direito, Teoria do Direito, Hermenêutica Jurídica, Direito Processual e Direito Constitucional; tem como dados primários a legislação e, como dados secundários, as doutrinas referentes à temática, em especial, as obras de Cass Sunstein referenciadas, além das outras ligadas aos demais marcos teóricos citados acima.

2 CARACTERÍSTICAS E ESTRUTURA CONCEITUAL DO MINIMALISMO JUDICIAL DE CASS SUNSTEIN

Atento ao que Cass Sunstein apresenta, sobretudo nas obras *One case at a time* (SUNSTEIN, 1999), *Radical in robes* (SUNSTEIN, 2005) e *Constitutional Personae* (SUNSTEIN, 2015), o minimalismo judicial pode ser compreendido como o recurso hermenêutico do processo decisório que, aliando as ideias de estreiteza e superficialidade, restringe o âmbito de incidência da decisão ao efetivamente indispensável à solução do caso concreto, limitando a utilização de teorias ou abordagens abstratas.

Nas primeiras linhas de *One case at a time*, Sunstein afirma que o qualificativo “minimalista” é usado para se referir a “[...] juízes que procuram evitar regras gerais e teorias abstratas, e tentam concentrar-se apenas no necessário para solução de disputas específicas” (SUNSTEIN, 1999, p. 9, tradução nossa)². Do ponto de vista da estrutura teórica do minimalismo essa afirmação é emblemática, por configurar o seu espaço de caracterização, composto de duas dimensões: a da estreiteza e a da superficialidade.

A dimensão da estreiteza demonstra que os juízes ou tribunais, ao decidirem, devem se restringir ao caso em exame, quer faticamente, quer juridicamente, preferindo “[...] estreiteza à extensão” (SUNSTEIN, 2015, p. 16, tradução nossa)³. Esse propósito que pode ser captado na afirmação do *Chief Justice*⁴ Roberts, *in verbis*: “[...] se não é necessário decidir mais, é necessário não mais decidir [...]” (ESTADOS UNIDOS, 2004, tradução nossa)⁵.

Delimita-se, desse modo, o alcance da decisão, impossibilitando que ela venha abarcar outros casos, exceto no ponto em que eventualmente se tocam ou, ainda, caso os juízes, pela natureza do processo decisório, sejam obrigados a isso (SUNSTEIN, 1999, p. 10). A estreiteza, no minimalismo judicial de Sunstein (1999, p. 10), é uma dimensão sempre relativa, nunca absoluta, já que as decisões minimalistas poderão ser mais ou menos restritas, se comparadas com outras também ditas minimalistas.

Indicando o que seriam exemplos de abordagens minimalistas marcadas pela estreiteza, Sunstein (1999, p. 10) enumera algumas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos. Entre elas, a do caso *Romer v. Evans* (ESTADOS UNIDOS, 1999, p. 620-653) em que a Suprema Corte deixa em aberto uma série de possibilidades de abordagens acerca da

² Texto original: “[...] judges who seek to avoid broad rules and abstract theories, and attempt to focus their attention only on what is necessary to resolve particular disputes”.

³ Texto original: “[...] narrowness to width”.

⁴ Nomenclatura conferida ao cargo de Presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos. Cf. SOARES, 2000, p. 91.

⁵ Texto original: “[...] if it is not necessary to decide more, it is necessary not to decide more [...]”.

discriminação contra homossexuais⁶, sem avançar, por exemplo, em questões como a proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Aliás, no campo das ações afirmativas, Sunstein (2015, p. 75) esclarece que muitas das decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos têm a característica da estreiteza porque exigem julgamentos focados nas suas especificidades.

A outra dimensão caracterizadora do minimalismo judicial é a da superficialidade, descrição que traduz, na abordagem minimalista, a ideia de que os argumentos tendem a ser menos profundos ou abstratos. Tome-se como exemplo o processo decisório na jurisdição constitucional. Nele há considerável tendência de que os argumentos sejam abstratizados em níveis mais acentuados. Ou seja, as controvérsias de matiz constitucional demandam, para sua solução, fundamentações em torno do significado e amplitude do texto constitucional, remontando, por vezes, aos compromissos constitucionais firmados à época da elaboração do seu texto, revolvendo conceitos de alta carga filosófica, sociológica, histórica, entre outros.

Segundo explica Rogério Gesta Leal (2008, p. 10), os minimalistas não acreditam em teorias da jurisdição salvadoras ou emancipatórias, isto é, “[...] são céticos a respeito de teorias gerais da interpretação” (SUNSTEIN, 2005, p. xii, tradução nossa)⁷, preferindo passos pequenos e cautelosos, gradualmente sedimentados em decisões e práticas do passado, o que enfatizaria “[...] os limites das teorias de grande escala” (SUNSTEIN, 2015, p. 16, tradução nossa)⁸.

Um dos grandes trunfos do minimalismo judicial está no foco dado aos custos das decisões, sobretudo à magnitude dos seus erros. Por custos das decisões, afirma Cass Sunstein, deve-se compreender como os “[...] encargos que realmente resolvam os problemas” (SUNSTEIN, 2015, p. xv, tradução nossa)⁹.

Nessa linha, o autor afirma que a ideia de custos das decisões não está ligada a qualquer componente econômico (SUNSTEIN, 2015, p. 61), mas aos ônus da interpretação do texto legal. No plano constitucional, Sunstein observa que “um determinado enfoque da

⁶ Em *Romer v. Evans* a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que uma Emenda n. 2 da Constituição do Colorado, que impedia todas as ações legislativas, executivas ou judiciais, em qualquer nível, destinadas à proteção do *status* das pessoas com base na orientação sexual, violava a *equal protection clause*. A *equal protection clause*, datada de 1868, corresponde à décima quarta emenda da Constituição dos Estados Unidos da América e trata do direito à igualdade. A sua seção 1 prevê que “todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência, nenhum estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob a jurisdição a igual proteção das leis” (ESTADOS UNIDOS, 2006, p. 196).

⁷ Texto original: “[...] are skeptical about general theories of interpretation”.

⁸ Texto original: “[...] the limits of large-scale theories”.

⁹ Texto original: “[...] the burdens of actually resolving problems”.

Constituição pode impor dois tipos de ônus. Os custos na decisão, dificultando julgamentos, e os custos dos seus erros, ao produzir resultados indesejados” (SUNSTEIN, 2015, p. 61, tradução nossa)¹⁰, referindo-se, nesse último ponto, ao risco na vulneração da proteção constitucional. Em termos gerais, os minimalistas temem que decisões excessivamente abstratas conduzam a erros graves e de difícil reversão.

Assim, os custos das decisões minimalistas tendem a ser inversamente proporcionais ao foco nas particularidades dos casos em exame. É verdade que esse foco no núcleo das questões em exame pode, eventualmente, aumentar o ônus da incerteza em torno dos pronunciamentos judiciais. Contudo, esse encargo tende a ser suportado pelo Legislativo e pelo Executivo (SUNSTEIN, 2015, p. 61), o que, em períodos de hipertrofia do Judiciário e ativismo judicial, representa considerável grau de modéstia teórica no exercício da função jurisdicional e consequente reequilíbrio do princípio da separação de poderes ou de funções do Estado.

Convém salientar que, segundo Cass Sunstein, o “minimalismo não é uma teoria completa da interpretação [...]” (SUNSTEIN, 2015, p. xvi, tradução nossa)¹¹, não devendo ser aplicada em todos os momentos e circunstâncias. Ao frisar esse limite, Sunstein adverte que, em determinados momentos, andar por caminhos abstratos ou amplos é, mais do que uma opção, mas uma necessidade na solução de casos concretos, o que ocorre com certa frequência no exercício da jurisdição constitucional.

Além disso, destaca Sunstein (2015, p. 78), um minimalista pode ter várias orientações ideológicas¹² ou leituras morais acerca de uma questão, sem que deixe de ser qualificado como tal. Ou seja, não é a carga ideológica o seu traço distintivo; o marcante da caracterização minimalista é a opção por manifestações restritas ao núcleo indispensável para análise do caso em exame e, no tocante à teorização dos argumentos, pouco abstratas.

A adoção do minimalismo como técnica hermenêutica apresenta-se, segundo Sunstein (2015), como alternativa, por exemplo, para a relação entre moral e direito, e para as questões constitucionais mais abstratas. Nesse sentido, afirma:

Juizes minimalistas tentam evitar questões mais profundas acerca do papel da religião na sociedade, o significado da garantia da liberdade de expressão, a extensão da proteção constitucional à “liberdade” ou o escopo da autoridade do

¹⁰ Texto original: “*An approach to the Constitution might impose two kinds of costs. It might impose decision costs, by complicating judicial judgments, and it might impose error costs, by producing bad outcomes*”.

¹¹ Texto original: “*Minimalism is not a full theory of interpretation [...]*”.

¹² Sunstein (2005, p. 29) argumenta, por exemplo, que os minimalistas podem ser de índole liberal ou conservadora.

Presidente como Comandante das Forças Armadas (SUNSTEIN, 2005, p. 28, tradução nossa)¹³.

Entretanto, seu espaço de aplicação é amplo, na medida em que propõe um limite na teorização e na abstração dos pronunciamentos judiciais como um todo.

Essas características básicas, inicialmente destacadas, são estruturadas a partir dos três grandes pilares do minimalismo judicial de Cass Sunstein (1999, 2005, 2015), a saber, os *acordos não totalmente teorizados*, o conservadorismo político de Edmund Burke (2014) e o ideal de democracia deliberativa, conceitos que serão desenvolvidos a seguir na intenção de aprofundar a caracterização do minimalismo para o enfrentamento do problema de pesquisa.

2.1 OS ACORDOS NÃO TOTALMENTE TEORIZADOS

O primeiro grande vetor teórico do minimalismo de Cass Sunstein são os denominados *incompletely theorized agreements* (SUNSTEIN, 1994, 1996, 2007a, 2007b), em tradução livre, *acordos não totalmente teorizados*¹⁴, construção que tenta conjugar Direito e moral em meios de intensa divergência. Tal concepção é, certamente, uma das mais importantes de toda sua bibliografia e a que melhor sintetiza seu pensamento, como já afirmou o próprio autor em entrevista (SUNSTEIN, 2016a), desdobrando-se em outros conceitos, entre eles o do minimalismo judicial (SUNSTEIN, 1999, 2005, 2015).

Por meio dos *acordos não totalmente teorizados*, afirma Sunstein (2007b), é possível descobrir quais direitos cabem a cada indivíduo e como agir em função deles, sem o comprometimento de concepções distintas acerca da moralidade, ou sem a necessidade que se saiba o que pensam os envolvidos sobre seu fundamento. Afirma Sunstein:

Minha sugestão básica é que as pessoas frequentemente podem concordar acerca de práticas constitucionais, ou mesmo sobre direitos constitucionais, quando não podem concordar sobre as teorias constitucionais. Em outras palavras, as ordens

¹³ Texto original: “*Minimalist judges try to avoid the deepest questions about the role of religion in society, the meaning of the free speech guarantee, the extent of the Constitution’s protection of ‘liberty,’ or the scope of the President’s authority as Commander in Chief of the Armed Forces.*”

¹⁴ Preferiu-se adotar neste trabalho a tradução *acordos não totalmente teorizados* para o termo *incompletely theorized agreements*, com o objetivo de enfatizar que a aplicação dessa elaboração se dá, muitas vezes, de modo consciente, não sendo sempre fruto de eventual insuficiência de argumentos dos envolvidos. Como enfatiza o próprio autor, “[...] as pessoas podem concordar sobre juízos individuais mesmo quando estão em desacordo quanto a questões teóricas mais gerais” (SUNSTEIN, 2007a, p. 82). Além disso, como se verá no capítulo quatro, é possível tecer severas críticas ao minimalismo judicial a partir do pensamento de Karl Popper (2006), inviabilizando sua concepção como teoria o que, *mutatis mutandis*, também se aplica aos *acordos não totalmente teorizados*. Registre-se, contudo, outras traduções, como a de Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenes Cantisano (SUNSTEIN, 2007a), que preferiram *acordos não completamente fundamentados*, e a de Antonio Moreira Maués (2012), que traduziu a expressão como *acordos teóricos incompletos*.

constitucionais funcionam bem quando tentam solucionar problemas por meio dos acordos não totalmente teorizados (SUNSTEIN, 2007b, p. 1, tradução nossa)¹⁵.

Desse modo, diante de casos em que a pluralidade obstaculiza o acordo, pode-se chegar a um consenso, por exemplo, sobre a constitucionalidade de certo direito mesmo quando as teorias que fundamentam tais convicções sejam completamente divergentes, o que, em tese, favoreceria a estabilidade social em momentos de acentuada divergência. Para tanto, nos *acordos não totalmente teorizados* ocorre o que Sunstein denomina de “descida conceitual” (SUNSTEIN, 2007b, p. 3, tradução nossa)¹⁶, isto é, uma caracterização especial do silêncio¹⁷, que age como um dispositivo capaz de “[...] produzir convergência apesar do desacordo, da incerteza, dos limites do tempo e de capacidade, e da heterogeneidade.” (SUNSTEIN, 2007b, p. 3, tradução nossa)¹⁸.

Um exemplo de aplicação dos *acordos não totalmente teorizados*, aponta Sunstein (2007a, 2007b), está na concretização do direito à liberdade religiosa. Há, na defesa desse direito, ampla gama de teorizações, desde aquelas que sustentam a liberdade religiosa como corolário dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, até argumentos de cunho utilitarista. Não obstante, o que viabilizaria o acordo (não totalmente teorizado) entre todos, na elaboração de Sunstein, é a função que o silêncio exerce, possibilitando, desse modo, que todos assintam sobre a importância do direito sem buscar teorias ou considerações abstratas acerca da sua importância ou explicação, o que, provavelmente, levaria ao dissenso.

Desse modo, Sunstein enfatiza que “[...] quando as pessoas divergem sobre uma proposição (relativamente) de nível alto, elas podem ser capazes de concordar quando baixam o nível de abstração” (SUNSTEIN, 1996, p. 37, tradução nossa)¹⁹. Os *acordos não totalmente teorizados*, enfim, viabilizariam a aceitação de um resultado, sem que os indivíduos tenham que compreender ou convergir sobre o fundamento definitivo para essa aceitação (SUNSTEIN, 2007b, p. 3).

¹⁵ Texto original: “My basic suggestion is that people can often agree on constitutional practices, and even on constitutional rights, when they cannot agree on constitutional theories. In other words, well-functioning constitutional orders try to solve problems through incompletely theorized agreements.”

¹⁶ Texto original: “conceptual descent”.

¹⁷ Em sentido francamente oposto está Ronald Dworkin, que diferentemente da proposta de “descida conceitual” (*conceptual descent*) de Cass Sunstein, sustenta a “ascensão justificativa” (*justificatory ascent*), que preconiza a busca por justificações cada vez mais gerais e abstratas, que tendam a “[...] estabelecer uma coerência de princípio em casos de áreas distintas do direito para refutar argumentos rivais” (PASCHOALINI, 2015, p. 143). Cf. Dworkin, 2006, p. 53.

¹⁸ Texto original: “[...] producing convergence despite disagreement, uncertainty, limits of time and capacity, and heterogeneity.”

¹⁹ Texto original: “[...] when people diverge on some (relatively) high-level proposition, they might be able to agree when they lower the level of abstraction”.

Defendendo sua elaboração, Cass Sunstein argumenta que os *acordos não totalmente teorizados* são um fenômeno constante na sociedade, sobretudo no âmbito Direito Constitucional, e que são cruciais no esforço de construir decisões efetivas em meio a intensos desacordos (SUNSTEIN, 2007a, 2007b). Ampliando as possibilidades de sua elaboração, o autor sustenta sua aplicação em âmbitos distintos do jurídico, como a vida privada, o trabalho ou mesmo o ambiente familiar (SUNSTEIN, 1994, p. 1738).

O minimalismo, além de creditar importante papel ao silêncio, fia-se no pragmatismo adotado pelos indivíduos no momento de tomada de decisões. Para ele, o mesmo se dá no campo da moral, “[...] tanto em geral, como na medida em que se liga ao Direito Constitucional” (SUNSTEIN, 2007b, p. 4, tradução nossa)²⁰. Para Sunstein (2007b, p. 4), julgamentos morais, como aqueles que são feitos quando se afirma que a escravidão é algo errado, que a cada pessoa cabe apenas um voto, ou que o governo não deve impedir manifestações políticas, podem ser feitos adequadamente por pessoas que careçam de um completo fundamento sobre tais temas. Ou seja, as pessoas podem admitir que algo seja verdade sem compreender completamente por que isso é verdade.

Defendendo a ampla incidência de sua concepção, Sunstein (2007b, p. 5) afirma que a política também estaria repleta de teorizações incompletas, como, por exemplo, no âmbito dos partidos e agremiações. A teorização incompleta das concepções políticas é o que sustentaria a uniformidade dos partidos. Quando, por exemplo, há uma divisão interna em determinado partido político capaz de levá-lo à extinção, é provável que a teorização das concepções precisa se tornar mais completa. Em outras palavras, para os membros dissidentes, aquela teorização incompleta já não se mostraria suficiente para a manutenção do acordo em torno do partido; deve-se buscar em níveis mais abstratos, na já referida descida conceitual, isto é, no momento em que o silêncio age de modo a produzir a convergência entre os membros da agremiação, novo ponto de teorização.

Outro exemplo de *acordo não totalmente teorizado* estaria na *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, proclamada em 10 de dezembro de 1948, cujo processo de elaboração se deu por meio de representantes das mais variadas origens e culturas e, como afirma Sunstein (2007b), recusando o envolvimento em teorias e construindo amplas compreensões baseadas em práticas compartilhadas.

Em determinada fase do projeto, “[...] as pessoas envolvidas na elaboração da declaração produziram ‘uma lista de quarenta e oito itens que representavam... o núcleo

²⁰ Texto original: “[...] both in general and insofar as it bears on constitutional law”.

comum de' uma ampla gama de documentos e propostas [...].” (SUNSTEIN, 2007b, p. 7, tradução nossa)²¹. O resultado pode ser expresso na frase de Jacques Maritain (1948), filósofo envolvido no processo de elaboração da *Declaração Universal de Direitos Humanos*: “Sim, [...] estamos de acordo sobre os direitos, mas na condição de que ninguém nos pergunte o porquê” (MARITAIN, 1948, p. i, tradução nossa)²².

O uso dos *acordos não totalmente teorizados* no processo decisório representa a chave que permite o acesso ao minimalismo judicial de Cass Sunstein (1999, 2015). Na defesa de sua concepção e, conseqüentemente, na defesa de abordagem minimalista, Cass Sunstein aponta importante função dos julgamentos não totalmente teorizados. Afirma o autor:

Eles ajudam fazer as constituições e o Direito Constitucional possível; ajudam até a tornar a vida social possível. O silêncio – em algo que pode se comprovar falso, obtuso ou excessivamente contencioso – pode ajudar a minimizar o conflito, permitindo que o presente aprenda com o futuro e que se economize muito tempo e dinheiro (SUNSTEIN, 2007b, p. 13, tradução nossa)²³.

Detalhando esse ponto, Sunstein (2007b, p. 13) afirma que os *acordos não totalmente teorizados* são relevantes para a busca da estabilidade social, especialmente porque o mundo jurídico é marcado por discordâncias acentuadas, notadamente quando a controvérsia incide em temas de maior amplitude social. Obter a estabilidade social, nesse contexto, seria algo difícil se surgissem discordâncias fundamentais em todos os casos de disputa, sejam elas públicas ou privadas.

Outra virtude da aplicação do minimalismo, notadamente no campo do Direito Constitucional, é a redução do “[...] custo político dos desacordos duradouros” (SUNSTEIN, 2007b, p. 14, tradução nossa)²⁴. Quando a decisão está fundamentada em um princípio ou regra de menor abstração, aquele que sucumbe não perde os argumentos de sua tese, sobretudo os morais. Isso porque ela não foi rejeitada ou declarada inadmissível, já que a análise é feita por meio de um corte menos profundo no plano da abstração de uma teoria.

Sunstein, ainda, argumenta que os *acordos não totalmente teorizados* proporcionam que as pessoas convivam e mostrem uns aos outros “[...] uma medida de reciprocidade e respeito mútuo” (SUNSTEIN, 2007b, p. 13, tradução nossa)²⁵, evitando antagonismos desnecessários, quer entre cidadãos, quer entre juízes, sobretudo quando estes estiverem

²¹ Texto original: “[...] the people involved in drafting the declaration produced ‘a list of forty-eight items that represented ... the common core of’ a wide range of documents and proposals [...]”.

²² Texto original: “Yes, [...] we agree about the rights but on condition that no one asks us why”.

²³ Texto original: “They help make constitutions and constitutional law possible; they even help make social life possible. Silence — on something that may prove false, obtuse, or excessively contentious — can help minimize conflict, allow the present to learn from the future, and save a great deal of time and expense”.

²⁴ Texto original: “[...] the political cost of enduring disagreements”.

²⁵ Texto original: “[...] a measure of reciprocity and mutual respect”.

deliberando em colegiado. Isso se dá por meio do uso de princípios ou regras de baixo nível (SUNSTEIN, 2007b), isto é, de menor grau de abstração.

Apontando os limites de sua elaboração, Cass Sunstein afirma que em certos casos o desacordo revela-se apropriado, especialmente quando fundado em antagonismo provocado por um erro de fato, lógico, ou mesmo quando violar o princípio da dignidade da pessoa humana (SUNSTEIN, 2007b). Noutras palavras, os *acordos não totalmente teorizados* são aplicados somente quando possíveis, pois há limites para sua incidência.

Além disso, quando indivíduos teorizam em níveis mais altos de abstração, o fazem para demonstrar um viés, uma confusão ou inconsistências; um esforço natural nos operadores do Direito que, segundo Cass Sunstein, não deve ser abandonado, em especial, no Direito Constitucional, já que “não seria sensato celebrar a modéstia teórica em todos os momentos e em todos os contextos” (SUNSTEIN, 2007b, p. 13, tradução nossa)²⁶. Isso porque, em determinados casos, os operadores do Direito têm informações suficientes para adotar uma abordagem ou interpretação mais ambiciosa; em outros, contudo, adotá-la torna-se verdadeiramente imperioso.

Por último, convém destacar a afirmação de Cass Sunstein de que os *acordos não totalmente teorizados* são “[...] especialmente valiosos quando uma sociedade busca evolução moral ou mesmo o progresso ao longo do tempo” (SUNSTEIN, 2007b, p. 14, tradução nossa)²⁷.

Em suporte a esse argumento, Sunstein (2007b) menciona as alterações e evoluções em torno do princípio da igualdade e as que inevitavelmente ocorrerão no futuro. Uma teorização completa acerca desse princípio poderia levar a uma acomodação de valores ou de fatos, tornando a cultura “[...] rígida e calcificada [...]” (SUNSTEIN, 2007b, p. 14, tradução nossa)²⁸.

Dessa maneira, ao limitar parcialmente a teorização entre grupos divergentes, os *acordos não totalmente teorizados* representam, segundo Cass Sunstein, a possibilidade de um debate contínuo sobre princípios, abrindo-se o horizonte discursivo para novos fatos e perspectivas, quer no Direito, quer na política.

²⁶ Texto original: “It would not be sensible to celebrate theoretical modesty at all times and in all contexts”.

²⁷ Texto original: “[...] are especially valuable when a society seeks moral evolution and even progress over time”.

²⁸ Texto original: “[...] rigid and calcified [...]”.

2.2 O CONSERVADORISMO POLÍTICO DE EDMUND BURKE

Edmund Burke (1729-1797) foi um filósofo e político anglo-irlandês, autor da obra *Reflexões sobre a Revolução na França* (BURKE, 2014), publicada em novembro de 1790 e encarada como “um manifesto da contrarrevolução [...]”²⁹ (MACKINTOSH, 1791, p. xi, tradução nossa) e vista atualmente como fundadora do moderno conservadorismo político (SOARES, 2014).

A obra *Reflexões* (BURKE, 2014) desenvolve-se em um escrito inicialmente apresentado como uma carta endereçada a um jovem fidalgo parisiense, Charles-Jean-François Depont (1767-1796), magistrado entusiasta do movimento revolucionário de 1789. Depont solicita de Burke, por mais de uma vez, “sua opinião sobre os importantes acontecimentos” (BURKE, 2014, p. 25) que então ocupavam a França. Instado pela segunda vez por Depont, Edmund Burke põe-se a aprofundar a discussão em uma versão mais extensa da resposta, tendo logo percebido que não havia outro sentido que não fosse a sua publicação. Não demorou para que *Reflexões* tomasse feição de panfleto, isto é, documento endereçado, na verdade, a um amplo público e escrito com o fim de persuadir (SOARES, 2014).

Na obra, Burke (2014) critica a Revolução Francesa não propriamente pelos seus ideais, mas pela adoção da forma de revolução. Compreendia que as entranhas do poder e da Constituição na França estavam comprometidas, mas entendia que a reforma – não a revolução – seria o processo mais adequado para a França. Nesse particular, afirmava que os franceses deveriam mirar o exemplo da Revolução Gloriosa, de 1668, a chamada Revolução “sem sangue”. José Miguel Nanni Soares (2014), elencando algumas razões para a repulsa de Burke à Revolução de 1789, sedimenta as razões do pensamento conservador burkeano:

Diferentemente, portanto, das revoluções Gloriosa (Burke praticamente silencia sobre a Revolução Puritana) e norte-americana de 1776 – que tiveram um caráter político-constitucional delimitado, pois obedeceram às circunstâncias e, na medida em que conservaram a jurisprudência da *common law*, foram ditadas pelas considerações de prudência que interpuseram pesos e contrapesos (*checks and balances*) ao poder central sem prejuízo da soberania –, a Revolução de 1789 foi uma revolução total, na medida em que não apenas demoliu as ruínas da antiga Constituição francesa, como, sobretudo, solapou os antigos valores e sentimentos cristãos e aristocráticos, substituindo-os por uma nova filosofia niveladora, mecanicista e democrática [...]. (SOARES, 2014, p. 17).

Cass Sunstein vê no pensamento de Edmund Burke e no seu conservadorismo político, um importante referencial teórico (SUNSTEIN, 1999, 2005, 2015)³⁰. Embora afirme que o

²⁹ Texto original: “*It is the manifesto of a Counter Revolution [...]*”.

³⁰ A influência burkeana permeia o pensamento de Cass Sunstein não apenas nas obras que cuidam do minimalismo judicial e concepções interligadas. Cf. *Designing democracy* (SUNSTEIN, 2001), *Infotopia* (SUNSTEIN, 2006a), *Por que grupos vão a extremos* (SUNSTEIN, 2006b), *Nudge* (THALER; SUNSTEIN,

conservadorismo de Burke influencia o minimalismo judicial como um todo, é por meio do pensamento do teórico irlandês que Cass Sunstein apresenta uma divisão no seu minimalismo judicial; de um lado está o modelo racionalista e, do outro, o denominado minimalismo burkeano (SUNSTEIN, 2015, p. 67).

Os minimalistas burkeanos creem em uma atuação deferente às tradições, em especial na jurisdição constitucional; tais tradições são adotadas como justificativas para as decisões. Já o minimalismo racionalista, tal como na vertente burkeana, preza por passos cautelosos, em abordagens também marcadas pela estreiteza e pela superficialidade. Contudo, o peso da tradição é relativizado ao se exigir justificativas plausíveis para sua aplicação. Há um ceticismo circunstancial em relação às tradições.

Embora demonstre predileção pela forma burkeana, Sunstein (2015, p. 68) crê que sua adoção tem campo específico, a exemplo das discussões em torno da separação de poderes ou funções do Estado, nas quais as tradições teriam considerável peso. Já o minimalismo racionalista apresenta-se viável em discussões, por exemplo, envolvendo a aplicação do princípio da igualdade, campo em que compete aos juízes questionar o peso das tradições ao invés de simplesmente aplicá-las como justificativas para as decisões.

Para o desenvolvimento e aplicação do conservadorismo no plano judicial e, por conseguinte, em suporte à forma mais burkeana de minimalismo, Cass Sunstein recupera em *Constitutional Personae* (SUNSTEIN, 2015, p. 16)³¹ importante afirmação feita por Edmund Burke (2014) em sua obra *Reflexões*:

E a primeira de todas as ciências, a ciência da jurisprudência, orgulho do intelecto humano que, com todos os seus defeitos, redundâncias e erros, é a razão acumulada dos séculos, combinando os princípios da justiça original com a infinita variedade das preocupações humanas, seria abandonada como uma pilha de erros descartados. A autossuficiência pessoal e a arrogância (companheiras certas de todos os que jamais conheceram uma sabedoria superior à sua) usurariam os tribunais (BURKE, 2014, p. 114)³².

O pensamento de Burke também se faz presente na elaboração conceitual dos *acordos não totalmente teorizados*, como afirma o próprio Sunstein: “Aqueles que enfatizam os *acordos não totalmente teorizados* têm um débito evidente com Edmund Burke, que foi, em

2008), *A era do radicalismo* (SUNSTEIN, 2010), *Conspiracy theories and other dangerous ideas* (SUNSTEIN, 2014) e *The world according Star Wars* (SUNSTEIN, 2016b).

³¹ Texto original: “*And first of all, the science of jurisprudence, the pride of the human intellect, which, with all its defects, redundancies, and errors, is the collected reason of ages, combining the principles of original justice with the infinite variety of human concerns, as a heap of old exploded errors, would no longer be studied. Personal self-sufficiency and arrogance (the certain attendants upon all those who have never experienced a wisdom greater than their own) would usurp the tribunal*”.

³² Para o trecho citado por Cass Sunstein em *Constitutional Personae* (SUNSTEIN, 2015, p. 16) e transcrito na nota anterior, preferiu-se a citação do original, traduzido para língua portuguesa por José Miguel Nanni Soares (BURKE, 2014, p. 114).

certo sentido, o grande teórico da teorização incompleta” (SUNSTEIN, 2007b, p. 15, tradução nossa)³³. Alinha-se também ao pensamento burkeano na medida em que, sem negar a necessidade de aperfeiçoamento das instituições políticas e do Direito, privilegia as tradições – na acepção de razão acumulada –, a reforma à revolta, o consenso à arrogância e intolerância.

2.3 O IDEAL DE DEMOCRACIA DELIBERATIVA

O núcleo do pensamento de Cass Sunstein é, ainda, composto por concepções acerca da democracia deliberativa, para ele, “[...] um ideal que remete tanto para as prestações de contas da política, quanto para o modelo de deliberação no governo” (SUNSTEIN, 2008, p. xxix). Esse ideal pressupõe que o governo, ao tomar suas decisões, apresente razões que justifiquem legitimamente as medidas adotadas, tendo como norte teórico a Constituição, “que auxilia na identificação das razões que podem ser qualificadas como legítimas” (SUNSTEIN, 2008, p. xxix).

A democracia deliberativa nos Estados Unidos, segundo Sunstein (2008), tem forte ligação com a fundação da república e com os anseios constitucionais daquele país. Os princípios interpretativos construídos a partir desse ideal têm “[...] a vantagem da continuidade com a estrutura e a história da Constituição” (SUNSTEIN, 2008, p. 169).

Por essa razão, Sunstein, discorrendo acerca do Direito Público norte-americano, afirma que os desfechos políticos devem resultar “[...] de um extenso processo de deliberação e discussão, durante o qual novas informações e novas perspectivas são colocadas em consideração” (SUNSTEIN, 2008, p. 171).

Assim, a proposta de Sunstein é resgatar o sentido original do princípio da imparcialidade na Constituição norte-americana, capaz de, rompendo com a colonização inglesa, contrabalançar os “três perigos correlatos: o legado da monarquia, a representação, com interesse próprio, por meio dos funcionários do governo, e o poder da facção, ou ‘tirania da maioria’” (SUNSTEIN, 2008, p. 22)³⁴.

³³ Texto original: “*Those who emphasize incompletely theorized agreements owe an evident debt to Edmund Burke, who was, in a sense, the great theorist of incomplete theorization.*”

³⁴ A *Constituição parcial* (SUNSTEIN, 2008), cuja versão brasileira foi publicada no ano de 2008, foi originalmente publicada nos Estados Unidos no ano de 1993. Por essa razão, algumas concepções devem ser compreendidas com ressalva, como a citada no parágrafo, que mais se alinha ao originalismo, tema que será abordado adiante.

A respeito desse temor à tirania, Sunstein (2008) indiretamente recupera o entendimento de James Madison, que em um dos “artigos federalistas”³⁵ afirmou:

O acúmulo de todos os poderes legislativos, executivo e judiciário nas mesmas mãos, seja de uma pessoa, de algumas ou de muitas, seja hereditário, autodesignado ou eletivo, pode ser justamente considerado a própria definição de tirania. (MADISON; HAMILTON; JAY, 1993, p. 331-332).

É nesse contexto que, para Sunstein (2008), dentro das instituições de governo estadunidenses – fundadas em um sistema de representação nacional, freios e contrapesos, federalismo e controle de constitucionalidade – ecoa o princípio da deliberação, ligado à “[...] crença norte-americana de que a desagregação e a heterogeneidade são forças criativas, indispensáveis para uma república poder funcionar bem” (SUNSTEIN, 2008, p. 171).

A democracia deliberativa, ainda, estaria severamente comprometida com o real valor da cidadania, ou seja, o de participação nos processos que levem a resultados políticos, embora ressalve que numa república nem todas as decisões precisam ser tomadas “[...] por meio de assembleias ou reuniões dos populares” (SUNSTEIN, 2008, p. 172).

Ao lado da cidadania, Sunstein (2008) acrescenta o acordo “[...] como um ideal regulatório para a política” (SUNSTEIN, 2008, p. 173), além da igualdade política e conclui: “Os compromissos do republicanismo liberal – com a deliberação, cidadania, o acordo como um ideal regulamentador e com a igualdade política – incorporam os princípios da democracia deliberativa” (SUNSTEIN, 2008, p. 179-180).

Entretanto, ao longo do tempo, a concepção de democracia deliberativa de Sunstein vai refinando suas abordagens. No prefácio à edição brasileira de *A Constituição Parcial* (SUNSTEIN, 2008), Sunstein afirma que esse livro “[...] foi escrito há mais de uma década [...]” (SUNSTEIN, 2008, p. xxix) e que se fosse reescrevê-lo nos dias atuais, daria destaque, para outros três pontos que tocam a democracia deliberativa.

O primeiro deles é a regra da polarização em grupo. Nela a deliberação pode funcionar de forma equivocada, fazendo com que pessoas que pensam de forma assemelhada possam chegar a posições extremadas. Isso porque “[...] pessoas que pensam de forma parecida normalmente colocar-se-ão em uma posição mais radical se estiverem em grupos que compartilham de suas tendências originais” (SUNSTEIN, 2008, p. xxx). A propósito, a polarização em grupo é o tema da *Going to extremes: How like minds unite and divide* (SUNSTEIN, 2009a), que no Brasil recebeu o título de *A era do radicalismo: entenda por que as pessoas se tornam extremistas* (SUNSTEIN, 2010). Nessa obra, Cass Sunstein afirma:

³⁵ “Escritos para tentar convencer os cidadãos de Nova York a votar favoravelmente à promulgação do novo texto constitucional” (ARANTES, 2007, p. 83).

A polarização em grupo é o padrão típico dos grupos deliberativos. Ela não está limitada a determinados períodos, nações ou culturas. Ao contrário, a polarização de grupo foi encontrada em centenas de estudos, em mais de uma dúzia de países, entre eles Estados Unidos, França, Afeganistão, Nova Zelândia, Taiwan e Alemanha. (SUNSTEIN, 2010, p. 5).

O segundo ponto que Sunstein afirma que daria destaque na reelaboração do seu conceito de democracia deliberativa “envolve a melhor forma de sustentar tal diversidade” (SUNSTEIN, 2008, p. xxx), o que se dá, segundo ele, por meio dos *acordos não totalmente teorizados*, permitindo aos cidadãos, seus representantes e Cortes definir o que fazer, mas não propriamente por que fazer (SUNSTEIN, 2007b).

E, por último, o terceiro aspecto que atualmente integraria a democracia deliberativa de Sunstein seria o acréscimo dos compromissos constitucionais com “[...] as garantias econômicas e sociais – direito à comida, roupa, saúde, e às necessidades básicas para a sobrevivência” (SUNSTEIN, 2008, p. xxx), marcas das democracias modernas, não só a norte-americana.

O ponto de contato do conceito de democracia deliberativa de Sunstein na elaboração do minimalismo judicial reside, portanto, nos ideais de respeito à heterogeneidade, ao dissenso e aos processos políticos que, de certo modo, desaguardam nos rumos de uma sociedade. Afirma o autor que “[...] algumas decisões promovem a democracia porque tentam desencadear ou melhorar o processo de deliberação democrática” (SUNSTEIN, 1999, p. 27, tradução nossa)³⁶. E ainda:

[...] alguns juízes tentam decidir os casos na esperança e com a compreensão de que diferentes concepções da questão podem permitir a convergência em uma determinada conclusão. Sua tentativa decorre da compreensão de que algumas de suas próprias convicções podem não estar certas e de seu esforço para conciliar desacordos razoáveis. Isso nos remete a um ponto central: o minimalismo judicial está enraizado em uma concepção de liberdade em meio ao pluralismo, uma concepção que é central para a ideia democrática (SUNSTEIN, 1999, p. 41, tradução nossa)³⁷.

Dessa maneira, o minimalismo judicial pode fornecer estímulos à democracia. Ao deixar em descoberto as questões que não mais precisam ser decididas, isto é, ao limitar os pronunciamentos judiciais ao núcleo indispensável à solução das controvérsias, os minimalistas, por meio de abordagens menos abstratas, atuam como importantes catalisadores dos processos políticos e dos seus respectivos resultados. Todas as questões e desdobramentos

³⁶ Texto original: “[...] some decisions are democracy-promoting because they try to trigger or improve process of democratic deliberation. Minimalist courts can provide spurs and prods to promote democratic deliberation itself”.

³⁷ Texto original: “[...] some justices attempt to decide cases in the hope and with the knowledge that several different conceptions of the point can allow convergence on a particular outcome. Their attempt stems from their knowledge that some of their own convictions may not be right, and from their effort to accommodate reasonable disagreement. This point returns us to a central point: judicial minimalism is rooted in a conception of liberty amid pluralism, a conception that is central to the democratic idea”.

que, em amplitude maximalista, seriam abordados e em níveis de argumentação cada vez mais abstratos, no modelo minimalista retornam para esferas políticas distintas do Judiciário, para novos debates, acordos ou deliberações, favorecendo o ideal de democracia deliberativa.

2.4 DISTINÇÕES E ANTAGONISMOS

Além de apontar a estrutura conceitual do minimalismo judicial de Cass Sunstein e sua divisão interna (minimalismo burkeano e minimalismo racionalista), o adequado enfrentamento do problema de pesquisa impõe recuperar, na obra do autor, outros conceitos que são apresentados de modos distintos ou antagônicos à abordagem minimalista. Tais conceitos serão úteis para apontar as virtudes na adoção do minimalismo, as incongruências e problemas que envolvem sua aplicação, inclusive no ordenamento jurídico brasileiro, além de colaborar na formulação das primeiras linhas do que se poderia denominar **minimalismo procedimental democrático**.

2.4.1 Minimalismo e maximalismo

O primeiro contraste conceitual do minimalismo a se observar, ainda que por questões etimológicas, é o do maximalismo. Se, como visto, o minimalismo é a técnica de julgamento que busca focar no núcleo indispensável da decisão, circunscrevendo-se às dimensões da estreiteza e da superficialidade, o maximalismo denota elevada ambição teórica e propósito de ditar regras em pronunciamentos judiciais amplos, projetando (ou pelo menos tentando projetar) a decisão sobre a maior parte possível de possibilidades futuras. Assim, a abordagem maximalista tem argumentos construídos de modo que envolvam ampla gama de possibilidades fáticas, incluindo seus desdobramentos (amplitude) e em considerações teóricas mais abstratas possíveis (profundidade).

A distinção entre minimalismo e maximalismo é observada por Cass Sunstein a partir da análise da regra do *stare decisis*, típica da família da *Common Law*. O termo *stare decisis* é uma abreviação da expressão latina *stare decisis et non quieta movere*, que significa “que as coisas permaneçam firmes e imodificadas, em razão das decisões” (SOARES, 2000, p. 35). Trata-se, pois, a *Common Law*, de tradição jurídica em que a atuação do juiz tem papel de verdadeira criação do direito – o *judge-made law*. A regra do *stare decisis*, portanto, exprime que essa família jurídica tem na coisa julgada verdadeira fonte do direito, impondo o respeito aos precedentes.

Sunstein explica que o debate em torno da identificação das abordagens maximalistas e minimalistas está ligado diretamente à aplicação dos precedentes na regra do *stare decisis* e à linha divisória – nada clara – que separa os *obiter dicta* da *ratio decidendi* (SUNSTEIN, 1999, p. 19-21).

Os *obiter dicta* (no singular, *obiter dictum*) são os argumentos lançados na fundamentação de uma decisão judicial apenas de passagem, quer porque desnecessários à elaboração da decisão, quer porque desconectados parcial ou totalmente dos fatos em análise ou irrelevantes para o julgamento. Já *ratio decidendi* é a razão de decidir, ou seja, a parte vinculante da fundamentação de uma decisão judicial; noutras palavras, “é a regra jurídica utilizada pelo Judiciário para justificar a decisão do caso” (STRECK; ABOUD, 2013, p. 43). Na tradição da *Common Law* o trecho da fundamentação que traz a *ratio decidendi* e, portanto, vincula os envolvidos, é denominado também de *holding* (DUXBURY, 2008, p. 68 *et. seq.*).

Assim, um ordenamento jurídico tenderá ao minimalismo

[...] se as decisões (maximalistas) anteriores forem abandonadas quando pareçam claramente erradas. Mas também se moverá nessa direção se os tribunais subsequentes tiverem muita flexibilidade para desprezar justificativas como *obiter dicta* ou recharacterizar as *rationes decidendi* (SUNSTEIN, 1999, p. 20, tradução nossa)³⁸.

Em sentido oposto, tenderá ao maximalismo a decisão que, ao aplicar o precedente, encara os *obiter dicta* desse precedente como importantes para a solução da controvérsia atual. Isso porque, o que antes foi mencionado apenas lateralmente, a partir do esforço interpretativo maximalista, passa a compor a *ratio decidendi* de novo julgamento, ampliando, assim, o âmbito de incidência anteriormente estabelecido; caminha-se, pois, em oposição aos limites da decisão minimalista – o da estreiteza e o da superficialidade.

2.4.2 Minimalismo, originalismo e fundamentalismo

Em *Radical in Robes*, Cass Sunstein (2005) apresenta sua enfática defesa do minimalismo, a partir de aguda crítica ao fundamentalismo. Observando o debate constitucional e a atuação da Suprema Corte norte-americana, o autor indica os contornos da concepção dita fundamentalista, associando-a ao fundamentalismo religioso.

³⁸ Texto original: “[...] if previous (maximalist) decisions are abandoned when they seem plainly wrong. But it will also move in that direction if subsequent courts have a great deal of flexibility to disregard justificatory language as ‘dicta’ or to recharacterize previous holdings”.

Para o autor, assim como o fundamentalismo religioso representa um esforço para restaurar o significado literal do texto sagrado (SUNSTEIN, 2005, p. xiii)³⁹, os fundamentalistas (constitucionais) creem que a Constituição deve ser interpretada de acordo com sua compreensão original (SUNSTEIN, 2005, p. xiii). É o fundamentalismo que dá o tom do originalismo. Por isso que o originalismo reputa ilegítima qualquer compreensão do texto constitucional que tente, ao longo do tempo, se distanciar do seu sentido primitivo.

Fundamentalistas pensam que a interpretação constitucional exige o ato de *redescoberta*. Seu objetivo é voltar àquilo que veem como fonte essencial do sentido constitucional: a visão daqueles que ratificaram o documento. Eles acreditam que o “originalismo” é o método adequado para a interpretação constitucional e que a Constituição deveria ser lida de modo a caber o sentido original da geração fundadora. As questões constitucionais centrais tornam-se assim históricas. (SUNSTEIN, 2005, p. 26, grifos do autor, tradução nossa)⁴⁰.

Em contraponto ao fundamentalismo, Cass Sunstein apresenta seu minimalismo judicial, reafirmando o propósito restritivo e, até certo ponto, humilde, já que tal abordagem não busca amplas concepções teóricas, filosóficas ou morais para justificar as decisões judiciais. Dessa maneira, o minimalismo apresentar-se-ia como abordagem hermenêutica capaz de fomentar uma interpretação dinâmica da Constituição, ao invés de “congelar o documento no século XVIII” (SUNSTEIN, 2005, p. xiv-xv, tradução nossa)⁴¹, reconhecendo limites à função jurisdicional e deixando em aberto o espaço para o debate democrático e o autogoverno.

2.4.3 As *personae* constitucionais

A partir da observação das decisões e dos membros da Suprema Corte norte-americana, Cass Sunstein, na obra *Constitutional Personae* (SUNSTEIN, 2015), elabora o que seriam quatro perfis (ou *personae*) que, segundo o autor, estariam presentes na jurisdição constitucional dos Estados Unidos. Além dos (juízes) minimalistas, haveria os heróis, os soldados e os mudos (SUNSTEIN, 2015). Entretanto, *Constitutional Personae* (SUNSTEIN, 2015) representa mais uma enfática defesa do autor na adoção da postura minimalista.

³⁹ Cumpre destacar que o fundamentalismo religioso não é tema da obra citada, sendo tal afirmação feita apenas a título de ilustração nos primeiros contornos do fundamentalismo constitucional.

⁴⁰ Texto original: “*Fundamentalists think that constitutional interpretation requires an act of rediscovery. Their goal is to return to what they see as the essential source of constitutional meaning: the views of those who ratified the document. They believe that ‘originalism’ is the proper approach for constitutional interpretation and that the Constitution should be read to fit with the original understanding of the founding generation. The central constitutional questions thus become historical ones*”.

⁴¹ Texto original: “*to freeze the document in the eighteenth century*”.

Embora reconheça que a identificação de perfis de juízes não seja algo novo, a pretensão de Sunstein na referida obra é, além de identificá-los, estabelecer diálogo entre as quatro *personae*, demonstrando suas inclinações e atrações. Além disso, Sunstein (2015, p. xiv-xvi) objetiva demonstrar como esses perfis são adotados ao longo do tempo, muitas vezes por questões estratégicas, tendo como foco os custos das decisões e, sobretudo, os custos dos seus erros.

Sunstein admite, como hipótese, que as quatro *personae* de juízes não se limitam à cena constitucional norte-americana, podendo ser identificadas nos mais variados tribunais de todo o mundo (SUNSTEIN, 2015). Subjacente aos perfis identificados por Sunstein (2015) está o papel político do Judiciário, tema que remete ao princípio da separação de poderes ou funções do Estado, ao protagonismo judicial e ao princípio da legalidade.

Considerando que o minimalismo judicial é objeto do trabalho como um todo, a seguir serão abordadas, apenas e destacadamente, as figuras dos heróis, dos soldados e dos mudos.

2.4.3.1 Os heróis

A figura dos juízes heróis pode ser caracterizada pela disposição em invalidar a legislação infraconstitucional e os atos dos demais poderes ou funções do Estado, sempre com base em interpretações ambiciosas ou ousadas do texto constitucional. Nesse último aspecto, observa-se que os juízes heróis de Sunstein tendem ao maximalismo, tal como abordado anteriormente.

Para Sunstein (2015), o termo “herói” não é utilizado no sentido de aprovação. Tal postura liga-se ao que se costuma definir como protagonismo judicial, em especial na vertente denominada ativismo judicial, embora seja relevante observar que o referido autor conceitua a postura ativista de modo mais restritivo, entendida como a frequência com que o Judiciário ataca os atos dos demais poderes ou funções do Estado, sobretudo os do Legislativo (SUNSTEIN, 2005, 2015). As variações da frequência e da intensidade das decisões invalidantes, expressariam, na visão de Cass Sunstein (2015), os diferentes graus do heroísmo judicial.

A tradição norte-americana estaria repleta de exemplos de juízes heróis, tais como nos *cases Marbury v. Madison* e *Brown v. Board of Education*.

Em *Marbury v. Madison*, *leading case* do controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário, a figura do herói vem à tona em John Marshall, quarto *Chief Justice* da Suprema Corte norte-americana. Mas para entender o precedente em questão é preciso

retornar ao contexto político do ano de 1800 nos Estados Unidos, em que a política estadunidense à época era polarizada entre os partidos Republicano e Federalista, e o Presidente era o federalista John Adams. A eleição para Presidente do mesmo ano resultou em empate no Colégio Eleitoral entre Thomas Jefferson, integrante do Partido Republicano e então Vice-presidente, e Aaron Burr. A decisão, assim, coube à Câmara dos Representantes (ALSTYNE, 1969, p. 3). Antevendo a derrota, o Congresso, de maioria Federalista, inicia uma série de medidas “[...] em um esforço de preservar vestígios de influência político-partidária no próximo governo” (ALSTYNE, 1969, p. 3, tradução nossa)⁴², inclusive com impactos diretos no Judiciário.

Em 4 de fevereiro de 1801, John Marshall, Secretário de Estado do então Presidente John Adams, tomou posse no cargo de *Chief Justice* da Suprema Corte. Em 27 de fevereiro de 1801 o Congresso, de maioria Federalista, aprovou lei que autorizava o então Presidente John Adams a nomear 42 Juízes de Paz com mandatos de cinco anos para os distritos de Columbia e Alexandria, naturalmente, todos escolhidos entre os Federalistas. Os 42 Juízes de Paz tiveram suas nomeações confirmadas pelo Senado em 3 de março de 1801, apenas um dia antes de o novo governo assumir. Com John Marshall ainda ocupando o posto de Secretário de Estado do então governo Adams, os atos de investidura foram elaborados, mas à meia-noite do dia 3 de março de 1801 pelo menos quatro delas ainda não haviam sido entregues (ALSTYNE, 1969, p. 4-5).

Imediatamente após assumir o cargo de Presidente dos Estados Unidos, Thomas Jefferson ordenou ao novo Secretário de Estado do governo, James Madison, que suspendesse todas as designações que ainda não haviam sido realizadas, entre elas a de William Marbury. Em 21 de dezembro de 1801, William Marbury, representado por Charles Lee, que havia sido Procurador-Geral do governo de John Adams, impetrou um *writ of mandamus* na Suprema Corte contra James Madison, pleiteando que lhe fosse entregue o ato de investidura.

A causa colocou Marshall em uma situação difícil. Alguns sugeriram que se declarasse não qualificado devido ao seu envolvimento anterior como secretário de Estado. Havia também a questão do poder da Corte. Se Marshall concedesse o mandado [*writ of mandamus*] Madison (sob as ordens de Jefferson) certamente se recusaria a entregar as comissões. A Suprema Corte não teria então poder para fazer cumprir seu mandado. Entretanto, se Marshall se recusasse a conceder o mandado, Jefferson ganharia. (ESTADOS UNIDOS, 2006, p. 25).

A alternativa eleita por John Marshall denota claramente a *persona* do herói descrita por Cass Sunstein, notadamente pelo uso de abordagem abstrata levada ao extremo visando, a todo custo, invalidar ato de outro poder ou função do Estado (no caso, da função executiva).

⁴² Texto original: “[...] in an effort to preserve vestiges of party influence during the next administration”.

Essa abordagem ambiciosa e inovadora inaugurou novos rumos da Suprema Corte dos Estados Unidos com o *judicial review* influenciando inegavelmente o Direito Constitucional em todo o mundo. Comprovando esse caráter inovador e ambicioso, destaque para trechos extraídos do voto de John Marshall no precedente citado e que demonstram quão ambiciosa e abstrata foi a argumentação:

Depois de procurar ansiosamente pelos princípios sobre os quais uma opinião contrária possa ser sustentada, nenhuma foi encontrada com força suficiente para mantê-la.

.....

O Sr. Marbury, então, desde que o ato de investidura foi assinado pelo Presidente e selado pelo Secretário de Estado, foi nomeado; e como a lei que cria o cargo conferia ao seu ocupante o direito de ser mantido por cinco anos independente do Executivo, a nomeação não era revogável [...].

Portanto, reter a comissão é um ato que a Corte julga não ser garantido por lei, mas violatório de um direito legal adquirido.

.....

O governo dos Estados Unidos tem sido enfaticamente chamado de governo de leis, e não de homens. Certamente deixará de merecer essa alta denominação, se as leis não fornecerem nenhum remédio para a violação de um direito legal adquirido.

.....

A questão de saber se um direito foi adquirido ou não, é, em sua natureza, judicial e deve ser julgada pela autoridade judicial [...].

.....

O ato que estabelece os tribunais dos Estados Unidos autoriza a Suprema Corte a expedir ordens mandamentais [*writ of mandamus*], em casos garantidos pelos princípios e usos da lei, a quaisquer tribunais designados ou a pessoas que ocupem cargos públicos, sob a autoridade dos Estados Unidos.

.....

Se um ato da legislatura, contrário à Constituição, é nulo, ele, apesar da sua nulidade, vincula as Cortes e os obriga-las a dar-lhe efeito? Ou, em outras palavras, embora não constitua Direito, será uma regra tão operativa como se fosse uma lei? Isso seria anular, de fato, o que foi estabelecido na teoria; pareceria, à primeira vista, um absurdo grosseiro demais para ser insistido. Deve, no entanto, receber uma consideração mais atenta. [...] Aqueles que aplicam a regra a casos particulares devem necessariamente expor e interpretar essa regra. Se duas leis conflitarem entre si, os tribunais devem decidir sobre a aplicação de cada uma. Portanto, se uma lei estiver em oposição à Constituição e se tanto a lei quanto a Constituição se aplicam a um caso particular, de modo que a Corte deve decidir esse caso; ou em conformidade com a lei, desconsiderando a Constituição; ou de acordo com a Constituição, desconsiderando a lei; a Corte deve determinar qual dessas regras conflitantes rege o caso. Isso é da própria essência do dever judicial.

.....

O Poder Judiciário dos Estados Unidos estende-se a todos os casos decorrentes da Constituição. Poderia ser a intenção daqueles que deram este poder, dizer que, ao usá-lo, a Constituição não deveria ser levada em conta? Que um caso decorrente da Constituição devesse ser decidido sem examinar o instrumento sob o qual ele surgiu? Isso é muito extravagante para ser mantido. Em alguns casos, então, a Constituição deve ser analisada pelos juízes. E se eles podem analisá-lo, que parte eles estão proibidos de ler ou obedecer?

.....

Assim, a particular fraseologia da constituição dos Estados Unidos confirma e fortalece o princípio, considerado essencial para todas as Constituições escritas, que uma lei que contrarie a Constituição é nula e que os tribunais, assim como outros departamentos, estão vinculados por aquele instrumento.

A norma deve ser anulada. (ESTADOS UNIDOS, 1803, tradução nossa)⁴³.

Lançando mão de argumentos ambiciosos, Earl Warren, *Chief Justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos, conduziu o *case Brown v. Board of Education* (ESTADOS UNIDOS, 1954), outra decisão histórica daquele tribunal.

No caso, questionou-se o modelo de segregação entre crianças brancas e negras no sistema de educação pública dos Estados Unidos. Buscando invalidar atos que negaram a admissão de crianças negras em escolas de crianças brancas no estado de Arkansas, Earl

⁴³ Texto original: “*After searching anxiously for the principles on which a contrary opinion may be supported, none have been found which appear of sufficient force to maintain the opposite doctrine.*”

.....

Mr. Marbury, then, since his commission was signed by the president and sealed by the secretary of state, was appointed; and as the law creating the office gave the officer a right to hold for five years independent of the executive, the appointment was not revocable; [...].

To withhold the commission, therefore, is an act deemed by the court not warranted by law, but violative of a vested legal right.

.....

The government of the United States has been emphatically termed a government of laws, and not of men. It will certainly cease to deserve this high appellation, if the laws furnish no remedy for the violation of a vested legal right.

.....

The question whether a right has vested or not, is, in its nature, judicial, and must be tried by the judicial authority [...].

.....

The act to establish the judicial courts of the United States authorizes the supreme court 'to issue writs of mandamus, in cases warranted by the principles and usages of law, to any courts appointed, or persons holding office, under the authority of the United States.

.....

If an act of the legislature, repugnant to the constitution, is void, does it, notwithstanding its invalidity, bind the courts and oblige them to give it effect? Or, in other words, though it be not law, does it constitute a rule as operative as if it was a law? This would be to overthrow in fact what was established in theory; and would seem, at first view, an absurdity too gross to be insisted on. It shall, however, receive a more attentive consideration. [...] Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each. So if a law be in opposition to the constitution: if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law: the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty.

.....

The judicial power of the United States is extended to all cases arising under the constitution. Could it be the intention of those who gave this power, to say that, in using it, the constitution should not be looked into? That a case arising under the constitution should be decided without examining the instrument under which it arises? This is too extravagant to be maintained. In some cases then, the constitution must be looked into by the judges. And if they can open it at all, what part of it are they forbidden to read, or to obey?

.....

Thus, the particular phraseology of the constitution of the United States confirms and strengthens the principle, supposed to be essential to all written constitutions, that a law repugnant to the constitution is void, and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument. The rule must be discharged.”

Warren desenvolveu argumento com forte carga heroica, tendo como foco a Décima Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos que, ao consagrar a cláusula da *equal protection of the law* (igualdade), assim dispôs:

EMENDA XIV (1868)

Seção 1.

Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis (ESTADOS UNIDOS, 2006, p. 196).

A conclusão de Earl Warren foi de que o precedente *Plessy v. Ferguson*⁴⁴, de 1896, que ao confirmar a validade de lei da Louisiana, criou a política de “separados, mas iguais” (ESTADOS UNIDOS, 1896, tradução nossa)⁴⁵, não era aplicável ao sistema de educação e privava os negros da isonomia legal conferida pela Décima Quarta Emenda e que a questão apresentada deveria ser “[...] determinada não com base nas condições existentes quando a Décima Quarta Emenda foi adotada, mas à luz do pleno desenvolvimento da educação pública e seu lugar atual na vida americana em toda a Nação” (ESTADOS UNIDOS, 1954, tradução nossa)⁴⁶.

Tanto a postura de John Marshall em *Marbury v. Madison*, quanto a de Earl Warren em *Brown v. Board of Education*, convergem para o mesmo ponto caracterizador do heroísmo judicial de Cass Sunstein: ambos “[...] não querem ficar ‘do lado errado da história’” (SUNSTEIN, 2015, p. 5, tradução nossa)⁴⁷. Assim, acreditando no potencial transformador da função jurisdicional (notadamente na jurisdição constitucional), Marshall e Warren assumiram considerável posição de protagonismo. O primeiro, abrindo as portas para o *judicial review*⁴⁸, e o segundo superando quadro de discriminação que há décadas era imposto nos Estados Unidos. Em ambos os casos, note-se, foram utilizados alto grau de ambição teórica na interpretação do texto constitucional.

⁴⁴ No ano de 1890, o estado da Louisiana sancionou lei que exigia acomodações em trens separados, mas iguais, destinados a negros e brancos. Homer Plessy, que se negou a sair de assento em vagão destinado a brancos foi preso e acusado de infração. Plessy argumentou perante a Suprema Corte, sem sucesso, que a lei do estado da Louisiana que permitia tal segregação era inconstitucional. A política do “separados, mas iguais” predominou por cerca de 60 anos nos Estados Unidos (ESTADOS UNIDOS, 2006, p. 27).

⁴⁵ Texto original: “*separate but equal*”.

⁴⁶ Texto original: “[...] determined not on the basis of conditions existing when the Fourteenth Amendment was adopted, but in the light of the full development of public education and its present place in American life throughout the Nation.”

⁴⁷ Texto original: “[...] do not want to be ‘on the wrong side of history’”.

⁴⁸ Para Sunstein (2015, p. 7), John Marshall foi o herói genuíno, primeiro, justamente porque em *Marbury v. Madison* inaugurou o denominado *judicial review*.

No plano filosófico, afirma Sunstein (2015, p. 9), a *persona* do juiz herói tem inevitável ligação com o juiz Hércules, de Ronald Dworkin (1999, p. 404), que busca conferir a melhor interpretação às leis, tendo como referencial o processo legislativo em sua totalidade, refletindo “não apenas suas convicções sobre a justiça, [...] mas também suas convicções sobre os ideais de integridade e equidade políticas e de devido processo legal, na medida em que estes se aplicam especificamente à legislação em uma democracia” (DWORKIN, 1999, p. 405), não olvidando, ainda, a opinião pública (DWORKIN, 1999, p. 409), presente também nas declarações e deliberações ligadas ao processo legislativo.

2.4.3.2 Os soldados

A *persona* do juiz soldado encontra-se no extremo oposto ao dos heróis e sua marca está no modo subserviente com que lida com os atos dos demais poderes ou funções do Estado, em especial a legislativa. Apresentam-se como humildes e subordinados à vontade da norma, agindo como quem cumpre ordens, em deferência ao resultado dos processos políticos. Aliás, de modo geral, esta é a primeira e mais recorrente autocompreensão de todos os juízes (SUNSTEIN, 2015, p. 15). “Quando os juízes buscam ser aprovados, eles insistem que são soldados, simplesmente seguindo regras. Dizem que apenas ‘seguirão a lei’” (SUNSTEIN, 2015, p. 15, tradução nossa)⁴⁹.

A subordinação às normas – expressão dos resultados dos processos políticos – é o ponto central da caracterização da *persona* dos soldados. O princípio da legalidade em sua faceta mais dogmática, portanto, guia toda e qualquer abordagem interpretativa feita por tais juízes.

No plano constitucional, os soldados alinham-se ao texto constitucional de maneira muito incisiva, negando-se a invalidar os atos das demais funções do Estado, exceto quando a violação às disposições constitucionais seja absolutamente patente. Os princípios de esteio constitucional, a exemplo da liberdade de expressão, destaca Sunstein (2015), não são submetidos a abordagens teóricas em alto nível de abstração, tal como prevalece entre os juízes heróis.

Assim como os heróis, os soldados podem ser classificados em diferentes graus, sendo o mais extremo deles caracterizados por juízes que desafiam até mesmo o *judicial review*,

⁴⁹ Texto original: “When judges seek to be confirmed, they insist that they are Soldiers, simply following the rules. They say that they ‘will just follow the law’”.

impondo obstáculos à autoridade do Judiciário para invalidar atos das demais funções de Estado em controle de constitucionalidade.

Sunstein (2015, p. 11-12) enumera figuras representativas do que ele denomina ser a *persona* dos soldados, entre eles a de Oliver Wendell Holmes, juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos. A dissidência manifestada por Holmes em *Lochner v. New York* (ESTADOS UNIDOS, 1906) – que, *prima facie*, revelar-se-ia como expressão do heroísmo judicial⁵⁰ –, segundo Sunstein (2015, p. 11), em verdade, traduz a *persona* dos juízes soldados.

No referido *case* a Suprema Corte dos Estados Unidos foi instada a se manifestar acerca de legislação do Estado de Nova Iorque que limitava em dez horas diárias e 60 semanais a jornada dos padeiros. Para a maioria dos juízes, a limitação da jornada violava a liberdade garantida pela Décima Quarta Emenda, não havendo justificativa, “[...] no campo da saúde, para interferir na liberdade da pessoa ou na liberdade contratual, determinando a jornada de trabalho na ocupação de padeiro” (ESTADOS UNIDOS, 1906, tradução nossa)⁵¹.

Para Holmes, no entanto, a decisão da maioria da Suprema Corte no *case* mencionado fundava-se em teoria econômica não adotada pelo país em sua totalidade. Para ele, “[...] uma Constituição não se destina a incorporar uma teoria econômica específica, seja do paternalismo e da relação orgânica do cidadão com o Estado, ou do *laissez faire*” (ESTADOS UNIDOS, 1906, tradução nossa)⁵².

Na visão de Sunstein (2015, p. 11), o traço distintivo da postura de Holmes no referido precedente é a ideia de contenção judicial e a interpretação constitucional (em especial da Décima Quarta Emenda) em níveis menos abstratos, típico da *persona* dos soldados.

2.4.3.3 Os mudos

A última das quatro *personae* destacadas por Cass Sunstein é a dos juízes mudos, representando aqueles que não desejam se pronunciar sobre quaisquer questões (notadamente as de cunho constitucional) e que buscam a todo custo se evadir delas. A postura muda assemelha-se em parte à minimalista. Ambos adotam certo grau de humildade e superficialidade (SUNSTEIN, 2015). A diferença, entretanto, está no fato de que os mudos

⁵⁰ A justificativa para a aparente configuração do heroísmo judicial no dissenso manifestado por Oliver Holmes em *Lochner v. New York* reside no fato de que Holmes buscava lançar novos rumos à interpretação estritamente liberal que a maioria da Suprema Corte acabou firmando.

⁵¹ Texto original: “[...] on the score of health, for interfering with the liberty of the person or the right of free contract, by determining the hours of labor, in the occupation of a baker”.

⁵² Texto original: “[...] a constitution is not intended to embody a particular economic theory, whether of paternalism and the organic relation of the citizen to the State or of *laissez faire*”.

não têm a pretensão de se pronunciar sobre absolutamente nada. É claro que dificilmente os juízes serão frequentemente caracterizados como mudos, razão pela qual Sunstein argumenta que essa *persona* não se faz tão presente, pelo menos na cena constitucional (SUNSTEIN, 2015, p. 18-19).

Assim, a *persona* dos mudos pode ser adotada por questões puramente estratégicas ou se revelar frente ao desconhecimento, pelos juízes, de fatos ou circunstâncias que envolvam a controvérsia, em especial no plano constitucional, denotando certo grau de humildade (SUNSTEIN, 2015, p. 21). A esse fenômeno o autor dá o nome de “evasão constitucional” (SUNSTEIN, 2015, p. 19, tradução nossa)⁵³, isto é, em que os juízes da Suprema Corte “[...] resolvem casos sem decidir questões constitucionais” (SUNSTEIN, 2018, p. 19, tradução nossa)⁵⁴.

Frequentemente os juízes trabalham duro para evitar tais questões, e para permanecer em silêncio sobre elas, interpretando as leis de maneira a tornar desnecessário dialogar com elas. [...] Em termos técnicos, os juízes favorecem interpretações que evitam dúvidas constitucionais – e que, portanto, garantem um silêncio discreto sobre as questões mais fundamentais (SUNSTEIN, 2015, p. 19, tradução nossa)⁵⁵.

Para Sunstein o agir da *persona* dos mudos caracteriza-se, também, no controle da própria competência. “A Suprema Corte também tem controle sobre sua própria jurisdição e pode decidir que alguns casos não devam ser julgados [...], mesmo se esses casos sejam bastante importantes e se as cortes inferiores estejam divididas” (SUNSTEIN, 2015, p. 19, tradução nossa)⁵⁶. Os mudos, portanto, adotam muito claramente o propósito de escapar de decisões minimamente controvertidas.

Nesse ponto, é verdade, a postura dos mudos e dos minimalistas se aproxima. De fato, Sunstein (2015, p. 24) argumenta que mudos e minimalistas são membros de uma mesma família – primos, por assim dizer; aproximam-se nos aspectos da estreiteza e da superficialidade, traços marcantes da abordagem minimalista. A diferença reside no fato de que os minimalistas se propõem ao silêncio em algumas ocasiões apenas, enquanto os mudos encaram o silêncio como regra.

⁵³ Texto original: “*constitutional avoidance*”.

⁵⁴ Texto original: “[...] *resolve cases without deciding constitutional questions*”.

⁵⁵ Texto original: “*Often justices work hard to avoid such questions, and to remain silent on them, by interpreting statutes in such a way as to make it unnecessary to speak to them. [...] In technical terms, judges favor interpretations that avoid constitutional doubts – and that therefore ensure a discreet silence on the most fundamental issues*”.

⁵⁶ Texto original: “*The Court also has control over its own jurisdiction, and it can decide that some cases ought not to be decided [...], even if those cases are quite important, and even if the lower courts are divided*”.

3 O MINIMALISMO JUDICIAL COMO ALTERNATIVA HERMENÊUTICA AO SISTEMA DE PRECEDENTES DO BRASIL

O modelo de sistema de precedentes concebido no Brasil, país de tradição romano-germânico ou da *Civil Law*, tal como descrito no título, merece ressalvas já que, exceto pela semelhança na capacidade de vinculação a determinadas decisões, rigorosamente, as distinções são marcantes entre ele, a *doctrine of precedents* e a regra do *stare decisis*; os dois últimos de tradição da *Common Law*. E para que tais distinções sejam pontuadas, é necessário retornar à origem da *Common Law* e da *Civil Law*.

Em primeiro lugar, há que se destacar a crítica elaborada por John Henry Merryman, que aponta ser mais acertado, ao invés de “sistema”, o termo “tradição jurídica” (da *Common Law* ou da *Civil Law*). Uma tradição jurídica, aponta Merryman, “não é um conjunto de normas jurídicas acerca de contratos, de associações e delitos, embora tais normas sejam quase sempre em certo sentido um reflexo dessa tradição” (MERRYMAN, 1971, p. 15, tradução nossa)⁵⁷. Para Merryman, os sistemas ou famílias jurídicos devem ser enxergados a partir, também, do âmbito cultural; daí a imprecisão, para o autor, do termo “sistema”. E sendo a cultura um importante influxo na formação dessas tradições jurídicas, não se pode deixar de encarar o direito sob prisma sociológico ou como produto imune a influências externas.

Essa linha de raciocínio permite concluir, ao contrário do que se costuma afirmar em verdadeiro senso comum, que a interpenetração entre as tradições jurídicas não é fenômeno recente, variando de intensidade ao longo do curso histórico. Reforçando tal afirmação, Streck e Abboud (2013) destacam que, “ao contrário do que possa transparecer, desde seus primórdios, as duas tradições jurídicas [*Common Law* e *Civil Law*] não estavam totalmente alheias às recíprocas influências” (STRECK; ABBLOUD, 2013, p. 24). Nas regiões latinas dos séculos XVI e XVIII, por exemplo, a literatura continental se apresentava como conjunto de soluções levadas a casos concretos – leia-se, *rationes decidendi* – transferíveis a casos semelhantes (STRECK; ABBLOUD, 2013, p. 24).

Apesar dessa interpenetração entre a *Common Law* e a *Civil Law*, há fundadas diferenças entre a função jurisdicional em cada um deles. Tais distinções apontam, inexoravelmente, para o sentido da palavra “precedente” em cada uma das tradições jurídicas acima referidas.

⁵⁷ Texto original: “no es un conjunto de normas jurídicas acerca de contratos, de asociaciones y delitos, aunque tales normas serán casi siempre em certo sentido um reflejo de esa tradición”.

Ao cabo do século XIII e durante o século XIV, o direito na França (de tradição *Civil Law*) e o inglês (de tradição da *Common Law*) acentuaram suas particularidades, processo que teve seu ápice no século XX. Na França, a *Civil Law* tornou-se cada vez mais enraizada no procedimento escrito; a Inglaterra, por sua vez, atrelou-se à oralidade (BERMAN, 1983, p. 478).

O contraste entre a função jurisdicional da *Civil Law* e da *Common Law* pode, também, ser observado a partir de enfoque histórico da função legislativa. Nessa linha, Streck e Abboud (2013, p. 28) afirmam que na tradição da *Civil Law* – com raízes fundadas no direito alemão medieval e no direito romano canônico – destaca-se o Legislativo e, conseqüentemente, a lei. Essa conclusão acerca da *Civil Law* pode ser elaborada, também, a partir da observação do contexto histórico da Revolução Francesa, que

[...] não colocou o Poder Judiciário como efetivo contrapeso aos demais Poderes. Sua configuração estava cercada, de um lado, por um Executivo enfraquecido e no receio de retorno ao absolutismo monárquico e, de outro, por um Legislativo hipertrofiado, que se valia da máxima da lei como vontade soberana e incontestável (BERNARDES; LIMA, 2018, p. 9).

Já na tradição da *Common Law* o enfoque dado à legislação, isto é, “o direito criado pelo legislador postado fora do Poder Judiciário” (SOARES, 2000, p. 37) – os *statute law* – tem função secundária; busca-se primeiro no *case* (ou precedente) a solução da questão. Guido Fernandes Silva Soares remata esse ponto afirmando:

A questão é de método: enquanto no nosso sistema [*civil law*] a primeira leitura do advogado e do juiz é a lei escrita e, subsidiariamente, a jurisprudência, na *Common Law* o caminho é inverso: primeiro os *cases* e, a partir da constatação de uma lacuna, vai-se à lei escrita. Na verdade tal atitude reflete a mentalidade de que o *case law* é a regra e o *statute* é o direito de exceção, portanto integrativo (SOARES, 2000, p. 39, grifos do autor)⁵⁸.

Esse contraste representa um dos pontos cruciais da atividade jurisdicional nas duas famílias. Enquanto na tradição da *Civil Law* o juiz revela o direito já existente e criado por força de lei, na *Common Law* o juiz efetivamente cria o direito (*judge-made law*). A lacuna, vista na *Civil Law* como um problema, exigindo esforço interpretativo para integração do direito, na *Common Law* é sua verdadeira força motriz.

O aspecto casuístico que reveste o direito deixa subsistir, de forma intencional, muitas lacunas; e a razão é francamente reconhecida como uma fonte subsidiária do direito, chamada a preencher estas lacunas. A uma técnica de interpretação do direito substituiu-se uma técnica de distinções, visando estabelecer regras novas, cada vez mais precisas, em vez de aplicar uma regra preexistente. Os sistemas de direito da família romano-germânica são sistemas fechados, a *common law* é um

⁵⁸ Observa o autor que a Inglaterra adota um modelo de *Common Law* “mais puro” (sic), ou seja, que desconhece a primazia da constituição escrita e dos *statutes*, e que os Estados Unidos figuraria como um misto entre *Common Law* e *Civil Law*, uma vez que permite a convivência entre os *case laws* e as decisões baseadas na lei federal. Cf. Soares, 2000, p. 39.

sistema aberto, em que novas regras são continuamente elaboradas; estas novas regras baseiam-se na razão (DAVID, 2014, p. 439-440).

É possível concluir, portanto, que o juiz da *Common Law*, se comparado com o da *Civil Law*, detém verdadeira capacidade criativa. É nesse espaço de manobra que a tradição da *Common Law*, por meio de sua *doctrine of precedents*, efetivamente se aprimora. Contudo, assevera Duxbury (2008, p. 27, tradução nossa)⁵⁹, “a doutrina do precedente implica tanto restrição como criatividade”. E assim conclui:

Se os precedentes vinculam de modo absoluto, como já observamos, os juízes teriam muito pouca capacidade e oportunidade para desenvolver a *Common Law*; mas se os juízes pudessem ignorar completamente os precedentes, não haveria qualquer sentido para a doutrina. (DUXBURY, 2008, p. 27, tradução nossa)⁶⁰.

Tendo o juiz, na tradição da *Common Law*, verdadeiro papel criativo, à jurisprudência é conferido o papel de verdadeira fonte de direito em seu sentido formal. Ou seja, a regra de direito extraída de determinado caso examinado pelo Judiciário tem, a um só tempo, duas funções: constituir a *ratio decidendi*, justificando a decisão exarada, e no tocante às decisões futuras, servir de precedente (STRECK; ABOUD, 2013, p. 35). Diferentemente, a *Civil Law*, em seu modelo clássico, não coloca a jurisprudência como fonte do direito, “[...] já que a função do juiz, dentro da tradição, é interpretar e aplicar ‘a lei’” (MERRYMAN, 1971, p. 51, tradução nossa)⁶¹.

Todo esse panorama histórico se mostra necessário para esclarecer as profundas distinções existentes entre a ideia de precedente da tradição da *Common Law* (notadamente nos Estados Unidos) e aquela dada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Observa-se, desse modo, que antes de se falar em vinculação, há um componente de facetas (ana)lógica e histórica e que envolve a concepção de precedente da *Common Law*. Noutras palavras, a força do precedente advém da capacidade de se amoldar às questões futuras, perpetuando sua *ratio decidendi*. Não se quer negar que não haja vinculação às decisões em razão da competência de órgãos jurisdicionais (com todas as ressalvas, leia-se “instâncias superiores”), até porque, como já dito, sem vinculação não haveria sentido para a doutrina dos precedentes⁶². O que se quer afirmar é que a natureza do precedente na tradição da *Common Law* tem um fim muito mais prático do que puramente cogente. É por essa razão que René David afirma que “uma

⁵⁹ Texto original: “*The doctrine of precedent entails both constraint and creativity*”.

⁶⁰ Texto original: “*If precedents bound absolutely, we have noted already, judges would have very little capacity and opportunity to develop the common law; but if judges ignore precedents completely, the doctrine would not exist in any meaningful sense*”.

⁶¹ Texto original: “[...] *ya que la función del juez, dentro de esa tradición, es interpretar y aplicar ‘la ley’*”.

⁶² No direito norte-americano, por exemplo, há os *binding precedents* e os *persuasive precedents*. Os primeiros têm autoridade total e implicam respeito, quer do próprio tribunal, quer das jurisdições inferiores. Já os *persuasive precedents* tem autoridade reduzida, secundária, podendo um tribunal não segui-lo. Cf. Séroussi, 2006, p. 110.

regra do precedente rigorosamente concebida não representa uma necessidade absoluta na *common law*” (DAVID, 2014, p. 491). Destaque, também, para Lawrence Baum, que afirma que

[...] os precedentes têm um valor prático. O seguimento do precedente permite que um juiz se baseie na prática anterior em vez de seguir direções novas e talvez perigosas em interpretação jurídica. De um modo mais geral, isto facilita a tarefa da tomada de decisões (BAUM, 1987, p. 192).

A partir desse contorno histórico e teórico consegue-se observar o quão distinta é a concepção de precedente adotada no sistema processual do Brasil, não se podendo falar em “sistema de precedentes” – mantendo-se o rigor e a essência da expressão –, a exemplo do que ocorre na *Common Law*.

Tome-se como norte comparativo o Código de Processo Civil (BRASIL, 2015). Nele o termo “precedente” é utilizado de modo ambíguo em alguns dos seus dispositivos. No art. 926, §2º, por exemplo, que abre o título I do Livro III, que dispõe sobre a ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais, afirma-se que “ao **editar enunciados de súmula**, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos **precedentes** que motivaram sua criação” (BRASIL, 2015, grifos nossos). O artigo ratifica a crença generalizada no sistema processual brasileiro de que os enunciados de súmula teriam a capacidade de reunir o núcleo essencial da *ratio decidendi* veiculada nos precedentes que os motivaram.

Ocorre que as súmulas, no modelo concebido e aplicado no Brasil, apresentam-se apenas como enunciados sintéticos que buscam captar a consolidação dos resultados de decisões judiciais em um mesmo sentido, sem a devida correspondência com a questão fático-jurídica. Como afirma Cássio Scarpinella Bueno, “elas, em si mesmas consideradas, revelam bem menos do que os seus ‘precedentes’ têm a capacidade de revelar” (BUENO, 2016, p. 660).

Cite-se, como exemplo dessa confusão epistemológica a respeito do conceito de precedente no Brasil, o enunciado de súmula n. 568, publicado pelo Superior Tribunal de Justiça em 17 de março de 2016 (BRASIL, 2016b), portanto, um dia antes da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015)⁶³. Nele afirma-se que “o relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver **entendimento dominante** acerca do tema” (BRASIL, 2016b, grifos

⁶³ À época da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015) instalou-se celeuma entre juristas, que divergiram quanto à data de entrada em vigor da nova Lei (16, 17 ou 18 de março de 2016). O Conselho Nacional de Justiça, por meio do Ato Normativo n. 0000529-87.2016.2.00.0000 (BRASIL, 2016a), em manifestação de natureza administrativa, afirmou que a data de início da vigência do Código de Processo Civil de 2015 ocorreria a partir do dia 18 de março de 2016.

nossos). Não bastasse sua redação, de natureza tipicamente legislativa e desacompanhada de descrição das circunstâncias fáticas que motivaram a edição da súmula – vide art. 926, §2º, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) – seu texto traz a imprecisa referência à denominada “jurisprudência dominante”. Endossa a crítica ao termo “dominante”, Cássio Scarpinella Bueno, para quem

distinguir jurisprudência de jurisprudência dominante parece ser tarefa inglória. Não consta que um punhado de julgados aleatoriamente identificados [...] possam querer fazer as vezes do que sempre se disse sobre a jurisprudência e que, por isso, jurisprudência dominante é a verdadeira jurisprudência, representativa de uma tendência de determinado Tribunal sobre decidir em um e em outro caso (BUENO, 2016, p. 660).

Soma-se a essa crítica, a postura adotada pelo Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015) que, em seu art. 927, I a V, ampliou o rol dos ditos precedentes vinculantes⁶⁴, ao dispor que:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados (BRASIL, 2015).

Torna-se evidente, portanto, que o sistema de precedentes do Brasil – principalmente após o Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015), ao invés de fundamentar a vinculação pela necessidade de aplicação das mesmas *rationes decidendi*, opta por verdadeiro “etiquetamento” dos pronunciamentos judiciais que terão observância obrigatória. O intento persuasivo desses precedentes de observância obrigatória é mínimo, para não dizer inexistente, preponderando somente os caracteres cogente e prospectivo. Ou seja, não se sabe o que, por que ou quando será decidido; a única certeza é a da hipervinculação.

Essas características trazem consigo desdobramentos perigosos. Um deles é o risco do engessamento dos precedentes, já que, na contramão do que eventualmente poder-se-ia esperar, o Direito Processual brasileiro não dispõe de mecanismos para revisão das teses vinculantes tão assertivos quanto aqueles que se propõem à fixação.

⁶⁴ Em sentido diverso Alexandre Freitas Câmara (2017, p. 374), que dá outra interpretação ao *caput* do art. 927 (BRASIL, 2015), ao afirmar que o seu real propósito é o de impor aos juízes e tribunais o dever jurídico de levar em consideração os pronunciamentos descritos nos incisos I a V.

O art. 927, §4º, do Código de Processo Civil, por exemplo, prevê que “a modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos [...]” (BRASIL, 2015), sempre observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, contemplando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. A previsão parece, *prima facie*, completamente adequada, não fosse o rigor imposto na admissibilidade de recursos, principalmente os recursos especial e extraordinário, problema que engloba, entre outros fatores, o que se convencionou chamar eufemisticamente de “jurisprudência defensiva”⁶⁵. Nessa linha, também, Lenio Streck e Georges Abboud, que afirmam:

O risco aumenta quando constatamos que o CPC cria uma verdadeira barreira à possibilidade de revisão da tese jurídica em causas futuras, por meio de diversos mecanismos processuais, tais como a improcedência liminar do pedido, a monocratização de decisões dos tribunais, a inexistência de reexame necessário quando sucumbente a fazenda pública, o risco de multa por litigância de má-fé etc. Há, dessa forma, um sério risco de engessamento da jurisprudência (STRECK; ABOUD, 2016, p. 1193).

No entanto, indaga-se: qual é o ponto de contato do minimalismo judicial com a crítica até aqui elaborada ao sistema de precedentes brasileiro? Nesse particular, é preciso destacar as palavras de Cass Sunstein:

Minimalistas celebram o sistema de precedentes na essência. Os juízes podem não concordar com o modo com que os anteriores decidiram, mas podem concordar em respeitar essas decisões – em parte porque o respeito pelo precedente promove a estabilidade, e em parte porque tal respeito torna desnecessário que os juízes discutam as questões mais fundamentais sempre que surgir um novo problema (SUNSTEIN, 2005, p. 28, tradução nossa)⁶⁶.

Como se verá adiante, o minimalismo judicial de Cass Sunstein representa alternativa hermenêutica capaz de amenizar, ainda que de modo episódico, as distorções no conceito de precedentes no Direito Processual do Brasil, a partir do auxílio na diferenciação entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, e da abertura do sistema de precedentes por meio da distinção do caso concreto em relação ao precedente aparentemente aplicável (*distinguish*) ou mesmo a sua superação (*overruling*), o que contribuiria, sobretudo a partir do modelo estabelecido pelo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), para redução dos riscos no engessamento das teses fixadas.

⁶⁵ Humberto Gomes de Barros, em discurso de posse no cargo de Presidente do Superior Tribunal de Justiça, esboçou um conceito de jurisprudência defensiva, que pode ser sintetizado como a “[...] criação de entraves e pretextos para impedir a chegada e o conhecimento dos recursos [...]” naquele tribunal (BARROS, 2008, p. 24).

⁶⁶ Texto original: “Minimalists celebrate the system of precedent in the spirit. Judges may not agree with how previous judges have ruled, but they can agree to respect those rulings – partly because respect for precedent promotes stability, and partly because such respect makes it unnecessary for judges fight over the most fundamental questions whenever a new problem arises”.

3.1 O MINIMALISMO JUDICIAL E A OBSCURIDADE ENTRE *RATIO DECIDENDI* E *OBITER DICTUM*

Como já se afirmou, seja porque desvinculados parcial ou totalmente dos fatos em exame, seja porque simplesmente irrelevantes, os *obiter dicta* consistem em argumentos utilizados de passagem ou lateralmente na fundamentação das decisões judiciais; não são, assim, indispensáveis ao pronunciamento jurisdicional. Já as *rationes decidendi*, isto é, as razões de decidir, configuram-se como parte vinculante da narrativa e da construção do raciocínio jurídico, capazes de servir de fundamentação e justificativa para uma decisão judicial.

Elaborar um conceito mínimo do que venha a ser *ratio decidendi* ou *obiter dictum* pode parecer simples. Mas a identificação de cada um deles em meio à fundamentação jurídica das decisões judiciais é tarefa de acentuada complexidade, seja na tradição da *Civil Law*, seja na da *Common Law*. Isso porque são construtos que frequentemente se confundem, mesmo após detida observação das decisões judiciais (DUXBURY, 2008, p. 69), não sendo facilmente desembaraçados uns dos outros. Soma-se o fato de que “[...] alguns casos parecem não produzir uma *ratio decidendi* e muitos produzem mais de uma (DUXBURY, 2008, p. 26, tradução nossa)⁶⁷.

Muito dessa confusão explica-se pela desnecessidade de o julgador, ao firmar suas convicções, não estar obrigado a indicar em que passagem encontra-se um ou outro. Não lhe sendo exigida essa indicação, o mesmo não se pode impor àquele que venha a interpretá-la. Logo, e em tese, um juiz, ao aplicar um precedente, pode tomar como *ratio decidendi* o que na essência foi afirmado em *obiter dictum* (ou vice-versa), operando, naturalmente, a transformação de um em outro. Observa-se, com isso, que a linha divisória que separa a *ratio decidendi* dos *obiter dicta* tende a se deformar conforme os precedentes vão sendo aplicados ao longo do tempo, fazendo com que os juízes e tribunais, ao recuperá-los, sejam os verdadeiros identificadores das razões de decidir.

Como discorrido no subcapítulo 2.4.1, um sistema tenderá ao minimalismo “[...] se os tribunais subsequentes tiverem muita flexibilidade para desprezar justificativas como *obiter dicta*, ou recharacterizar as *rationes decidendi* (SUNSTEIN, 1999, p. 20, tradução nossa)⁶⁸. De outro lado, inclina-se ao maximalismo o pronunciamento judicial que, aplicando o precedente,

⁶⁷ Texto original: “[...] some cases appear not to yield a ratio and many yield more than one”.

⁶⁸ Texto original: “[...] if subsequent courts have a great deal of flexibility to disregard justificatory language as ‘dicta’ or to recharacterize previous holdings.”

eleva os *obiter dicta* da decisão antecedente como importantes para a solução do caso em exame, ou seja, transforma-os em *rationes decidendi*.

Nessa linha, pode-se perceber que a utilidade da abordagem minimalista está na demarcação, tanto quanto possível, da linha divisória que separa os *obiter dicta* da *ratio decidendi* na aplicação dos precedentes. Essa capacidade de restringir a decisão ao núcleo indispensável à solução do caso em exame aparta, de modo natural, tudo aquilo que poderia vir a integrar a *ratio decidendi*, caso a abordagem hermenêutica realizada buscasse aprofundar a teorização e abstração dos argumentos ou, ainda, visasse ampliar o alcance fático das decisões judiciais⁶⁹.

E é a adoção de passos pequenos e cautelosos que dá o tom do enfoque minimalista na elaboração e aplicação dos precedentes. Essa cautela provém de um dos pilares teóricos do minimalismo judicial, a saber, os *acordos não totalmente teorizados*, que visam à limitação das teorias abstratas por meio do uso construtivo do silêncio. Sem deixar de observar que sua aplicação não é universal e que também têm desvantagens (assim como é o próprio minimalismo)⁷⁰, Cass Sunstein afirma que as virtudes dos *acordos não totalmente teorizados* “[...] estão ligadas ao espaço limitado dos tribunais em uma sociedade democrática, em que princípios fundamentais são mais bem discutidos e revelados em arenas democráticas” (SUNSTEIN, 1996, p. 6, tradução nossa)⁷¹. A afirmação enfrenta o dogma da proibição do *non liquet*⁷², alinhando-se – em certa medida – à crítica formulada por Rosemiro Pereira Leal, para quem a sua negação representa

[...] um jogo estratégico do liberalismo radical para confiar ao Poder Judiciário a prática de uma ideia de justiça extra-sistêmica pelas convicções dignificantes, éticas, morais ou consuetudinárias de um julgador identificado com a ideologia de uma classe preponderante de uma Sociedade intocável (LEAL, 2016, p. 32)

Essa limitação da função jurisdicional que Sunstein preconiza tem uma razão bem clara. Para o autor, os *acordos não totalmente teorizados* permitem que as questões (não totalmente teorizadas) retornem à discussão em ambientes distintos do Judiciário. Há, com isso, uma autocontenção justificada do poder dos juízes, celebrando a modéstia teórica. É por

⁶⁹ Convém frisar, novamente, que Ronald Dworkin defende modelo de interpretação que amplia o âmbito de abstração, ao contrário de reduzi-lo. Isso ocorre por meio do que o autor denominou de “*justificatory ascent*” (DWORKIN, 2006, p. 53), em tradução livre, ascensão justificativa. A metáfora do juiz Hércules, cunhada pelo mesmo autor, reúne os predicados sobre-humanos capazes de viabilizar esse enfoque hermenêutico (DWORKIN, 2006, p. 54).

⁷⁰ Cf. Sunstein, 2007b, p. 13.

⁷¹ Texto original: “[...] are connected with the limited place of courts of law in a democratic society, where fundamental principles are best discussed and announced in democratic arenas”.

⁷² George Marmelstein (2009) ensina que “a expressão latina ‘*non liquet*’ é uma abreviatura da frase ‘*iuravi mihi non liquere, atque ita iudicatu illo solutus sum*’, que significa mais ou menos isso: ‘jurei que o caso não estava claro o suficiente e, em consequência, fiquei livre daquele julgamento’. Ao declarar o ‘*non liquet*’, o juiz romano se eximia da obrigação de julgar os casos nos quais a resposta jurídica não era tão nítida.

essa razão que Cass Sunstein afirma que os minimalistas “[...] enfatizam que os seres humanos, e os juízes em particular, têm um estoque limitado de razão” (SUNSTEIN, 2015, p. 16, tradução nossa)⁷³, afirmação que guarda semelhança com o pensamento de Karl Popper⁷⁴, que enfatiza o limite do intelecto (POPPER, 2008, p. 44) e a necessidade do contínuo exame crítico de toda fonte de conhecimento (POPPER, 2008, p. 55), o que se dá por meio de testes de falsificação, que podem conduzir a conclusões provisoriamente verdadeiras. Para Popper,

A crença de um liberal⁷⁵ – crença na possibilidade do império das leis, da justiça igualitária, dos direitos fundamentais e na sociedade livre – **pode conviver facilmente com o reconhecimento de que os juízes não são oniscientes e cometem erros**; que a justiça absoluta jamais se realiza plenamente. **Mas a crença na possibilidade do império das leis, da justiça e da liberdade certamente não resistirá à aceitação de uma epistemologia que propugne a inexistência de fatos objetivos**, não só neste caso particular mas em qualquer outro; e **que diga que o juiz não pode cometer erros factuais uma vez que não pode estar equivocado a respeito dos fatos, da mesma forma como não pode ter certeza deles** (POPPER, 2008, p. 33, grifos nossos).

Nessa linha de pensamento, o pronunciamento judicial deixaria, portanto, o plano da certeza e da imutabilidade, sendo encarado, agora criticamente, apenas como provisório.

Essa propriedade do minimalismo revela-se virtuosa, na medida em que permite a abertura do sistema de precedentes brasileiro, quer conduzindo à elaboração de teses que tendem a ser menos abrangentes – ou seja, sem esgotar toda sorte de argumentos ou ampliar o seu alcance a elevado número de desdobramentos fáticos –, quer fomentando a discussão (em espaços distintos do judicial) dos temas que eventualmente seriam objeto dos precedentes.

A *ratio decidendi* do precedente, assim, passaria por processo de filtragem minimalista. Há, com isso, considerável incremento da previsibilidade na elaboração e aplicação dos precedentes e de sua *ratio decidendi* – agora sim, reduzida ao seu núcleo de indispensabilidade –, cumprindo-se o propósito de uniformização da jurisprudência em bases estáveis, íntegras e coerentes, conforme dispõe o art. 926, *caput*, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015). Convém destacar que “[...] a estabilidade geralmente é desejável; mas um sistema que é estável e injusto provavelmente será menos estável” (SUNSTEIN, 1996, p. 54, tradução nossa)⁷⁶. Esse filtro minimalista da *ratio decidendi*, ao se atentar para os custos das

⁷³ Texto original: “[...] emphasize that human beings, and judges in particular, have a limited stock of reason”.

⁷⁴ Os conceitos de falseabilidade, o problema da indução, além da crítica ao psicologismo, todos desenvolvidos por Karl Popper, terão tratamento destacado no capítulo 4.2.

⁷⁵ No prefácio da obra *Conjecturas e refutações*, Karl Popper enfatiza o sentido dos termos liberal, liberalismo e seus derivados: “[...] para mim, não é o simpatizante de um determinado partido político, mas aquele que valoriza a liberdade individual e que é sensível aos perigos intrínsecos de todas as formas de poder e da autoridade” (POPPER, 2008, p. 20).

⁷⁶ Texto original: “[...] stability is usually desirable; but a system that is stable and unjust should probably be made less stable”.

decisões, reduz os custos dos erros na vinculação a decisões elaboradas a partir de conceito distorcido de precedentes⁷⁷.

É preciso afirmar, também, que as noções de estabilidade, integridade e coerência não são atributos passíveis de serem alcançados a não ser em bases teóricas sedimentadas. E tal sedimentação, partindo de conceitos próprios da elaboração minimalista, só se revela segura se construída a partir de passos cautelosos, ainda que seja possível o enfrentamento das questões em planos mais abstratos.

3.2 O MINIMALISMO, DISTINÇÃO E SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES

A tradição da *Common Law* encara com acentuada praticidade o conceito de precedente. Sem deixar de lado a capacidade de vinculação, a ideia subjacente à criação do precedente é a de reproduzir, persuasivamente, a tese representativa da *ratio decidendi*. Logo, o sistema precisa deixar aberta a possibilidade de se realizar a diferenciação, no caso em exame, dos pressupostos de fato e de direito do precedente aparentemente aplicável (*distinguish*) ou, ainda, superar a tese formulada (*overruling*), propiciando, em ambas as hipóteses, a natural abertura da tradição jurídica.

No Brasil, o sistema de precedentes do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), ainda que com seus vícios conceituais, também reproduz os institutos. É o que se vê, por exemplo, no art. 489, §1º, VI, que desconsidera fundamentada a decisão judicial que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de **distinção** no caso em julgamento ou a **superação** do entendimento” (BRASIL, 2015, grifos nossos).

Lenio Streck (2016, p. 682), afirma que “filosoficamente, é impossível distinguir uma questão de fato de uma questão de direito, porque, quando vislumbramos o fato, ele já nos aparece juridicizado, uma vez que o direito é a condição de possibilidade do intérprete-juiz dizer o fenômeno”. Por essa razão, a análise da *ratio decidendi* desassociada das questões fáticas ou jurídicas acaba por desnaturá-la (STRECK, 2016, p. 687). Exigindo-se, então, a análise entrelaçada de fato e direito, percebe-se que a tarefa da distinção ou superação do precedente é algo consideravelmente complexo.

Não bastasse essa complexidade, a distinção e a superação ganham contornos de dramaticidade no sistema de precedentes do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015),

⁷⁷ Vide crítica já elaborada nesse trabalho acerca do art. 927 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

engendrado de modo a inviabilizar qualquer discussão em torno de suas teses, o que se dá por meio de duas frentes.

A primeira, já mencionada, a da hipervinculação, que, desprezando o sentido persuasivo do termo “precedente”, realiza verdadeiro etiquetamento das decisões judiciais que deverão ser observadas, tal como previsto no art. 927 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015). Ou seja, vê-se que o Código (BRASIL, 2015), talvez (*rectius*, certamente) antevendo que nem todas as teses conteriam construções capazes de servir de referência aos casos análogos posteriores, preocupou-se muito mais com o argumento de autoridade do que com a ideia de trilhar caminhos argumentativos para solução de controvérsias.

A segunda, “[...] por meio de diversos mecanismos processuais, tais como a improcedência liminar do pedido, a monocratização de decisões dos tribunais, a inexistência de reexame necessário quando sucumbente a fazenda pública, o risco de multa por litigância de má-fé etc” (STRECK; ABOUD, 2016, p. 1193).

A proposta minimalista a essas questões pode parecer um tanto quanto óbvia, mas não menos útil. No tocante à distinção, por exemplo, Neil Duxbury dá o tom do enfrentamento adequado da questão:

Quando juízes realizam o *distinguish*, por vezes criam o direito de modo modesto e limitado, alterando a *ratio* identificada em um precedente para que doravante aplique somente quando surjam [...] os fatos relevantes encontrados no precedente [...] (DUXBURY, 2008, p. 27, tradução nossa)⁷⁸.

Sem deixar de lado a observação de que, diante de verdadeiro retrocesso legislativo, a alteração da lei seria o primeiro passo para se realizar essa correção plena, é possível concluir que, caminhando no sentido da estreiteza e superficialidade próprias da abordagem minimalista, quanto menor for o âmbito fático-jurídico das decisões elencadas no art. 927 (BRASIL, 2015), mais fácil será a diferenciação dele de outras circunstâncias fático-jurídicas (*distinguish*). Mais fácil será, também, a superação do tratamento jurídico dessas mesmas circunstâncias, abrindo-se o caminho para a evolução do precedente, no sentido da preconizada abertura do sistema.

Demais disso, a estreiteza e a superficialidade, inevitavelmente, importam em redução dos custos das decisões, mormente os custos dos seus erros, como já afirmado. Assim, a limitação fático-jurídica, incluindo a limitação do nível de abstração dos argumentos que compõem a *ratio decidendi* dos precedentes, conduz à redução dos riscos na vinculação a decisões judiciais que, a partir do desprezo à ideia de persuasão e da hipertrofia da força

⁷⁸ Texto original: “When judges distinguish cases they sometimes exercise a modest and constrained law-making function by amending the identified ratio of a precedent so that it henceforth applies only when there arises [...] the material facts to be found in the precedent case plus some further fact [...]”.

cogente, veiculam comandos normativos muitas vezes destituídos de discursividade suficientemente capaz de ensejar a repercussão das razões de decidir.

Sendo, portanto, a carga das decisões composta de núcleo voltado à especificidade dos casos, o que dizer de tudo aquilo que poderia, eventualmente, compor a *ratio decidendi* em uma decisão proferida em sentido maximalista? Em outras palavras, quem suportaria o “custo da incerteza” (SUNSTEIN, 2015, p. 61, tradução nossa)⁷⁹? O minimalismo, nesse aspecto, tem a capacidade de, por meio da teorização incompleta, fazer com que as questões eventualmente não deliberadas sejam transferidas a outras searas, especialmente as do Legislativo e Executivo. Essa capacidade, em tempos marcados por crescente e nocivo protagonismo judicial, revela-se como alternativa capaz de enfrentar ou, ao menos, minimizar o denominado ativismo judicial, fomentando parcialmente o reequilíbrio na separação de poderes ou funções de Estado.

O que se vê, em última análise, é que o minimalismo judicial, ainda que fruto da observação das decisões judiciais em país de tradição da *Common Law*, tem a capacidade de, no ordenamento jurídico brasileiro, servir de catalizador de importantes alterações legislativas, resultando em aparente resgate dos pontos mais fundamentais da *Civil Law*, a saber, a posição de destaque da lei.

⁷⁹ Texto original: “*cost of uncertainty*”.

4 OBJEÇÕES TEÓRICAS AO MINIMALISMO JUDICIAL DE CASS SUNSTEIN

Apesar de restar evidente na bibliografia de Cass Sunstein que o minimalismo judicial é fruto da observação e análise das decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos (SUNSTEIN, 1999, p. xi), como já se afirmou no capítulo dois deste trabalho, os minimalistas estão presentes nos mais diversos sistemas jurídicos pelo mundo (SUNSTEIN, 2015, p. 2)⁸⁰.

Desse modo, pretende-se analisar a viabilidade da abordagem minimalista à luz do Estado Democrático de Direito, em que

liberdade e igualdade são retomados como direitos que expressam e possibilitam uma comunidade de princípios, integrada por membros que reciprocamente se reconhecem pessoas livres e iguais, coautores das leis que regem sua vida em comum. Esses direitos fundamentais adquirem uma conotação de forte cunho procedimental que cobra de imediato a cidadania, o direito de participação, ainda que institucionalmente mediatizada, no debate público constitutivo e conformador da soberania democrática do novo paradigma, **o paradigma do Estado Democrático de Direito e de seu Direito participativo, pluralista e aberto** (CARVALHO NETTO, 2004, p. 37, grifos nossos).

A partir desse referencial democrático, serão levantadas, no enfrentamento à questão, eventuais objeções teóricas à aplicação da referida elaboração de Cass Sunstein, e conjecturando caminhos para o seu aperfeiçoamento teórico. Afinal, “todo conhecimento é provisório [...]. Consequentemente, levanta novas hipóteses, provoca a mudança de teorias inteiras, **sempre se aperfeiçoando, sempre ampliando os seus horizontes** [...]” (GAMBOGI, 2005, p. 21, grifos nossos). Essa análise passará pelos principais vetores do minimalismo judicial, a saber, os *acordos não totalmente teorizados*, o conservadorismo político de Edmund Burke e o ideal de democracia deliberativa.

Justifica-se tal enfoque crítico, também, pelo risco de importação indevida de conceitos alienígenas, sem a necessária verificação de compatibilidade ao ordenamento jurídico brasileiro, de matriz (pretensamente) democrática, o que poderia implicar em desrespeito a garantias processuais constitucionais, sintetizadas, aqui, nos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da isonomia.

O princípio do devido processo legal, previsto no art. 5º, LVI, da Constituição da República (BRASIL, 1988), “é a base de todos os princípios fundamentais que regulam o processo” (FREITAS, 2008, p. 54), traduzindo-se no direito das partes a um processo e sentença devidamente fundamentados. Como destaca Sérgio Henrique Zandoná Freitas, tal princípio pode ser compreendido como

[...] uma espécie do gênero devido processo constitucional que, juntamente com o princípio da legalidade, representa o pilar do Estado Democrático de Direito, que

⁸⁰ Assim como os heróis, os soldados e os mudos. Cf. Sunstein, 2015, p. 2.

inadmitte o fato de o processo ser instrumento para a realização da justiça entre os homens, já que os provimentos estatais só serão considerados legítimos quando construídos, em participação isonômica, em contraditório e em ampla defesa pelos seus próprios destinatários (FREITAS, 2008, p. 55).

Por sua vez, os princípios do contraditório e da ampla defesa, disciplinados no art. 5º, LV, da Constituição da República (BRASIL, 1988), asseguram as “mesmas oportunidades que devem ser dadas às partes de serem ouvidas no processo, por intermédio do chamado contraditório recíproco, como também da paridade de tratamento [...]” (FREITAS, 2008, p. 52-53), garantindo-se os mesmos instrumentos processuais e de liberdade de discussão da causa.

Por fim, o princípio da isonomia, previsto no *caput* do art. 5º da Constituição da República, que dispõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (BRASIL, 1988). Trata-se de princípio que, aplicado ao Direito Processual, “perpassa pela participação e fiscalidade ampla e irrestrita do jurisdicionado com relação à construção dos provimentos jurisdicionais” (FREITAS, 2008, p. 54) e que garante às partes “[...] uma igualdade argumentativa no espaço procedimental” (CAMPOS, 2016, p. 52).

É esse contexto principiológico que guiará a investigação e a crítica ao minimalismo judicial de Cass Sunstein, na tentativa de identificar se se trata de alternativa hermenêutica compatível com o paradigma do Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro.

4.1 MINIMALISMO JUDICIAL E O RESGATE PARCIAL DOS PARADIGMAS DE DIREITO SUPERADOS

O minimalismo judicial de Cass Sunstein, como já exposto nesse trabalho, apresenta-se como instrumento de promoção de ideais deliberativos e de respeito à pluralidade em meios de intensa divergência, pontos de destaque no paradigma do Estado Democrático de Direito. Isso porque, ao reduzir o espectro e a densidade das teorizações, pretende estabelecer consensos possíveis e, ainda, fomentar o debate de questões controvertidas fora do âmbito judicial.

No entanto, é a partir da observação do minimalismo judicial, com atenção à noção de paradigma – em particular, no que se refere ao seu emprego na Teoria e Filosofia do Direito, além do Direito Constitucional – que as primeiras objeções teóricas à concepção de Sunstein

começam a surgir. Para tanto, serão consideradas as observações de Menelick de Carvalho Netto (2004) acerca da hermenêutica constitucional, tendo como base a noção de paradigma de Direito.

A noção de paradigma está contida na obra de Thomas Kuhn *A estrutura das revoluções científicas* (KUHN, 1998), podendo ser conceituada como “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência” (KUHN, 1998, p. 13). Para Kuhn (1998, p. 30), os paradigmas propiciam que os membros da comunidade científica comprometam-se com as mesmas regras e padrões em sua prática. Analisando o conceito de paradigma de Thomas Kuhn (1998) e aplicando-o à Teoria e à Filosofia do Direito, Carvalho Netto (2004) afirma que o desenvolvimento científico verifica-se “[...] mediante rupturas, através de tematização e explicitação de aspectos centrais dos grandes esquemas gerais de pré-compreensões e visões de mundo, consubstanciados no pano de fundo naturalizado de silêncio assentado na gramática das práticas sociais (CARVALHO NETTO, 2004, p. 29).

Carvalho Netto (2004, p. 30-37), ainda, analisa os paradigmas que antecederam o do Estado Democrático de Direito. O primeiro, denominado pré-moderno, engloba toda a antiguidade e Idade Média, e reúne religião, direito, moral, tradição e costumes em contexto único. O segundo, o do Estado de Direito⁸¹, eleva ideias de que os membros da sociedade devam ser proprietários, livres e, por essa razão, sujeitos de direito. Tal modelo derivou “da conformação da organização política à necessidade de que essas ideias [propriedade e liberdade, em especial], tidas como direito natural de cunho racional, verdades matemáticas absolutas e inquestionáveis [...] – pudessem encontrar livre curso e se impor” (CARVALHO NETTO, 2004, p. 32). Já o terceiro, o paradigma do Estado Social⁸², que concentra os problemas vividos no Estado Liberal e os encara por meio de

ideias socialistas, comunistas e anarquistas [que] começam a colocar agora em xeque a ordem liberal e a um só tempo animam os movimentos coletivos de massa cada vez mais significativos e neles se reforçam com a luta pelo direito de voto, pelos direitos coletivos e sociais, como o de greve e de livre organização sindical e partidária, como a pretensão a um salário mínimo, a uma jornada máxima de trabalho, à seguridade e previdência sociais, ao acesso à saúde, à educação e ao lazer (CARVALHO NETTO, 2004, p. 34).

Esses paradigmas do Direito estão caracterizados de modo muito claro na história e o papel do juiz se altera conforme ocorre a transição entre eles, importando em verdadeiro redimensionamento do poder político do Judiciário (BERNARDES; LIMA, 2018, p. 23-24).

⁸¹ Também denominado de Estado Liberal.

⁸² Também denominado, na literatura, de *Welfare State* ou Estado do Bem-Estar Social.

Apesar disso, considerando que o curso natural da história não se dá em blocos estanques, e que a alteração entre os paradigmas sempre deixa, em maior ou menor medida, resquícios do modelo anterior, é possível identificar que a concepção minimalista de Cass Sunstein, em sua essência, revolve aspectos controvertidos de cada um dos paradigmas superados.

O paradigma pré-moderno, caracterizado pela análise conjunta de Antiguidade e Idade Média, tem o aspecto religioso como importante marca, agregando ao seu redor elementos como a moral, os costumes e a tradição. A tradição e sua direta relação com a concepção de conservadorismo serão analisadas no subcapítulo 4.3. Tratar-se-á, aqui, dos modelos de estruturação social e jurídica, e o aparente enlace com as concepções minimalistas.

Tome-se como ponto de partida da análise do paradigma pré-moderno a Grécia antiga. A efervescência política em Atenas, na antiguidade, é o grande exemplo de democracia desse período. No entanto, se analisada detidamente, a ordem política ateniense distancia-se dos conceitos envolvidos no modelo de democracia contemporânea.

A democracia em Atenas pressupunha a liberdade; e só era livre aquele que reunia a capacidade deliberativa, ditando os rumos da *pólis*. Como afirma Marcelo Maciel Ramos, “o poder na democracia grega passa a ser exercido e justificado pela participação direta dos cidadãos” (RAMOS, 2013, p. 298), ampliando-se a discursividade política. Nesse contexto, a lei deixa o espaço da natureza (*phýsis*), ou do sagrado e do mítico, destinada pelos deuses (*thesmós*), para ser encarada como produto dos cidadãos (*nómos*) (ALVAREZ, 2014, p. 88-89; RAMOS, 2013, p. 302).

No entanto, apenas o cidadão ateniense dotado de atributos específicos é que reunia condições de participar da cena política. Mulheres e escravos, por exemplo, não possuíam poder de manifestação. “A democracia minoritária ateniense, dado o seu modo de produção escravagista e excludente, sonegou cidadania aos que se dedicavam às atividades econômicas, essenciais ao seu desenvolvimento [...]” (SOARES, 2017, p. 139). Demais disso, a língua exercia importante fator de distinção entre o povo grego e os outros povos. A diversidade, nessa esteira, não era uma virtude da democracia ateniense, ainda mais se comparada com as compreensões atuais. Havia, assim, um corpo político bem destacado, capaz de ditar os rumos da *pólis*.

Essa passagem do *thesmós* ao *nómos*, em Atenas, cuja descrição histórica ainda permanece obscura (OSTWALD, 1969, p. 55)⁸³, aparentemente relaciona-se com o período

⁸³ Para Martin Ostwald (1969, p. 55), a transição do *thesmós* ao *nómos* em Atenas ocorreu no estabelecimento da democracia por Clístenes, mas a ausência de dados históricos capazes de apontar um período de coexistência de

sofista, importante referencial humanista da filosofia antiga (REALE; ANTISERI, 2003, p. 73). Embora o pensamento sofista tenha sido objeto de duras críticas, em especial por Sócrates, não se pode negar que tenha representado grande acontecimento filosófico⁸⁴, responsável pela reconfiguração do eixo da filosofia grega. Isso porque os sofistas foram capazes de deslocar a reflexão filosófica, da *phýsis* e do *cosmos*, para o homem. Tal propósito pode ser exemplificado a partir da frase de Protágoras de Abdera, que exprime a pretensão de negação de um critério absoluto: o homem é a medida de todas as coisas.

Assim, todo o contexto da reflexão filosófica empenhada pelos sofistas, levou à relativização do conceito de justiça. Isso porque o justo por imposição (*thesmós*) deu lugar ao justo por convenção (*nómos*).

Assim, quando descobrimos que a palavra ateniense usual para uma lei era *thesmós* nos Séculos VII e VI a.C., e *nómos* nos Séculos V e IV a.C., isso é significativo. Marca a mudança para uma atitude democrática e implica que a validade de uma lei depende mais de sua aceitação pela comunidade do que do poder de um governante (MACDOWELL, 1986, p. 44, tradução nossa)⁸⁵.

E nesse *nómos* imperava a fusão entre lei e justiça; ou seja, era justo o que restasse convencionado entre os cidadãos atenienses. A superveniência de norma que negasse o sentido da anterior demonstrava um novo sentido de justiça; daí se dizer que o sentido de justiça relativizou-se.

Mas essa relativização do conceito de justiça operada pelo *nómos* ateniense precisa ser compreendida à luz das limitações que envolviam o exercício da atividade política e da discrepância entre o conceito de democracia da Grécia antiga e o da contemporaneidade. Como já afirmado, não era qualquer indivíduo que detinha a capacidade de fazer o uso da palavra na *ágora*, ditando os rumos da *pólis*. Transportada para os dias atuais e recuperando parte do conceito de Protágoras, o *nómos* ateniense não possuía a medida de todos os homens, porque nem todos os homens serviriam de medida para todas as coisas na *pólis*. Há, assim, um resíduo de *thesmós* no *nómos*, já que neste, o grupo que tinha o poder de reconhecimento do que deveria ser válido e vinculante representava o papel de autoridade, tal como desempenhado pelos deuses no *thesmós*.

ambos os termos em Atenas sugere que essa transição ocorreu de modo abrupto, como produto de um ato deliberado. Cf. Ostwald, 1969.

⁸⁴ Tais críticas permaneceram até o Século XX, quando se operou uma revisão teórica do período sofista dando ao referido movimento uma nova e importante configuração. Cf. Reale; Antiseri, 2003, p. 73 *et seq.*

⁸⁵ Texto original: “So, when we find that the usual Athenian word for a law was *thesmos* in the seventh and sixth centuries but *nomos* in the fifth and fourth, that is significant. It marks the change to a democratic attitude, and implies that the validity of a law depends rather on its acceptance by the community than on the power of a ruler.”

A partir dessa pequena amostra, é possível inferir como o minimalismo judicial resgata aspectos do paradigma da antiguidade, inclusive, parcialmente, suas limitações e críticas. A busca pelo ponto de consenso em meios de intensa divergência, a partir de abordagens teorizadas até o limite da convergência entre os participantes, guarda semelhança com o *nómos* ateniense e a ideia de justo por convenção. Isso porque, mais do que simplesmente aplicar o que era imposto (*thesmós*) pela figura divina, o *nómos* traduz a concepção de regras vinculantes elaboradas pelos concidadãos. O minimalismo atua de modo semelhante, já que, ao limitar o âmbito de teorização da norma jurídica, rejeitando a ampla extensão de sua interpretação, restringe parcialmente o seu sentido vinculante (tal como o *nómos* rejeita o *thesmós* e o sentido de lei imposta por uma figura de autoridade). E, no lugar de uma interpretação amplíssima ou esgarçada, prefere focar em consensos possíveis na já mencionada “descida conceitual” (SUNSTEIN, 2007b, p. 3, tradução nossa)⁸⁶.

Já a ideia de um conceito relativo de justiça, tal como defendido pelos sofistas, tendo o homem como medida, assemelha-se razoavelmente ao minimalismo judicial de Cass Sunstein no tocante aos *acordos não totalmente teorizados*. Isso porque, a depender dos envolvidos e do grau de divergência entre eles, uma mesma temática posta em discussão em grupos diferentes poderia levar a níveis diferentes de abstração e teorização, produzindo consensos diferentes (e, porque não, noções distintas de justo).

O problema é que nem o *nómos*, como já visto, nem o minimalismo, abandonam o conceito de autoridade. No *nómos*, essa autoridade está representada pelo corpo de cidadãos razoavelmente destacado na sociedade ateniense e que possuía a capacidade de ditar o conceito de justiça. No minimalismo, a autoridade está personificada na figura do juiz, único capaz de aplicar a abordagem minimalista e limitar as teorizações entre os indivíduos.

No Estado Liberal ou de Direito, como prefere denominar Menelick de Carvalho Netto (2004), com a preponderância da liberdade entre os sujeitos, a autonomia da vontade ganha relevância nas relações jurídicas. Como afirma Mário Lúcio Quintão Soares, “o liberalismo privilegiou, sobremaneira, **a autonomia privada**, ao realçar os direitos de propriedade e de liberdade dos contratos” (SOARES, 2017, p. 166, grifos do autor). E assim, indivíduos muitas vezes em posições de extrema discrepância eram igualados. O limite no uso das abstrações no minimalismo judicial, assim, resgata o problema da liberdade, que conduz à igualdade aritmética entre indivíduos. Como conceber um limite ao uso abstrato de argumentos àquele que sequer sabe sua extensão? Esse aspecto retoma o problema já destacado por Boaventura

⁸⁶ Texto original: “*conceptual descent*”.

de Sousa Santos, em seus estudos acerca da Sociologia da Administração da Justiça. Para o autor, “os cidadãos de menores recursos tendem a conhecer pior os seus direitos e, portanto, a ter mais dificuldades em reconhecer um problema que os afecta como sendo problema jurídico” (SANTOS, 1986, p. 21). O juiz, então, estaria em posição privilegiada em relação às partes.

É possível também identificar marcas do paradigma do Estado Social na concepção de minimalismo judicial de Cass Sunstein. Nesse particular, chama atenção a passagem da *jurisprudência dos conceitos* para a *jurisprudência dos interesses*, adotada, aqui, como amostra representativa da transição do Estado Liberal ao Estado Social. Afirma Norberto Bobbio (1995, p. 221):

A concepção formalista da ciência jurídica teve sua expressão máxima na *jurisprudência conceitual* ou *Begriffsjurisprudenz* [...]. A esta [...] se contrapõe a *jurisprudência dos interesses* (*Interessenjurisprudenz*) que, rejeitando o dogmatismo e o abuso da lógica da qual esta acusa o formalismo científico, se propõe a interpretar o direito à luz das relações sociais que deve regular e dos conflitos de interesse que deve dirimir (BOBBIO, 1995, p. 221).

A *jurisprudência dos interesses*, ao adotar uma aplicação pragmática do direito, e deslocando o “eixo do problema do legislador – como pessoa – para a sociedade como grandeza determinante” (LARENZ, 1997, p. 61), abre espaço para sua interpretação sociológica. Isso amplia a atuação do juiz, agora não mais “reduzida a uma tarefa mecânica de aplicação silogística da lei tomada como a premissa maior” (CARVALHO NETTO, 2004, p. 26), a pretexto de satisfazer as “necessidades da vida [...], quer materiais quer ideais” (LARENZ, 1997, p. 62), algo próprio do Estado Social. E é essa abertura do campo de atuação do juiz que propicia a introdução de outras correntes teóricas, a exemplo do Movimento do Direito Livre (LEAL, A., 2008, p. 52), do realismo jurídico norte-americano e da jurisprudência sociológica.

O Movimento ou Escola do Direito Livre, segundo Karl Larenz (1997, p. 78), teve como precursor Oskar von Büllow, por meio da obra *Gesetz und Richteramt* (Lei e função judicial), de 1885. Nessa obra, Büllow afirma:

Sob o véu ilusório do mesmo texto de lei há uma infinidade de opiniões jurídicas e de direções da intenção legal! A lei não nos diz qual delas é a correta. Cabe ao juiz fazer uma unidade interior dessa grande variedade ou escolher a regra que, para ele, apresenta-se como sendo, em média, a mais correta. E tão diligentemente e cuidadosamente quanto ele usa todas as fontes de informação disponíveis, **não há, contudo, nenhuma lei conferida a ele, e não há limite legal nesta escolha. Qualquer resultado que ele alcance é aprovado antecipadamente pelo Estado como o correto e dotado de força legal!** (BÜLLOW, 1995, p. 89, grifos nossos, tradução nossa)⁸⁷.

⁸⁷ Texto original: *Under the deceptive veil of the same statutory text, there lies a multitude of legal opinions and directions of legal intent! The statute does not tell us which one of them is the right one. It is left up to the judge*

O trecho em destaque dá o tom da amplitude desse poder conferido aos juízes, na concepção büllowiana. Um poder ilimitado e cujos resultados são aprovados pelo Estado antes mesmo de se saber quais sejam; um poder acima da lei. Nessa linha, Karl Larenz (1997, p. 78) afirma que Büllow não indica quais os critérios devem nortear essa escolha pelos juízes, “se segundo um critério objetivo e, em certa medida, controlável, como o fim da lei, a natureza das coisas ou a concordância com um princípio, se segundo um critério subjectivo, porventura o do seu sentimento jurídico pessoal” (LARENZ, 1997, p. 78). A essa aporia, André Cordeiro Leal (2008, p. 59-68) denomina de “paradoxo de Büllow”, para ele, a lacuna existente no pensamento de Büllow e que consiste na falta de explicação quanto ao modo de controle dessa “atividade jurisdicional criadora de um direito que era, em última análise, ‘emocional’ ou ‘sentimental’” (LEAL, A., 2008, p. 60) e que contaminou toda a “ciência do processo derivada de suas teorias” (LEAL, A., 2008, p. 60).

A Escola do Direito Livre tem também em Eugen Ehrlich (1986) um importante referencial. Segundo Bobbio (2011, p. 199-122), essa corrente de pensamento seria uma reação ao que ele chama de “dogma da completude”, ou seja, uma resposta à errônea crença “de que o ordenamento seja completo para fornecer ao juiz, em todos os casos, uma solução sem que recorra à equidade” (BOBBIO, 2011, p. 119). Para Ehrlich (1986, p. 378), inclusive, importava muito mais ao Direito o enfoque sociológico e o chamado “direito vivo”, ou seja, o modelo de Direito contraposto ao que se apresenta como vigente e que, “apesar de não fixado em prescrições jurídicas, domina a vida” (EHRlich, 1986, p. 378). Nesse contexto, as palavras de Eugen Ehrlich são indicativas do modo como essa aparente resposta à incompletude do direito levou à atividade criativa do juiz. Para ele, “a principal fonte para o conhecimento do direito vivo em nossa época sem dúvida é o moderno documento legal. **Entre os documentos, porém, destaca-se hoje em dia um: a sentença judiciária**” (EHRlich, 1986, p. 378, grifos nossos).

Com bases estabelecidas no mesmo terreno, destaque-se, ainda, a corrente do realismo jurídico norte-americano que, verdadeiramente, nega o sentido da norma legal e qualquer forma de sistematização do direito, por meio de uma força criativa puramente judicial, em que os juízes, antes de qualquer coisa, decidem ao estímulo dos fatos. Tem-se, nesse contexto, a corrente de pensamento “denominada Jurisprudência Sociológica Norte-americana, casuística e empirista, que teve em Roscoe Pound a figura exponencial dessa miscelânea metodologista

to make an inner unity out of this multitude or to chose that legal rule which to him appears as the one that is most correct on the average. And as dutifully and carefully as he uses all available sources of information, there is nevertheless no statutory order given to him, and there is no legal limit in this choice. Any result that he reaches is approved in advance by the state as the correct one and endowed with legal force!

por critérios lógico-histórico-personalistas e experimentais” (LEAL, 2016, p. 54) e cuja máxima era sintetizada pela alegada dicotomia *law in books vs. law in action*, responsável por fomentar a crença essencialmente pragmática de que o direito é o que o juiz diz que ele seja (GODOY, 2013, p. 19), ou seja, mero produto da personalidade do juiz.

Retomando a crítica ao minimalismo judicial é, no mínimo, curioso notar que as concepções de Cass Sunstein, *prima facie* elaboradas com o fim de ir além de mera autocontenção judicial, acabam se revelando como atividade criadora e acentuadamente contaminada pela personalidade do julgador, resgatando, nesse aspecto, o caráter paternalista do juiz do Estado Social. Talvez por isso, Sunstein afirme que “os minimalistas não gostam de trabalhar dedutivamente” (SUNSTEIN, 1999, p. 9, tradução nossa)⁸⁸, acrescentando que a crença minimalista é a de que os resultados não são produto de regras ou teorias previamente estabelecidas, mas sim dos detalhes dos casos em exame (SUNSTEIN, 1999, p. 9). Isso porque, a teorização incompleta do minimalismo não é controlável por uma efetiva atividade discursiva ou contraditória das partes, assim como no “paradoxo de Büllow” (LEAL, A., 2008, p. 59-68). É, em verdade, uma criação particular de uma ideia de justiça projetada no caso concreto pela personalidade do juiz. Não é em vão, por isso, que se acopla ao minimalismo de Cass Sunstein o adjetivo **judicial**.

Ou seja, analisando-se detidamente, o minimalismo judicial de Cass Sunstein representa um sentido de justiça transferido pela autoridade do juiz, mas escamoteado por uma estratégica limitação na teorização dos argumentos, a pretexto de promover o consenso em meios de aparente intensa divergência. Afirma-se “aparente” porque a identificação do meio pretensamente divergente é fruto de uma atividade exclusiva do juiz e que acaba por fomentar (leia-se, impor) o debate da questão em outras esferas que não a judiciária; um **paradoxo minimalista**⁸⁹, pois a decisão minimalista é a exata dimensão daquilo que o juiz minimalista diz que deva ser.

Logo, o resgate parcial dos paradigmas de Direito superados – o pré-moderno, o do Estado Liberal e o do Estado Social – operado pelo minimalismo de Cass Sunstein, tendo como núcleo desse retrocesso a figura da autoridade, resulta em forte contradição porque, a pretexto de promover o consenso em meios heterogêneos e de intensa divergência, a concepção de Sunstein acaba por acentuar tais características mediante sério comprometimento da efetiva participação das partes no processo, ferindo os princípios do

⁸⁸ Texto original: “*Minimalists do not like to work deductively*”.

⁸⁹ Parafraseado do *paradoxo de Büllow*. Cf. Leal, A., 2008, p. 59-68.

devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, ao fazer prevalecer um sentido de consenso único: o do julgador.

4.2 O PROBLEMA DO RACIOCÍNIO INDUTIVO

Outra objeção teórica à aplicação do minimalismo judicial reside no fato de o Brasil pertencer à tradição jurídica distinta daquela de origem da concepção de Cass Sunstein. Enquanto o minimalismo judicial é uma elaboração teórica fruto da observação das decisões, em especial, da Suprema Corte dos Estados Unidos, país de tradição da *Common Law*, o Brasil se encontra inserido na tradição romano-germânica ou da *Civil Law*.

Dada a crescente interpenetração entre as famílias ou tradições jurídicas, em especial, no Brasil, pela (tentativa de) aproximação do sistema de precedentes norte-americano⁹⁰, pode soar natural a importação e a aplicação direta de institutos ou teorias oriundos da *Common Law* no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, essa conexão institucional ou teórica, no que tange ao minimalismo judicial de Cass Sunstein, não pode se dar de forma automática, em razão de prevalecer, em cada uma dessas tradições, raciocínios distintos: o indutivo, na *Common Law*, e o dedutivo, na *Civil Law*.

A indução, argumentação dominante na *Common Law*, é definida como aquela que conclui pelo particular, seja aquela do tipo generalizadora (parte do particular, vai ao geral e conclui pelo particular), seja a analógica ou empírica (que parte de um particular e conclui outro particular). No primeiro tipo, conforme nos ensina a Lógica Menor, o predicado que convém ao particular equivalente ao geral convém ao geral, caso em que o particular deve ser suficientemente enumerado, para poder equivaler ao geral; no caso da indução empírica ou analógica, o princípio é de que o predicado que se diz de um sujeito semelhante a outro se diz deste outro, com probabilidade. Na indução empírica ou analógica, distinguem-se as espécies: 1º) indução *a pari* (baseada na semelhança positiva e de paridade: a *casu pari ad casum pare*); 2º) indução ao contrário, ou seja, estabelecendo-se os extremos da mesma espécie; 3º) indução *a fortiori* (vai-se de um caso mais forte para um menos forte, sendo que o caso menos forte é aceito, com maioria de razão), que num *case law* se apresentaria da seguinte forma: no *leading case XYZ*, num acidente automobilístico, houve danos pessoais leves e o causador foi obrigado a pagar indenização de *N* moedas (caso forte); no caso *sub studio*, num acidente automobilístico, houve morte da vítima (caso menos forte) e, portanto, *a fortiori*, a indenização deverá ser de *N+n* moedas, apoiado com maioria de razão (SOARES, 2000, p. 55-56, grifos do autor).

Na *Common Law*, os juízes solucionam as controvérsias por meio da análise de casos anteriormente decididos, aplicando o precedente. Nesse modelo, o raciocínio predominantemente utilizado é o indutivo. A tradição da *Common Law*, em especial no modelo norte-americano, institui e fomenta a crença de que os precedentes são fonte de segurança para aqueles que decidem.

⁹⁰ Vide críticas ao sistema de precedentes brasileiro desenvolvidas no capítulo três desse trabalho.

Cass Sunstein afirma que “os minimalistas não gostam de trabalhar dedutivamente” (SUNSTEIN, 1999, p. 9, tradução nossa)⁹¹ – e prossegue afirmando – “eles não veem as conclusões como resultado de regras ou teorias previamente estabelecidas. Os minimalistas se atentam aos detalhes dos casos individuais e tendem a pensar de forma analógica e por uma referência próxima a problemas reais e hipotéticos” (SUNSTEIN, 1999, p. 9, tradução nossa)⁹². Mas não é só pela força e influência da *Common Law* que tais características se apresentam no minimalismo. Como se verá adiante, essa declarada predileção pelo raciocínio indutivo, muito além da influência da *Common Law*, só reforça o aspecto controvertido da figura da autoridade no minimalismo judicial de Cass Sunstein.

Para essa demonstração, adotar-se-á, como marco teórico específico, a crítica de Karl Popper ao raciocínio indutivo contida na obra “A lógica da pesquisa científica” (POPPER, 2006), em especial, por meio dos conceitos da *falseabilidade* e do *problema da indução*, além da crítica ao *psicologismo*. Serão analisados os aspectos internos do minimalismo, notadamente, as incongruências que inviabilizam sua caracterização como teoria e o problema da aplicação do método indutivo.

Inicialmente, convém rememorar a já citada afirmação de Cass Sunstein de que o “minimalismo não é uma completa teoria da interpretação [...]” (SUNSTEIN, 2015, p. xvi, tradução nossa)⁹³. Em verdade, e partindo-se de uma análise popperiana, não é possível afirmar que o minimalismo seja uma teoria, ainda que incompleta.

Karl Popper (2006) afirma que a lógica da pesquisa ou do conhecimento seria analisar o método das ciências empíricas. Para isso, afirma o autor, o método amplamente aceito por essas ciências empíricas seria o da lógica indutiva, *i.e.*, aquele que parte de enunciados particulares ou singulares e, após observações e experimentos, chega a enunciados universais (POPPER, 2006, p. 27), tal como ocorre predominantemente na *Common Law* e no minimalismo judicial.

No entanto, pontua Popper, o método indutivo carece de lógica, pois inferir enunciados universais de enunciados particulares, “independente de quão numerosos sejam estes” (POPPER, 2006, p. 27), não seria possível, pois, a rigor, a observação ou o resultado de um experimento só pode levar a um enunciado particular. Isso porque,

se tentarmos considerar sua verdade como decorrente da experiência, surgirão de novo os mesmos problemas que levaram à sua formulação. Para justificá-lo, teremos

⁹¹ Texto original: “*Minimalists do not like to work deductively*”.

⁹² Texto original: “*they do not see outcomes as reflecting rules or theories laid down in advance. They pay close attention to the particulars of individual cases. They also tend to think analogically and by close reference to actual and hypothetical problems*”.

⁹³ Texto original: “*Minimalism is not a full theory of interpretation [...]*”.

de recorrer a inferências indutivas e, para justificar estas, teremos de admitir um princípio indutivo de ordem mais elevada, e assim por diante. Dessa forma, a tentativa de alicerçar o princípio de indução na experiência malogra, pois conduz a uma regressão infinita (POPPER, 2006, p. 29).

Por meio de um aforismo, Popper sintetiza essa conclusão ao afirmar que “independentemente de quantos casos de cisnes brancos possamos observar, isso não justifica a conclusão de que *todos* os cisnes são brancos” (POPPER, 2006, p. 28, grifo do autor). A isso Karl Popper chama de “problema da indução” (POPPER, 2006, p. 28), ou seja, “[...] a indagação acerca da validade ou verdade de enunciados universais que encontrem base na experiência, tais como as hipóteses e os sistemas teóricos das ciências empíricas” (POPPER, 2006, p. 28).

Antes de propriamente confrontar o dedutivismo e o indutivismo, Karl Popper tece considerações acerca do que denomina de *psicologismo*. Nesse ponto, Popper não nega que a concepção ou a invenção de uma teoria dispensa análise lógica o que, por vezes, nem seria suscetível. Contudo, Popper afirma que “o trabalho do cientista consiste em elaborar teorias e pô-las à prova” (POPPER, 2006, p. 31). Karl Popper separa, com isso, o processo de concepção de uma ideia nova e os “métodos e resultados de seu exame sob um prisma lógico” (POPPER, 2006, p. 31-32), apartando psicologia do conhecimento de tudo aquilo que se refere à lógica do conhecimento. Enquanto a psicologia empírica cuida, na visão de Karl Popper (2006, p. 32), dos aspectos referentes aos processos de estimulação e produção de uma inspiração, a lógica cuida das provas que incidem sobre essa descoberta e que poderiam levar à confirmação de uma teoria.

Esse, certamente, é o primeiro ponto em que a estruturação conceitual do minimalismo judicial precisa ser resgatada. Como visto, o principal fio condutor de aplicação do minimalismo judicial são os *acordos não totalmente teorizados*, concepção que busca limitar a abstração dos argumentos entre teses antagônicas, em busca de um ponto em que o silêncio aja como dispositivo capaz de produzir o consenso. O problema é que o silêncio, no minimalismo **judicial**, é uma busca do julgador, não fruto da vontade das partes. Ou seja, o silêncio é o mecanismo que materializa o consenso ideal descoberto pela autoridade do julgador. E, ainda, por meio da limitação das teorizações – ou seja, por meio dos *acordos não totalmente teorizados* – o minimalismo acaba se afastando do processo lógico e das provas que poderiam infirmar o ideal de consenso idealizado ou descoberto pelo julgador. Trata-se, pois, de um consenso artificial e naturalmente contrário ao processo de lógica científica. Em outras palavras, o minimalismo judicial rejeita o falseamento de suas próprias conclusões.

Poder-se-ia argumentar que o ideal de democracia deliberativa contido no minimalismo judicial anula o problema da limitação das provas incidentes sobre o consenso eventualmente imposto pelo julgador. Afinal, a limitação na abstração dos argumentos, segundo a proposta de Sunstein é, também, fazer com que a questão seja debatida em esferas distintas da judiciária. Mas isso soa, em boa medida, contraditório em sua elaboração, porque, se a busca é pelo consenso marcado por uma “descida conceitual” (SUNSTEIN, 2007b, p. 3, tradução nossa)⁹⁴, repita-se, uma caracterização especial do silêncio capaz de “[...] produzir convergência apesar do desacordo, da incerteza, dos limites do tempo e de capacidade, e da heterogeneidade” (SUNTEIN, 2007b, p. 3, tradução nossa)⁹⁵, não é possível concluir se tratar de um consenso, já que a questão ainda precisará ser debatida em outros âmbitos.

Considerando, portanto, que a diferença entre uma teoria e uma invenção (ou descoberta) está na capacidade de submeter o impulso criativo inicial à prova, segundo afirma Karl Popper (2006, p. 32), a crítica formulada acima – de que o minimalismo rejeita o falseamento de suas conjecturas ou hipóteses – é, por si só, capaz de levar à conclusão de que o minimalismo judicial não é uma teoria, ainda que incompleta.

O curioso é observar que Cass Sunstein, em sua bibliografia, concorda com grande parte dos problemas até aqui apontados ao raciocínio indutivo, mas se contradiz justamente quanto à figura da autoridade, aqui representada pelo julgador.

Em *Legal reasoning and political conflict* (SUNSTEIN, 1996), Cass Sunstein põe-se a analisar a aparente obscuridade do raciocínio jurídico que, para ele, “às vezes, não parece uma forma de raciocínio” (SUNSTEIN, 1996, p. vii, tradução nossa)⁹⁶. A análise feita no livro opera-se tendo como norte os *acordos não totalmente teorizados*.

Para Sunstein (1996, p. vii), romper o véu de obscuridade que reveste o raciocínio jurídico pressupõe analisar os métodos e objetivos de advogados e juízes, entre eles, o pensamento analógico, a criação, uso e modificação das regras, adotando práticas particulares de interpretação “[...] e a **atribuição de autoridade para certas pessoas e certas instituições**” (SUNSTEIN, 1996, p. vii, grifos nossos, tradução nossa)⁹⁷.

⁹⁴ Texto original: “*conceptual descent*”.

⁹⁵ Texto original: “[...] *producing convergence despite disagreement, uncertainty, limits of time and capacity, and heterogeneity.*”

⁹⁶ Texto original: “*Sometimes it does not seem to be a form of reasoning at all.*”

⁹⁷ Texto original: “[...] *and allocating authority to certain people and certain institutions.*”

Entre outros desdobramentos afetos ao raciocínio jurídico, Cass Sunstein discorre sobre o uso da analogia, que ocorre pelo método indutivo⁹⁸. Justificando a conexão entre o raciocínio analógico, a indução e a *Common Law*, Sunstein afirma:

Na Inglaterra e nos Estados Unidos, a *Common Law* valoriza o pensamento analógico. Nos Estados Unidos, a maioria dos casos constitucionais é decidida não por referência ao texto constitucional ou à história, mas por meio de analogias e, portanto, por meio do casuísmo. [...] analogias são frequentemente cruciais para decidir significado das próprias regras. Podemos, portanto, usar o raciocínio analógico não apenas como uma maneira de obter uma melhor compreensão dos acordos não totalmente teorizados, mas também para construir uma concepção do estado de direito que permita um lugar para a particularidade assim como para a generalidade (SUNSTEIN, 1996, p. 63, tradução nossa)⁹⁹.

Assim como Popper, Cass Sunstein também procura demonstrar as limitações do raciocínio indutivo. Se Popper (2006, p. 28) procura explicar essas limitações por meio da figura dos cisnes (brancos e negros), Cass Sunstein (1996, p. 64) usa as figuras do cão da raça Pastor Alemão e do automóvel modelo Toyota Camry. Para ele, se um cão da raça Pastor Alemão é dócil com crianças, há a tendência que, ao ver outro cão da mesma raça, se presume se tratar de animal também dócil com crianças. Se alguém tem um Toyota Camry e esse automóvel dá a partida todos os dias pela manhã, mesmo no inverno, há que se presumir que os demais veículos do mesmo modelo também serão capazes de funcionar nas manhãs de inverno.

O problema é que “o raciocínio analógico não garante a verdade” (SUNSTEIN, 1996, p. 64, tradução nossa)¹⁰⁰, afirma Sunstein. Alguns Pastores Alemães não são dóceis com crianças, assim como alguns Toyota Camry não funcionam pela manhã (SUNSTEIN, 1996, p. 64). No máximo, o raciocínio analógico – essencialmente indutivo – é útil para o julgamento de probabilidades, o que, por óbvio, não elimina as incertezas.

E há outro problema no raciocínio analógico, em especial no Direito, segundo afirma Sunstein. Por vezes, a escolha de um caso como referencial é inadequadamente (ou insuficientemente) justificada pelo julgador. E isso é um risco, porque “às vezes, **as dimensões criativas do pensamento analógico são subestimadas**, pois as pessoas simplesmente anunciam que o caso A é análogo ao caso B, quando um julgamento

⁹⁸ Cf. Soares, 2000, p. 55-56.

⁹⁹ Texto original: “*In England and America, the common law places a premium on analogical thinking. In the United States, most constitutional cases are decided not by reference to constitutional text or history, but through analogies and thus through casuistical thinking. [...] analogies are often crucial in deciding on the meaning of rules themselves. We can therefore use analogical reasoning not only as a way of getting a better understanding of incompletely theorized agreements, but also in order to build a conception of the rule of law that allows a place for particularity as well as generality*”.

¹⁰⁰ Texto original: “*analogical thinking does not guarantee truth*”.

suplementar não é defendido, embora necessário” (SUNSTEIN, 1996, p. 72-73, grifos nossos, tradução nossa)¹⁰¹.

Isso ocorre, por exemplo, quando se diz que um caso é análogo a outro, com base na alegação de que o princípio ou tese que conduz a essa conclusão é amplamente aceito, quando, em verdade, trata-se de hipótese ainda não suficientemente testada. Ou, ainda, quando não há investigação suficiente entre as semelhanças entre os casos pretensamente análogos (SUNSTEIN, 1996, p. 74).

Os juízes devem estar sempre prontos para explicar e justificar a alegação de que uma coisa é análoga à outra (SUNSTEIN, 1996, p. 73). Essas justificações são os meios mais eficazes e naturais para que as partes controlem o raciocínio analógico aplicado pelos juízes nos casos concretos.

Nos casos mais complexos, no entanto, pode haver sérias divergências acerca do tema em exame pelo Judiciário. Essas divergências, em alguns casos, extrapolam as partes do processo e alcançam a sociedade em geral, tal como nas questões de magnitude constitucional. Quando essa divergência é acentuada, Sunstein (1996, p. 75-76) admite o descolamento da vontade do juiz e a autonomia da sua vontade em relação às partes e ao conflito subjacente, em aparente contradição à própria defesa da exigência de justificação, pelos juízes, no uso do raciocínio analógico. Nessa linha ele afirma:

É claro que os juízes geralmente se importam com o que as pessoas pensam, mas usualmente o processo funciona não por meio de pesquisas, **mas sim por um processo no qual os juízes se perguntam sobre os princípios com os quais estão mais profundamente comprometidos** (SUNSTEIN, 1996, p. 75, grifos nossos, tradução nossa)¹⁰².

Sunstein, ainda, tenta elaborar um modo com que o ideal democrático (aqui expresso pelos anseios sociais) possa interferir positivamente no processo de aplicação do raciocínio analógico para, conseqüentemente, limitar a dimensão criativa do juiz no método indutivo (tal como ocorre no minimalismo judicial). Nessa linha, deixa aberta a porta para o aprimoramento do processo de indicação de juízes, na tentativa de conciliar os anseios sociais aos resultados dos processos judiciais. Mas essa conciliação, admite Cass Sunstein, “[...] é contingente e altamente imperfeita” (SUNSTEIN, 1996, p. 75, tradução nossa)¹⁰³.

¹⁰¹ Texto original: “*Sometimes the creative dimensions of analogical thought are downplayed, as people simply announce that case A is analogous to case B, when an unarticulated supplemental judgment is necessary and not defended*”.

¹⁰² Texto original: “*Of course judges often care what people think, but usually the process works not by taking polls, but instead by a process in which judges ask themselves about the principles to which they are most deeply committed*”.

¹⁰³ Texto original: “[...] *is contingent and highly imperfect*”.

Tudo isso resulta em uma contradição e em um déficit democrático nas concepções do autor, e que afetam o minimalismo judicial, pois, embora advirta quanto ao risco de se subestimar a dimensão criativa do julgador no método indutivo, nada faz para contê-lo; ao contrário, como solução, o minimalismo só reforça o papel da autoridade e a prevalência de suas concepções sobre aquelas das partes, alijando o contraditório, a ampla defesa e a isonomia, comprometendo o devido processo legal, contrariando a lógica do conhecimento e endossando o psicologismo.

4.3 O PROBLEMA DO CONSERVADORISMO POLÍTICO

Como já se afirmou, a influência de Edmund Burke (2014) e do seu conservadorismo político é uma das marcas do pensamento de Cass Sunstein. Tal influência, no entanto, ultrapassa as obras ligadas direta ou indiretamente ao minimalismo judicial. No tocante ao último, em especial, como se verá a seguir, a aplicação do conservadorismo político de Edmund Burke tem suas virtudes e incongruências.

Em primeiro lugar é preciso estabelecer o real sentido de conservadorismo político que Cass Sunstein pretende aplicar no modelo minimalista.

O termo *conservadorismo* empregado na bibliografia de Cass Sunstein se difere daquele alinhado ao senso comum, por vezes associado ao que há de mais retrógrado ou limitado. Trata-se de concepção mais descritiva do que axiológica – ao menos no que Sunstein busca absorver de Burke (2014); o propósito é o de conservação de instituições, práticas e preceitos que já estejam sedimentados em uma sociedade. Analisando o problema da deliberação em grupos polarizados, Cass Sunstein recupera o sentido de conservadorismo aqui exposto:

Nesse foco deveríamos ser capazes de ver mais claramente o sentido no qual a concepção de representação de Edmund Burke – rejeitando “propostas locais” e “preconceitos locais” em favor da “razão geral do todo” – não é contingentemente mas é, em vez disso, *essencialmente* conservadora (**falando-se apenas descritivamente, em salvaguarda das práticas existentes**) (SUNSTEIN, 2006b, p. 90, grifos nossos).

Destaque-se, porém, como já afirmado no capítulo dois, que Edmund Burke não se opunha peremptoriamente às mudanças; a essência do seu conservadorismo está, também, na forma como são concretizadas essas mudanças. Na crítica que estabelece à Revolução Francesa e aos grupos ingleses que endossaram o movimento, Burke admite que as entranhas do poder na França estavam contaminadas e que mudanças seriam necessárias. No entanto, o

modelo adequado seria o da reforma, não a revolta, tal como ocorrido na Revolução Gloriosa, de 1668, a Revolução “sem sangue”. Afirma Burke:

Os franceses poderiam, se quisessem, ter aproveitado nosso exemplo [inglês] e ter dado à sua recobrada liberdade uma liberdade correspondente. Seus privilégios, embora interrompidos, não estavam esquecidos à memória. É bem verdade que sua Constituição havia se corrompido e dilapidado enquanto esteve fora de sua posse, mas os senhores possuíam em algumas partes as muralhas e, em todas, os cimentos de um castelo nobre e venerável. Poderiam ter reparado essas muralhas e edificado sobre essas antigas fundações. Sua Constituição foi suspensa antes de ter sido aperfeiçoada, mas os senhores tinham os elementos de uma constituição quase tão boa quanto se poderia desejar. [...]

Os senhores possuíam todas essas vantagens em seus antigos Estados, mas resolveram agir como se nunca tivessem sido moldados em uma sociedade civil, como se pudessem refazer tudo a partir do nada (BURKE, 2014, p. 56-57).

Além disso, na aplicação do conservadorismo político no modelo minimalista, Sunstein recupera a afirmação de Burke de que a “ciência da jurisprudência” seria o “[...] orgulho do intelecto humano que, com todos os seus defeitos, redundâncias e erros [...] [seria] a razão acumulada dos séculos [...]” (BURKE, 2014, p. 114). O sentido do termo “jurisprudência” aqui empregado pelo filósofo irlandês não se refere às decisões judiciais reiteradas sobre mesmo tema, no mesmo sentido e consideradas em conjunto – uma das traduções possíveis do termo, mas não a mais remota; Edmund Burke se refere ao estudo do direito posto¹⁰⁴, do direito natural, além das regras de direito internacional – a Teoria do Direito¹⁰⁵. Por isso que ele se refere à “ciência da jurisprudência” (BURKE, 2014, p. 114). É esse o sentido do verbete *jurisprudence* do Black’s Law Dictionary, inclusive:

1. Originalmente (no Século XVIII), o estudo dos primeiros princípios do direito natural, do direito posto e do direito internacional. [...] 2. Modernamente, o estudo de elementos gerais ou fundamentais de um determinado ordenamento jurídico, em oposição aos seus detalhes práticos e concretos. 3. O estudo dos sistemas jurídicos em geral. 4. Precedentes jurisprudenciais considerados coletivamente (GARNER, 2009, p. 932, grifos nossos, tradução nossa)¹⁰⁶.

Dessa maneira, é possível identificar dois pontos de contato no pensamento minimalista de Cass Sunstein com o pensamento de Burke: (a) a predileção pela reforma em lugar da revolta; (b) o Direito como produto da razão acumulada no tempo.

Quanto ao primeiro, o ideal conservador de Edmund Burke absorvido pelo minimalismo judicial garante o sobrelevo dos princípios constitucionais e das instituições tão necessários ao Estado Democrático de Direito; e, também, garante a higidez do texto constitucional, não negando que, em dados momentos, sua reforma seja necessária, mas sem

¹⁰⁴ Uma dos sentidos possíveis do termo *civil law*, outro termo plurissignificativo. Cf. Garner, 2009, p. 280.

¹⁰⁵ Cf. Dworkin, 2010, p. 1.

¹⁰⁶ Texto original: “1. Originally (in the 18th century), the study of the first principles of the law of nature, the civil law, and the law of nations. [...] 2. More modernly, the study of general or fundamental elements of a particular legal system, as opposed to its practical and concrete details. 3. The study of legal systems in general. 4. Judicial precedents considered collectively”.

abandonar o caráter cogente, garantidor e, em alguns casos, pétreo, mesmo diante de intempéries ou crises.

O ideal conservador, também nesse ponto, age como obstáculo ao protagonismo judicial, em especial na vertente do chamado ativismo judicial, compreendida por Sunstein a partir da frequência com que o Judiciário ataca os atos das demais funções de Estado, em especial os da função legislativa (SUNSTEIN, 2005, 2015). Ao se admitir o propósito conservador – no sentido descritivo do termo – Cass Sunstein utiliza-se do pensamento burkeano para afastar a tendência de interferência do Judiciário nas esferas de deliberação política, podendo, pois, ser útil à recharacterização da função jurisdicional em cenários de exacerbado protagonismo, como os que se vê atualmente¹⁰⁷.

Entretanto, as críticas ao ideal conservador do minimalismo surgem a partir da análise do segundo ponto de contato do pensamento de Sunstein com o de Edmund Burke: o da Teoria do Direito (ou, como afirma, da jurisprudência) como produto da razão acumulada no tempo.

Como já afirmado, Sunstein deixa clara sua afeição pelo minimalismo burkeano (SUNSTEIN, 2015, p. xvii), embora admita outro tipo: o minimalismo racionalista. Enquanto no primeiro as tradições são encaradas como justificativa para as decisões, no minimalismo racionalista (que não difere do burkeano no que tange aos limites da estreiteza e superficialidade), as tradições exigem algum tipo de justificativa para aplicação, sendo, pois, submetidas a juízo crítico (SUNSTEIN, 2015, p. 68).

Sunstein afirma que o minimalismo burkeano é “[...] uma abordagem que possui integridade e coerência e que desempenhou um grande papel na história do pensamento constitucional norte-americano” (SUNSTEIN, 2015, p. 70, tradução nossa)¹⁰⁸. No entanto, o autor enfatiza que sua aplicação é mais plausível quando reunidas três condições: (1) quando a aplicação do originalismo produz, no caso, consequências inaceitáveis; (2) quando as tradições são confiáveis; e quando (3) há grande razão para o ceticismo acerca da capacidade de elaboração e construção de teorias pelos juízes federais (SUNSTEIN, 2015, p. 71).

A primeira condição é resultado da forte oposição de Sunstein ao originalismo. Para ele, o originalismo equivale negar a força das tradições, condicionando a interpretação, sempre, ao sentido original da Constituição. Assim, todas as práticas sociais estabelecidas

¹⁰⁷ Como exemplo atual desse protagonismo, não só do Judiciário, mas de todos integrantes do sistema de justiça, cite-se a denominada *Operação Lava-Jato*, com repercussões que, sem dúvida, ultrapassaram a investigação dos atos ilícitos de agentes políticos.

¹⁰⁸ Texto original: “[...] an approach that has both integrity and coherence, that has played a large role in history of American constitutional thought”.

desde a elaboração do texto constitucional restariam desconsideradas. A segunda condição – a de confiança nas tradições – confunde-se com a própria matriz do minimalismo e, evidentemente, com o sentido do pensamento de Edmund Burke. A terceira condição – do ceticismo acerca da capacidade de os juízes elaborarem teorias – é, sem dúvida, aquela que merece maior análise.

Para Sunstein, “[...] os sistemas jurídicos se saem muito melhor [...] se os seus juízes são fiéis aos textos oficiais. Se não são, o Estado de Direito está em perigo, pois os juízes aparentarão ter poder para fazer o que desejam” (SUNSTEIN, 2015, p. 52, tradução nossa)¹⁰⁹. Essa afirmação revela-se, *prima facie*, bastante coerente quando posta em oposição, por exemplo, a correntes de pensamento como a do realismo jurídico norte-americano e a Escola do Direito Livre. Sunstein, no entanto, resgata essa afirmação para, novamente, contrapor-se aos originalistas. Para ele, é evidente que os juízes devem estar bastante cientes dos compromissos constitucionais que os cercam, postando-se de modo fiel ao texto normativo. Ultrapassar essa linha, afirma o autor, não é interpretar (SUNSTEIN, 2015, p. 52). Mas quando a interpretação original do texto constitucional conduz a consequências nocivas¹¹⁰, o minimalismo burkeano seria uma alternativa confortável ao originalismo, ao respeitar tradições e privilegiar a segurança. Para isso, os minimalistas burkeanos preconizariam uma interpretação jurídica elaborada analogicamente a partir da tradição, incluindo as decisões dos juízes, notadamente nos temas de magnitude constitucional.

Contudo, ao observar detidamente os influxos de Edmund Burke no pensamento de Cass Sunstein, é possível perceber que, em dados momentos, o autor norte-americano, intencionalmente, negligencia as contradições do pai do conservadorismo político moderno. São palavras de Sunstein:

Eu não procuro, neste espaço, algo como uma exegese de Burke, uma figura extremamente complexa, mas vamos nos voltar brevemente ao próprio Burke, em particular, ao seu grande ensaio sobre a Revolução Francesa, no qual ele rejeitou o temperamento revolucionário por causa de sua ambição teórica (SUNSTEIN, 2015, p. 81, grifos nossos, tradução nossa)¹¹¹.

O trecho em destaque acima soa, em certa medida, confessional: embora admita a possibilidade de crítica ao pensamento de Edmund Burke (SUNSTEIN, 2015, p. 83), nos

¹⁰⁹ Texto original: “[...] *legal systems do much better [...] if the judges who operate within them are faithful to authoritative texts. If they do not, the rule of law is itself in jeopardy, because judges would appear to be empowered to do whatever they want*”.

¹¹⁰ Nessa linha, Cass Sunstein afirma que a interpretação original permitiria, por exemplo, concluir que a segregação racial nos Estados Unidos ainda fosse constitucionalmente aceitável. Cf. Sunstein, 2015, p. 53.

¹¹¹ Texto original: “*I do not attempt anything like an exegesis of Burke, an exceedingly complex figure, in this space, but let us turn briefly to Burke himself in particular to his great essay on the French Revolution, in which he rejected the revolutionary temperament because of its theoretical ambition*”.

pontos mais controversos do seu pensamento, Sunstein não se aprofunda. Essa obscuridade intencional remete, novamente, ao problema do psicologismo da concepção minimalista de Cass Sunstein e do papel controverso que a autoridade nela exerce.

A crítica ao originalismo procede no pensamento de Cass Sunstein. Não se pode imaginar que a interpretação jurídica fique restrita às concepções do momento de sua origem, quer pela imobilização da *voluntas legis* no tempo, quer por reduzir o processo interpretativo à busca da *voluntas legislatoris*. No primeiro caso, negar-se-ia a influência do componente ético na interpretação; no segundo, tender-se-ia ao autoritarismo, tal como se viu, no nazismo, na redução da lei à vontade do *Führer* (JOUANJAN, 2010; MACEDO JÚNIOR, 2011; RODRIGUEZ, 2004).

O problema da concepção minimalista de Sunstein, em especial na vertente burkeana, é que o enfretamento do originalismo (e de todas as questões em que ele é aplicado) passa exclusivamente pela figura do juiz. E o problema do conservadorismo político de Edmund Burke é que, para fundamentar a aplicação do seu princípio conservador, ele recorre ao Estado, o que o faz misturando componentes religiosos.

Cass Sunstein afirma: “Aqueles que praticam o minimalismo abraçam a ideia de respeito cívico” (SUNSTEIN, 2015, p. 77, tradução nossa)¹¹². Sunstein justifica tal afirmação defendendo a superficialidade, característica do minimalismo. Isso porque, aqueles que buscam teorias menos abstratas, tendem a convergir grupos antagônicos em torno de um resultado comum. Esse resultado comum, compartilhado, ratificaria o respeito aos compromissos fundamentais de uma sociedade.

Nesse ponto, o enlace com os aspectos mais nocivos do pensamento de Burke fica ainda mais evidente. Isso porque Edmund Burke via na tradição do povo inglês, incluindo a religião, o fator determinante para o êxito da Revolução Gloriosa; os compromissos fundamentais da sociedade inglesa – para ele, um contrato – (BURKE, 2014, p. 115) – passavam necessariamente pelo aspecto religioso. Contrastando os ideais que permearam a Revolução Francesa com os da Revolução Gloriosa e os aspectos tradicionais da sociedade inglesa à época, Burke afirmou: “Sabemos e, o que é mais importante, **sentimos intimamente que a religião é a base da sociedade** e a fonte de todo bem e de todo consolo” (BURKE, 2014, p. 109, grifos nossos). Se, para Burke, sociedade e religião estavam imbricados, naturalmente o Estado não fugiria desse modelo:

A consagração do Estado por uma religião estatal é necessária também para produzir um saudável terror sobre os cidadãos livres; pois eles, a fim de garantir

¹¹² Texto original: “*Those who practice minimalism embrace the idea of civic respect*”.

sua liberdade, devem gozar de uma determinada porção do poder. [...] Todas as pessoas que detêm uma porção qualquer do poder deveriam estar forte e profundamente imbuídas da ideia que agem como mandatárias, devendo, portanto, prestar contas de sua conduta nesse encargo ao único grande mestre, autor e fundador da sociedade (BURKE, 2014, p. 111-112, grifos nossos).

E ainda, se para Burke, como visto, os compromissos fundamentais da sociedade inglesa e o agir Estatal estavam fundados na religião, não é surpresa que toda autoridade ou cargos públicos tivessem um caráter sacro:

Quando o povo se vir livre de toda ambição da vontade egoísta, **o que é absolutamente impossível de se obter sem a religião**; quando tiver consciência de que exerce – e talvez em um grau mais elevado na ordem da delegação – um poder que, para ser legítimo, deve estar de acordo com aquela lei eterna imutável, na qual a vontade se confunde com a razão, terá mais cuidado em não colocar esse poder em mãos vis e incapazes. **Quando nomear aos cargos públicos, não confundirá o exercício da autoridade com tarefas deploráveis, mas como funções sagradas.** Não se inclinará às sugestões de um sórdido egoísmo, ao capricho cego ou a uma vontade arbitrária, **mas conferirá esse poder (ante o qual treme em dar ou receber) somente àqueles em que possa discernir essa proporção predominante de sabedoria e virtude ativas combinadas e adequadas ao cargo**, tal como pode ser encontrada na grande e inevitavelmente variada massa de imperfeições e enfermidades humanas (BURKE, 2014, p. 113, grifos nossos).

Portanto, a concepção de conservadorismo político de Edmund Burke funda-se em modelo social cuja base é a crença nas tradições, tendo o aspecto religioso como substrato, inclusive do Estado, sendo os cargos públicos representações de parcela de poder divino. Não é em vão que Cass Sunstein afirma que os minimalistas defendem a ideia de um respeito cívico (SUNSTEIN, 2015, p. 77). A matriz burkeana de que Sunstein se serve – e cuja investigação o autor negligencia –, é fortemente contaminada pela crença na autoridade; uma autoridade que retira seu poder diretamente de Deus. Logo, o respeito cívico que Sunstein preconiza tem raízes remotas no dogma da autoridade divina. Por essa razão é que Sunstein afirma que os minimalistas são céticos a respeito das teorias da interpretação (SUNSTEIN, 2005, p. xii). Esse ceticismo, em verdade, traduz a crença nesse dogma. A violação a esse dogma importaria numa revolta contra o divino, representante da razão acumulada no tempo e essência jurídica que organiza a sociedade. Isso também explica porque Sunstein, com entusiasmo, revela sua preferência pelo minimalismo burkeano; o minimalismo racionalista representa o parcial esvaziamento de sua concepção, pois nele as tradições são submetidas a escrutínio crítico, o que importa, também, em criticar o divino.

Ou seja, assim como o conservadorismo não pode ser explicado sem o Estado, o minimalismo (em especial, o burkeano) não pode ser concebido sem o Estado-juiz, o que revela uma contradição nas *personae* constitucionais de Sunstein: o minimalista burkeano é, em verdade, um herói disfarçando estrategicamente suas ambições teóricas. Retoma-se, nesse ponto, portanto, o problema da excessiva crença na autoridade, o que, além de obscurecer a

fundamentação das decisões, compromete os princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, limitando o alcance dos argumentos e teses jurídicas das partes no processo.

5 RECONFIGURANDO O MINIMALISMO JUDICIAL DE CASS SUNSTEIN: O MINIMALISMO PROCEDIMENTAL DEMOCRÁTICO

As críticas ao minimalismo judicial de Cass Sunstein, tal como elaborado no capítulo anterior, levam à conclusão de que tal concepção hermenêutica carece de lógica interna, pois, em verdade, caminha no sentido oposto ao preconizado intento de acordos viáveis em meios de intensa divergência. Como visto, um dos seus pilares são os *acordos não totalmente teorizados*, concepção que propõe a limitação no uso das abstrações, na tentativa de que o silêncio seja um catalisador do consenso (uso construtivo do silêncio). Ocorre que, se o meio é heterogêneo – e se o acordo é o fim que se busca, só se pode conceber a redução no âmbito de abstração pressupondo a noção da capacidade de ampliação da própria abstração. Noutras palavras, só se concebe o limite se há a compreensão do todo; o contrário não é verdadeiro.

Além do mais, o minimalismo – e seu adjetivo “judicial” é a prova disso – é recurso exclusivo do juiz. Como já demonstrado, o juiz minimalista de Cass Sunstein representa a autoridade, cuja inspiração está na adoção acrítica do conservadorismo político de Edmund Burke; trata-se de figura construída a partir de premissas teóricas controversas, sem as quais a elaboração do autor norte-americano não seria possível. Logo, confrontando o minimalismo com os princípios processuais constitucionais – devido processo legal, contraditório, ampla defesa e isonomia –, vê-se que os participantes do acordo (não totalmente teorizado) são, em verdade, meros expectadores da limitação (muitas vezes moral) da abstração e profundidade dos argumentos pelo juiz; desprezam-se, assim, as compreensões das partes acerca da controvérsia. Nesse contexto, é possível afirmar que o consenso não é legítimo na elaboração minimalista.

Destaque, também, para a herança indutiva, que abre espaço para o papel criativo do juiz, não combatido (ao contrário, incentivado) na concepção de Cass Sunstein. O autor, nesse particular, fomenta mais uma vez a figura da autoridade, podendo-se afirmar, então, que a limitação da participação das partes no processo (e a violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da isonomia) ocorre de modo inversamente proporcional ao favorecimento do psicologismo.

Apesar das críticas acima sintetizadas, notadamente quanto ao sobrelevo da autoridade do juiz, o produto da abordagem hermenêutica minimalista tem pontos positivos. Como visto no capítulo três, entre outras virtudes, a limitação da teorização dos argumentos e da densidade da decisão, restringindo-a ao núcleo minimamente indispensável à solução das controvérsias, apresenta-se como medida eficaz de combate ao ativismo judicial, ao mesmo

tempo em que não nega a função que compete ao Judiciário de atuar na regulação dos conflitos.

A contraposição das críticas e virtudes impõe a reconfiguração do minimalismo a partir de marco teórico que permita a confrontação de teses e a legítima elaboração do consenso pelas partes. Afinal, no paradigma do Estado Democrático de Direito, “[...] o próprio cidadão deve ser capaz de conhecer seus problemas e criar soluções pertinentes” (SOARES, 2017, p. 185). Nesse paradigma, caracterizado pelo pluralismo e pela participação das pessoas, “liberdade e igualdade são retomados como direitos que expressam e possibilitam uma comunidade de princípios, integrada por membros que reciprocamente se reconhecem pessoas livres e iguais, **coautores das leis que regem sua vida em comum**” (CARVALHO NETTO, 2004, p. 37, grifos nossos). Por essas razões, e por meio do pensamento de Jürgen Habermas e da sua teoria da ação comunicativa (HABERMAS, 1989a, 1989b, 1997), serão traçadas, a partir de agora, as linhas teóricas embrionárias do que se pode denominar de **minimalismo procedimental democrático**.

Habermas investiga a tensão entre facticidade e validade, sustentando que a validade da norma está na sua legitimidade e não na coercibilidade (HABERMAS, 1997, p. 113). Para ele, os direitos subjetivos privados representam espaços legítimos para as liberdades de ação, mas “[...] foram talhados para a busca estratégica de interesses privados [...]” (HABERMAS, 1997, p. 47). O problema, então, dos direitos subjetivos reside no fato de estarem submetidos aos direitos objetivos, restringindo-se a legalidade a uma dominação política, o que acaba encobrindo o fato de o direito positivo não esclarecer de onde obtém sua legitimidade (HABERMAS, 1997, p. 122). Combatendo essa questão e repelindo o discurso pragmático em prol de um conceito discursivo de direito, afirma Habermas que “[...] o direito precisa conservar um nexos interno com a força socialmente integradora do agir comunicativo” (HABERMAS, 1997, p. 115), mencionando “[...] a necessidade do processo legislativo de justificação das normas jurídicas” (FREITAS, 2014, p. 46). Nessa linha, afirma Habermas:

Como elementos da ordem jurídica, eles [direitos subjetivos] pressupõem a colaboração de sujeitos, que se reconhecem reciprocamente em seus direitos e deveres, reciprocamente referidos uns aos outros, como membros livres e iguais do direito. Tal reconhecimento recíproco é constitutivo para uma ordem jurídica, da qual é possível extrair direitos subjetivos reclamáveis judicialmente. **Neste sentido, os direitos subjetivos são co-originários com o direito objetivo; pois este resulta dos direitos que os sujeitos se atribuem reciprocamente** (HABERMAS, 1997, p. 121, grifos nossos).

Logo, do mesmo modo que Jürgen Habermas questionou o surgimento da ordem social “[...] a partir de processos de formação de consenso que se encontram ameaçados por uma tensão explosiva entre facticidade e validade” (HABERMAS, 1997, p. 40), é preciso

questionar a incongruência da concepção minimalista de Sunstein, que busca obter o consenso suprimindo a comunicação e o debate das partes.

Como já amplamente exposto, o consenso, na concepção minimalista de Sunstein, contém uma fissura, que surge a partir da projeção da autoridade do juiz no conflito e sobre as partes. A limitação na abstração e teorização dos argumentos parte exclusivamente do juiz, a partir dos seus desejos e valores, não das partes. **Há, portanto, um problema de legitimidade no procedimento de obtenção do consenso.** Note-se, assim, que o minimalismo judicial tem o consenso como meta, como resultado; **um produto da razão meramente estratégica.** E convém considerar, recuperando novamente o pensamento de Jürgen Habermas, que “recomendações técnicas ou estratégicas tiram sua validade do saber empírico no qual se apoiam. **Sua validade é independente de se um receptor decide adotar as indicações para a ação**” (HABERMAS, 1989b, p. 13, grifos nossos); por isso que Habermas afirma que o problema do agir estratégico é que nele “[...] os participantes supõem que cada um decide de maneira egocêntrica, segundo o critério de seus próprios interesses” (HABERMAS, 1989b, p. 8).

Tal como sugere Habermas (1989b, p. 6), é possível afirmar que aquilo que se deve fazer de uma maneira racional – no minimalismo de Sunstein, a proposta de limitação na abstração e profundidade das decisões – é determinado por aquilo que o juiz minimalista deseja. “Trata-se de uma escolha racional dos meios a partir das metas dadas ou de uma ponderação racional das metas a partir das preferências existentes” (HABERMAS, 1989b, p. 6).

Assim, o primeiro passo para a reconfiguração do minimalismo de Cass Sunstein em um minimalismo procedimental democrático está no reposicionamento do ideal de democracia deliberativa a partir da teoria da ação comunicativa de Habermas.

Além de pura e simplesmente defender a autocontenção do Judiciário, Sunstein, por meio da abordagem minimalista, busca transferir a outras esferas sociais e políticas, parte das controvérsias submetidas ao escrutínio do Judiciário, a pretexto de estimular a deliberação democrática. Contudo, essa transferência, esse estímulo, está restrito ao âmbito de convencimento da autoridade do juiz, numa expressão da razão pragmática ou de uma ação meramente estratégica. Ocorre que “a razão comunicativa distingue-se da razão prática por não estar adscrita a nenhum ator singular nem a um macrossujeito sociopolítico” (HABERMAS, 1997, p. 20). Daí se dizer que o consenso minimalista é artificial; não há consenso prévio, aplicado na delimitação do que será transferido a outros âmbitos de

deliberação. A ideia de consenso flui a partir do agir estratégico desse ator singular, esse macrossujeito processual: o juiz.

Por meio da influência habermasiana, a democracia deliberativa continuaria como ideal do minimalismo. Contudo, não mais se restringindo a produto do agir estratégico, e sim de um agir comunicativo. Logo, o ideal de democracia deliberativa deve ser duplicado, saindo da exclusiva posição de objetivo ou meta, para ocupar, também, a de meio do minimalismo. Estabelece-se, desse modo, a co-originalidade do consenso, que resulta da atribuição recíproca, pelos sujeitos, da liberdade de estabelecimento do próprio consenso. Em termos habermasianos, a teoria do discurso aplicada na obtenção do consenso minimalista, imporá um modelo de autolegislação do consenso minimalista, em que os sujeitos seriam considerados, simultaneamente, destinatários e autores dos seus direitos, ainda que eventualmente limitados (HABERMAS, 1997, p. 138-139). A duplicação do ideal de democracia deliberativa, que passaria a integrar, também, o núcleo do estabelecimento do consenso no modelo de minimalismo procedimental democrático, conferiria, portanto, legitimidade aos seus propósitos.

Mas não basta, apenas, excluir a projeção do consenso do juiz, sobre as partes e sobre o conflito. O agir comunicativo habermasiano implica que não haja qualquer tipo de sujeição entre os falantes, o que não exclui as partes. E a linguagem em Habermas, como explica Marcelo Campos Gallupo, “[...] é o mecanismo que assume, dentre outras, a função de produzir a integração social [...]” (GALUPPO, 2002, p. 117), sendo o único meio de se obter, estável e legitimamente, os planos individuais de ação.

Na comunicação é possível levantar, juntamente com os enunciados proferidos, três tipos de pretensões de validade: (a) a pretensão de verdade, (b) a pretensão de correção normativa e (c) a pretensão de veracidade ou de sinceridade.

Cada uma dessas pretensões liga-se a um dos três mundos em que, contemporaneamente, vivemos, a saber, o mundo objetivo, que é compartilhado por todos os seres de existência natural e que é o mundo da ciência; o mundo intersubjetivo, compartilhado por todos os seres racionais e que é o mundo da moral e do direito; e o mundo subjetivo, que é absolutamente individual, de acesso privilegiado ao indivíduo, mundo este da arte e da expressão de sentimentos e emoções. A pretensão de verdade corresponde ao mundo objetivo e refere-se à adequação do enunciado linguístico para a descrição da realidade fática. A pretensão de veracidade corresponde ao mundo subjetivo e refere-se à adequação entre aquilo que expressamos e aquilo que sentimos (sendo chamada também, por isso mesmo, de sinceridade). A pretensão de correção normativa corresponde ao mundo intersubjetivo e refere-se à correspondência entre as normas elaboradas para a condução da ação social (e individual) e a solução dos conflitos práticos da própria realidade social. Os enunciados referentes ao mundo objetivo são chamados de descritivos ou representativos, os enunciados referentes ao mundo subjetivo são chamados de expressivos e os referentes ao intersubjetivo são chamados de normativos (ou prescritivos) (GALLUPO, 2002, p. 118).

Portanto, se o efeito ilocutório do agir comunicativo em Habermas pressupõe a possibilidade de levantamento, pelos falantes, de pretensões de validade, não se pode falar em limitação no uso das abstrações, ainda que exclusivamente entre as partes; isso acabaria por esvaziar o ideal de democracia deliberativa, duplicado para ocupar, também, a posição de meio de obtenção do consenso. Logo, só se pode também falar em um agir minimalista estratégico, algo incompatível com a teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas.

Percebe-se, portanto, que não se pode compatibilizar o sentido do termo “minimalismo”, tal como preconizado por Sunstein, **de agir a partir da limitação no uso de abstrações dos argumentos**, com a teoria do discurso de Habermas, que defende, justamente, o uso da linguagem. Logo, nesse esboço de reconfiguração do minimalismo judicial para o minimalismo procedimental democrático, o adjetivo “minimalista” deve ser destinado ao produto, ao consenso obtido, *i.e.*, justificado de modo minimalista – na exata medida da solução da controvérsia – e, obviamente, somente após o processo de levantamento das pretensões de validade do discurso. Noutras palavras, a proposta do minimalismo procedimental democrático é alcançar conclusões minimalistas precedidas de um agir maximalista.

Assim, a reconfiguração do minimalismo, operada pela teoria da ação comunicativa de Habermas, teria o condão de atenuar as objeções levantadas contra o modelo hermenêutico de Cass Sunstein.

Quanto à herança do paradigma pré-moderno, resgatada por meio da crítica à presença da autoridade no *nómos*, e do modo com que o minimalismo repete tal incongruência, tem-se que a discursividade própria da teoria do agir comunicativo, que estabelece a legitimidade do direito a partir do sentido de co-originariedade entre direito subjetivo e direito objetivo, redundando no esvaziamento natural da essência doadora de sentido da autoridade do juiz.

A incidência do agir comunicativo de Habermas sobre o minimalismo, também, conduziria à solução do problema herdado do paradigma do Estado Liberal, qual seja, o de, por meio da liberdade, igualar indivíduos em posições de extrema discrepância. Isso porque, ao permitir tal discrepância, o paradigma do Estado Liberal faz prevalecer a ação estratégica em detrimento da ação comunicativa, produzindo um efeito perlocutório de uma parte sobre outra, algo incompatível com o discurso habermasiano, uma vez que “[...] o agir estratégico funciona por intermédio do engodo que o agente produz, indicando ilusoriamente um fim como objetivo de sua ação, mas desejando subjetivamente fim diverso” (GALUPPO, 2002, p. 125). Ou seja, o agir estratégico do minimalismo de Cass Sunstein não propicia às partes a compreensão do limite no uso das abstrações, porque obscurece a compreensão do todo.

Como explica Marcelo Campos Galuppo, recuperando o pensamento de Habermas, a ação estratégica

[...] é aquele tipo de ação instrumental em que uma pessoa, em seu agir, utiliza outra pessoa como meio (instrumento) adequado à realização de um fim (sucesso pessoal). Ela busca, antes de mais nada, a produção de um efeito perlocucionário derivado da comunicação propriamente dita, que pode ser entendido como *influenciação* sobre outros envolvidos na ação [...]. Nesse caso, a interação social se produz com a influência que um sujeito exerce sobre outro. Tal tipo de ação implica que aquele que age tentando influenciar perlocucionariamente um terceiro o faça da perspectiva de terceira pessoa, ou seja, sem se envolver diretamente com aquela, vez que a toma não como sujeito, mas como objeto (GALUPPO, 2002, p. 124-125, grifo do autor).

Ainda, a teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas, aplicada ao minimalismo, eliminaria o espaço de criatividade do juiz paternalista, herança da transição para o Estado Social, tendo em vista o reconhecimento recíproco aos indivíduos da condição de criadoras e destinatárias da norma, já que, aplicando o princípio democrático, “[...] só podem pretender validade legítima normas jurídicas que, num processo discursivo de produção, articulado juridicamente, possam encontrar o assentimento de todos os membros da comunidade jurídica” (MEYER, 2005, p. 43). Os mesmos argumentos são suficientes para enfrentar, também, a capacidade criativa do juiz que o minimalismo endossa, quando faz uso do raciocínio indutivo, e que, ainda, esvaziam as concepções de Sunstein para mero psicologismo.

Resta, contudo, demonstrar de que modo a teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas revela-se útil para neutralizar o apego do minimalismo judicial às tradições. Já se criticou, neste trabalho, a vertente burkeana do minimalismo (vide subcapítulo 4.3), que crê no uso puro e direto das tradições como expressão da razão acumulada no tempo. No entanto, ao descrever o que chamou de minimalismo racionalista, Cass Sunstein limitou-se a dizer se tratar de vertente que exige justificativas para o uso das tradições, sem indicar de que modo o processo de justificação para aplicação dessas tradições fosse possível. Nesse particular, o pensamento habermasiano, mais uma vez, acaba por estruturar logicamente a reconfiguração do minimalismo. Afirma o autor:

A imposição duradoura de uma norma depende também da possibilidade de mobilizar, num dado contexto da tradição, razões que sejam suficientes pelo menos para fazer parecer legítima a pretensão de validez no círculo das pessoas a que se endereça. **Aplicado às sociedades modernas, isso significa: sem legitimidade, não há lealdade das massas** (HABERMAS, 1989a, p. 83, grifos nossos).

O agir comunicativo, portanto, por fundar-se na intersubjetividade “[...] que conjuga a perspectiva de cada um com a perspectiva de todos” (HABERMAS, 1989b, p. 15), ampliando universalmente o discurso por meio de um “[...] distanciamento em relação àqueles contextos de vida aos quais a própria identidade está indissolúvelmente ligada” (HABERMAS, 1989b,

p. 15), leva a um processo de justificação das tradições considerada a partir do sentido dos envolvidos no processo de obtenção de consenso, conferindo legitimidade ao produto minimalista, desatrelado de aspectos morais controvertidos, o que implicaria em retrocesso às bases burkeanas já criticadas.

Contudo, como já afirmado, o minimalismo procedimental democrático é apenas um modelo teórico embrionário. Seu desenvolvimento exige pesquisa aprofundada, objeto de delimitação temática específica, sujeita a intensas críticas e refutações. Somente assim será possível verificar, efetivamente, sua adequação ao paradigma do Estado Democrático de Direito e, consequentemente, ao ordenamento jurídico do Brasil.

6 CONCLUSÃO

Considerando o desenvolvimento da dissertação, apresentam-se, de modo objetivo, as conclusões alcançadas a partir do enfrentamento ao problema de pesquisa, a saber, a indagação acerca das virtudes e objeções teóricas ao minimalismo judicial de Cass Sunstein, e eventuais incompatibilidades dessa alternativa hermenêutica com o paradigma do Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, com o ordenamento jurídico brasileiro.

Cuida o minimalismo judicial de abordagem hermenêutica que restringe a teorização das decisões judiciais ao núcleo indispensável à solução das controvérsias, preferindo a estreiteza à extensão, e a superficialidade à profundidade dos argumentos, tendo como foco os custos decisões e a magnitude dos seus erros.

O minimalismo judicial de Cass Sunstein tem estrutura conceitual bastante delimitada, fundando-se nos *acordos não totalmente teorizados*, no conservadorismo político de Edmund Burke e no ideal de democracia deliberativa.

Os *acordos não totalmente teorizados*, marca do pensamento de Sunstein, visam ao consenso em meios de intensa divergência, por meio da limitação no uso das teorias abstratas e do uso construtivo do silêncio, na tentativa de favorecer a estabilidade social.

O conservadorismo político de Edmund Burke permeia a bibliografia de Cass Sunstein e, especialmente quanto ao minimalismo judicial, representa referencial teórico que credita às tradições importante função. Embora a concepção minimalista de Sunstein, como um todo, esteja ligada ao pensamento de Edmund Burke, o conservadorismo político é, ainda, utilizado pelo o autor norte-americano para estabelecer uma divisão interna em sua concepção; de um lado estaria o minimalismo burkeano e, de outro, o minimalismo racionalista. No primeiro, as tradições são tomadas como justificativas para as decisões; no segundo, o uso das tradições é antecedido de juízo crítico, na tentativa de verificar a conveniência de sua aplicação.

O ideal de democracia deliberativa, fortemente ligado ao modelo republicano norte-americano, impõe o respeito ao princípio da deliberação, à heterogeneidade, ao dissenso e aos processos políticos em geral. Importante ressaltar, ainda, que o minimalismo judicial, segundo Sunstein, representa importante catalizador dos processos deliberativos, fomentando a discussão das questões não totalmente teorizadas no âmbito jurisdicional em outras esferas de deliberação.

Em contraste ao minimalismo judicial, Cass Sunstein apresenta concepções como o maximalismo e o originalismo (e seu fundamentalismo atrelado). Além disso, o autor caracteriza quatro perfis ou *personae* constitucionais – além dos minimalistas, os heróis, os

soldados e os mudos. Grande parte da defesa que o autor norte-americano faz do modelo minimalista parte do contraste com as citadas concepções, além da caracterização desses perfis ou *personae*.

É possível observar consideráveis virtudes, ainda que episódicas, da abordagem minimalista, a partir do exame dos problemas inerentes ao sistema de precedentes do Direito Processual Civil brasileiro, especialmente acentuados desde o advento do Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015). Como exemplos, destaques para a confusão conceitual que envolve o termo precedente, a hipervinculação às teses neles constantes e a consequente dificuldade na sua revisão. Desse modo, o minimalismo judicial contribui para minimizar a obscuridade entre a *ratio decidendi* e os *obiter dicta*, a partir de um processo de filtragem minimalista, conferindo maior previsibilidade na elaboração e aplicação dos precedentes, reforçando o sentido preconizado pelo *caput* do art. 926 do Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015), a saber, de estabelecer a uniformização da jurisprudência em bases estáveis, íntegras e coerentes. O minimalismo judicial, assim, por meio de sua teorização incompleta, favoreceria a distinção (*distinguish*) e superação (*overruling*) dos precedentes no enfrentamento das questões submetidas a exame pelo Judiciário, além de, em última análise, ao menos minimizar o protagonismo judicial.

A investigação detalhada das bases conceituais do minimalismo judicial de Cass Sunstein conduziu, também, ao levantamento de sérias objeções teóricas.

A primeira, representada pelo resgate parcial de aspectos controvertidos dos paradigmas de direito superados – o Pré-moderno, o do Estado Liberal e o do Estado Social, sendo a figura da autoridade do juiz o núcleo desse retrocesso parcial.

No paradigma Pré-moderno, tal como o *nómos* grego não se desgarra da autoridade que herda do *thesmós*, o minimalismo vincula-se à autoridade, personificada na figura do juiz.

Quanto ao paradigma do Estado Liberal, o minimalismo resgata os problemas que envolvem o ideal da liberdade e que podem conduzir à igualdade meramente aritmética entre as partes. Esse sentido de igualdade, por vezes, coloca em posição de equivalência indivíduos de condições de fala de extrema discrepância. Assim, o consenso e a limitação na teorização dos argumentos, almejados pelo minimalismo, revelariam uma contradição, pois, não seria possível às partes compreender essa limitação se, muitas vezes, não se tem a noção do todo.

Quanto ao paradigma do Estado Social, observou-se que o minimalismo judicial de Cass Sunstein resgata o caráter paternalista e criativo do juiz do *Welfare State*. A teorização incompleta, própria do minimalismo judicial, também, não se revela controlável pela atividade discursiva ou contraditória das partes; a personalidade do juiz, então, projeta sobre o

conflito sua ideia de justiça, de consenso e de limitação na abstração dos argumentos, o que justifica, *a priori*, o adjetivo “judicial” na concepção de Sunstein.

A preferência declarada de Sunstein pelo raciocínio indutivo no minimalismo judicial, ainda, escancara a intenção de manter, na sua concepção, a capacidade criativa do juiz. No entanto, o método indutivo do minimalismo judicial, que se revela por meio do uso da analogia, esbarra no *problema da indução*, tal como já levantado por Karl Popper (2006), ou seja, de que não é possível se chegar a enunciados universais a partir de enunciados particulares. E ao se afastar do dedutivismo, o minimalismo judicial de Sunstein, à luz de conclusões popperianas, afasta-se da condição de teoria e se alinha ao mero psicologismo, na medida em que nega a refutação de suas próprias conclusões. Além disso, ao tentar se desvencilhar dos problemas do método indutivo, Cass Sunstein acaba por reforçar a autoridade do juiz, permitindo, que sua vontade se sobreponha aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, ao próprio conflito e aos interesses das partes.

O ideal conservador, cuja matriz é o pensamento de Edmund Burke (2014), e que permeia a bibliografia de Cass Sunstein, novamente, revela perigosos aspectos da autoridade do juiz minimalista. Nota-se que o autor norte-americano, intencionalmente, negligencia o estudo do pensamento de Burke, contaminando o juiz minimalista com a crença em uma autoridade seriamente fundada em aspectos religiosos. Desse modo, assim como o conservadorismo de Edmund Burke não pode ser explicado sem um Estado intimamente ligado ao aspecto religioso, o minimalismo de Sunstein não pode ser concebido sem o Estado-juiz. Logo, o ceticismo quanto às teorias da interpretação, que Cass Sunstein explica em sua concepção minimalista, revela a crença em um dogma da autoridade divina, que, por meio da função sagrada do juiz, personifica o sentido da Teoria do Direito defendida por Burke, compreendida como razão acumulada no tempo.

Confrontando as virtudes e objeções do minimalismo judicial, demonstrou-se necessária a reconfiguração da elaboração de Sunstein, a partir de marco teórico capaz de que viabilizar o consenso em bases legítimas, caracterizadas pela intersubjetividade e pela discursividade, o que confirma a hipótese da pesquisa, qual seja, a afirmação de que, apesar de o minimalismo demonstrar a capacidade de enfrentar problemas pontuais, inclusive no Brasil, e de sua origem em país de tradição democrática (Estados Unidos), a limitação na teorização dos argumentos macula o consenso e hipertrofia a figura do juiz, o que exige a reconfiguração de tal concepção para aplicação em bases discursivas, próprias de ordenamentos caracterizados pelos princípios processuais constitucionais do devido processo

legal, da isonomia, do contraditório e da ampla defesa, tal como é o ordenamento jurídico brasileiro.

Desse modo, e por meio da teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas (1989a, 1989b, 1997), foram apresentadas as linhas embrionárias do denominado **minimalismo procedimental democrático**. Trata-se de esboço teórico introdutório que, por meio da intersubjetividade, coloca as partes, simultaneamente, na condição de criadoras e destinatárias do consenso minimalista. A incidência do marco teórico habermasiano, assim, impõe a duplicação do ideal de democracia deliberativa de Sunstein, deixando a exclusiva posição de meta – e de produto de um agir meramente estratégico –, para ocupar, também, a posição de meio de obtenção do consenso minimalista a partir do agir comunicativo. A aplicação desse novo marco teórico ao minimalismo permitiria, a um só tempo, neutralizar as objeções levantadas nesse trabalho e manter a essência das suas virtudes.

Contudo, convém salientar que se trata de proposta ainda embrionária, cujo desenvolvimento exige pesquisa aprofundada, objeto de delimitação temática específica, e, ainda, sujeita a severas críticas. Tal pesquisa possibilitará verificar, efetivamente, a adequação do minimalismo procedimental democrático ao paradigma do Estado Democrático de Direito e ao ordenamento jurídico do Brasil.

REFERÊNCIAS

- ALSTYNE, William W. Van. A Critical Guide to Marbury v. Madison. **Duke Law Journal**, Durham, n. 1, p. 1-47, jan. 1969. Disponível em: https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/544/. Acesso em: 7 dez. 2018.
- ALVAREZ, Alejandro Montiel. A dessacralização da lei em Atenas: a passagem do thesmós ao nómos entre os séculos VI e IV a.C. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 6, n. 1, p. 86-93, jan./jun. 2014. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2014.61.08>. Acesso em: 7 dez. 2018.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **ABNT NBR 6023**: informação e documentação: referências: elaboração. 2. ed. Rio de Janeiro: ABNT, 2018.
- BARROS, Humberto Gomes de. **Discurso de posse do Ministro Humberto Gomes de Barros no cargo de Presidente do STJ**. 2008. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/16933>. Acesso em: 7 dez. 2018.
- BAUM, Lawrence. **A Suprema Corte Americana**. Trad. Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.
- BERMAN, Harold Joseph. **Law and revolution**: the formation of the western legal tradition. Cambridge: Harvard University Press, 1983.
- BERNARDES, Bruno Paiva; LIMA, Eduardo Martins. O poder político do Judiciário: uma análise histórica, jurídica, política e sociológica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito. **Prim@ Facie**, João Pessoa, v. 17, n. 34, 2018. Disponível em: <http://www.periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/38397>. Acesso em: 7 dez. 2018.
- BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de Filosofia do Direito. Trad. e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2011.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 7 dez. 2018.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Ato Normativo nº 0000529-87.2016.2.00.0000**. Brasília, 2 de março de 2016. Relator: Conselheiro Gustavo Tadeu Alkmim. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam?jurisprudenciaIdJuris=47861&indiceListaJurisprudencia=0&tipoPesquisa=LUCENE&firstResult=0>. Acesso em: 7 dez. 2018.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 7 dez. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 568**. O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema. Brasília, 17 de março de 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27568%27>. Acesso em: 7 dez. 2018.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. *E-book*.

BÜLLOW, Oskar von. Gesetz und Richteramt. Trad. James E. Herget e Ingrid Wade. **The American Journal of Legal History**, Oxford, v. 39, p. 71-94, 1 jan. 1995. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/845751>. Acesso em: 7 dez. 2018.

BURKE, Edmund. **Reflexões sobre a Revolução na França**. Tradução, apresentação e notas de José Miguel Nanni Soares. São Paulo: Edipro, 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

CAMPOS, Felipe Almeida. **A teoria da prova e o processo administrativo sob a perspectiva do Código de Processo Civil de 2015**. 2016. Dissertação (Mestrado em Instituições Sociais, Direito e Democracia) – Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/pdmd/article/view/5632/2803>. Acesso em: 7 dez. 2018.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *In*: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 25-44.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Justice in robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EHRlich, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do Direito**. Trad. René Ernani Gertz. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

ESTADOS UNIDOS. Departamento de Estado. **Perfil do Sistema Judiciário dos EUA**. [S.l.], 2006.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Brown v. Board of Education**. Washington, 17 de maio de 1954. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/347/483.html>. Acesso em: 7 dez. 2018.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Lochner v. New York, n. 198**. Washington, 17 de abril de 1906. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/#opinion>. Acesso em: 7 dez. 2018.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for judicial review n. 03-1008**. PDK Laboratories Inc., v. United States Drug Enforcement Administration. Washington, 26 de março de 2004. Disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/us-dc-circuit/1207124.html>. Acesso em: 7 dez. 2018.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Petition for Writ of certiorari n. 94-1039. Romer, Governor of Colorado et al. v. Evans et al. Washington, 20 de maio de 1996. *In*: ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **United States Reports**, Washington, v. 517, p. 620-653, 1999. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/517bv.pdf>. Acesso em: 7 dez. 2018.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for writ of mandamus Marbury v. Madison**. William Marbury v. James Madison. Washington, 1 de fevereiro de 1803. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/5/137.html>. Acesso em: 7 dez. 2018.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Plessy v. Ferguson**. Washington, 18 de maio de 1896. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/163/537.html>. Acesso em: 7 dez. 2018.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. **A impostergável reconstrução principiológico-constitucional do processo administrativo disciplinar no Brasil**. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_FreitasSHZ_1.pdf. Acesso em: 7 dez. 2018.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. Aplicabilidade de princípios constitucionais do processo no recurso de agravo no Direito Processual Civil. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 3, n. 2, p. 33-59, jul./dez. 2008. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/858/642>. Acesso em: 7 dez. 2018.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GAMBOGI, Luís Carlos Balbino. **Direito: razão e sensibilidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

GARNER, Bryan A. (ed.). **Black's law dictionary**. 9. ed. Saint Paul: West, 2009.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao realismo jurídico norte-americano**. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/16204196>. Acesso em: 7 dez. 2018. *E-book*.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I.

HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. **Estudos avançados**, São Paulo, v. 3, n. 7, p. 4-19, dez. 1989. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141989000300002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 7 dez. 2018.

HARVARD LAW SCHOOL. **Faculty Profiles**. Cass R. Sunstein. 2016. Disponível em: <http://hls.harvard.edu/faculty/directory/10871/Sunstein/>. Acesso em: 7 dez. 2018.

JOUANJAN, Olivier. “Pensamento da Ordem Concreta” e Ordem do Discurso “Jurídico” Nazista: Sobre Carl Schmitt. **Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro**, Belo Horizonte, n. 2, p. 13-38, ago. 2010. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1330>. Acesso em: 7 dez. 2018.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, Rogério Gesta. Perfis democrático-procedimentais da jurisdição comunitária: uma possibilidade para o Brasil. **Revista eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 16, out.-dez. 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-16-OUTUBRO-2008-ROGERIO%20GESTA%20LEAL.pdf>. Acesso em: 7 dez. 2018.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016.

LEITER, Brian. **Top Ten Law Faculty (by area) in Scholarly Impact, 2009-2013**. 2014. Disponível em: http://www.leiterrankings.com/faculty/2014_scholarlyimpact.shtml. Acesso em: 7 dez. 2018.

MACDOWELL, Douglas Maurice. **The law in classical Athens**. New York: Cornell University Press, 1986.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACKINTOSH, James. **Vindiciae gallicae: defence of the french revolution and its English admirers, against the accusations of the right Hon. Edmund Burke**. 3. ed. London: GGJ & J.

Robinson, 1792. Disponível em:

<https://books.google.com.br/books?id=ltdBAAAACAAJ&dq=vindiciae%20gallicae%20james%20mackintosh&hl=pt-BR&pg=PP7#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 7 dez. 2018. *E-book*.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas**. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MARITAIN, Jacques. Introduction. *In*: UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION. **Human Rights: comments and interpretation**. Paris, 1948. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001550/155042eb.pdf>. Acesso em: 7 dez. 2018. *E-book*.

MARMELSTEIN, George. **O asno de Buridano, o non liquet e as katchangas**. 7 jan. 2009. Disponível em: <http://direitosfundamentais.net/2009/01/07/o-asno-de-buridano-o-non-liquet-e-as-katchangas/>. Acesso em: 7 dez. 2018.

MAUÉS, Antonio Moreira. Jogando com os precedentes: regras, analogias, princípios. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 587-624, dez. 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000200009&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 7 dez. 2018.

MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. Trad. Carlos Sierra. México: Fondo de Cultura Econômica, 1971.

MEYER, Emílio Peluso Neder. A tese central de Jürgen Habermas em Facticidade e Validade. **Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, v. 38, n. 3, p. 38-49, set./dez. 2005. Disponível em: <http://domtotal.com/direito/uploads/30.pdf> . Acesso em: 7 dez. 2018.

OLIVEIRA, Luiz Cláudio Vieira de; CORRÊA, Osvaldo Manoel. **Normas para redação de trabalhos acadêmicos, dissertações e teses**. 2. ed. rev. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2008. Disponível em: http://www.fumec.br/anexos/a_fumec/bibliotecas/livro_de_normas.pdf. Acesso em: 7 dez. 2018.

OSTWALD, Martin. **Nomos and the beginnings of the athenian democracy**. London: Oxford University Press, 1969.

PASCHOALINI, Felipe. **Interpretação e instituições: o diálogo entre Cass Sunstein e Ronald Dworkin**. 2015. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-18112015-145137/pt-br.php>. Acesso em: 7 dez. 2018.

PESSOA, Fernando. Poema em linha reta. *In*: **Mensagem**. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 1998. p. 160-161.

POPPER, Karl R. **A lógica da pesquisa científica**. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 15. ed. São Paulo: Cultrix, 2006.

POPPER, Karl R. **Conjecturas e refutações**. Trad. Sérgio Bath. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008.

RAMOS, Marcelo Maciel. A originalidade da compreensão de lei na Grécia antiga. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 107, p. 295-329, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/P.0034-7191.2013v107p295>. Acesso em: 7 dez. 2018.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia: filosofia pagã antiga**. Trad. Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2003. v. 1.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Franz Neumann, o direito e a teoria crítica. **Lua Nova**, São Paulo, n. 61, p. 53-73, 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000100004&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 7 dez. 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 21, p. 11-37, nov. 1986. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/rccs/includes/download.php?id=298>. Acesso em: 7 dez. 2018.

SÉROUSSI, Roland. **Introdução ao Direito inglês e norte-americano**. Trad. Renata Maria Parreira Cordeiro. 2. ed. São Paulo: Landy, 2006.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law: introdução ao direito dos EUA**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SOARES, José Miguel Nanni. Introdução. *In*: BURKE, Edmund. **Reflexões sobre a Revolução na França**. Tradução, apresentação e notas de José Miguel Nanni Soares. São Paulo: Edipro, 2014.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do estado: novos paradigmas em face da globalização**. 5. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Art. 489. *In*: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (org.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 681-692.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. Art. 927. *In*: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (org.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1191-1209.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SUNSTEIN, Cass R. **A Constituição parcial**. Trad. Manassés Teixeira Martins; Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SUNSTEIN, Cass R. **A era do radicalismo: entenda por que as pessoas se tornam extremistas**. Trad. Lucienne Scalzo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SUNSTEIN, Cass R. Acordos Constitucionais sem Teorias Constitucionais. Tradução de Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 246, p. 79-94, set. 2007. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41651/40827>. Acesso em: 7 dez. 2018.

SUNSTEIN, Cass R. **Conspiracy theories and other dangerous ideas**. New York: Simon & Schuster, 2014.

SUNSTEIN, Cass R. **Constitutional personae**. New York: Oxford University Press, 2015.

SUNSTEIN, Cass R. **Conversations with Tyler: A Conversation with Cass Sunstein**. Entrevistador: Tyler Cowen. Washington: Mercatus Center, 2016. Disponível em: <https://www.mercatus.org/events/conversations-tyler-conversation-cass-sunstein>. Acesso em: 7 dez. 2018.

SUNSTEIN, Cass R. **Designing democracy: what constitutions do**. New York: Oxford University Press, 2001.

SUNSTEIN, Cass R. **Going to extremes: how like minds unite and divide**. New York: Oxford University Press, 2009.

SUNSTEIN, Cass R. Incompletely theorized agreements commentary. **Harvard Law Review**, Cambridge, n. 108, p. 1733-1772, 1994. Disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12308&context=journal_articles. Acesso em: 7 dez. 2018.

SUNSTEIN, Cass R. Incompletely theorized agreements in Constitutional Law. **Public Law & Legal Theory Working Paper**, Chicago, n. 147, jan. 2007. Disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1149&context=public_law_and_legal_theory. Acesso em: 7 dez. 2018.

SUNSTEIN, Cass R. **Infotopia: how many minds produce knowledge**. New York: Oxford University Press, 2006.

SUNSTEIN, Cass R. **Legal reasoning and political conflict**. New York: Oxford University Press, 1996.

SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Massachusetts: Harvard University Press, 1999.

SUNSTEIN, Cass R. Por que grupos vão a extremos. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite. (coord.). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 71-95.

SUNSTEIN, Cass R. **Radical in Robes: why extreme right-wing courts are wrong for America**. New York: Basic Books, 2005.

SUNSTEIN, Cass R. **The world according Star Wars**. New York: Dey Street Books, 2016.

THALER, Richard. H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness**. New Haven: Yale University Press, 2008.