

O MINIMALISMO JUDICIAL DE CASS SUNSTEIN E A RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA¹

THE JUDICIAL MINIMALISM OF CASS SUNSTEIN AND A RESOLUTION OF FEDERAL SENATE IN CONSTITUTIONALITY CONTROL: JUDICIAL ATIVISM AND DEMOCRACY LEGITIMACY

Claudio Ladeira de Oliveira²

Suellen Patrícia Moura³

Resumo

O presente artigo propõe-se a explorar uma postura judicial denominada minimalismo judicial, apresentando-a como um caminho democrático de atuação jurisprudencial que congrega elementos capazes de articular corretamente os distintos papéis dos poderes Judiciário e Legislativo. Assinala que, enquanto “procedimento”, o minimalismo sugere que no julgamento de casos controversos os juízes deixem de se pronunciar acerca de questões que não são imprescindíveis à resolução do caso concreto, recomendando que a argumentação que enseja o resultado seja estreita e superficial, mantendo as divergências sobre razões filosóficas e/ou moralmente controvertidas sobre os resultados concretos. Destaca que, enquanto “substância”, o minimalismo busca promover a deliberação democrática nas instituições politicamente responsáveis. Por fim, elucida o tema analisando, sob a ótica do minimalismo judicial, a Reclamação Constitucional 4335, da qual emergiu a discussão sobre a Resolução do Senado Federal no âmbito do controle de constitucionalidade.

Palavras-chave: Minimalismo Judicial. Ativismo Judicial. Controle de Constitucionalidade. Democracia Deliberativa.

¹ Artigo submetido em 14/06/2016, pareceres de análise em 27/06/2016 e 22/07/2016, aprovação comunicada em 18/08/2016.

² Professor adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Ex-professor da Faculdade de Direito na Universidade de Brasília (UnB), da faculdade de direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF) e do Curso de Direito da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Possui doutorado e mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2006), tendo realizado estágio de doutoramento (2004) na Universidade de Lisboa, e graduação em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso (1995). E-mail: <claudioladeira@hotmail.com>.

³ Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Possui pós-graduação em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Assessora acadêmica na Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). E-mail: <spmoura14@gmail.com>.

Abstract

The present article aims to explore a judicial stance referred to as judicial minimalism, presenting it as a democratic path of jurisprudential action that gathers elements capable of rightfully articulating the distinct roles of the Judiciary and Legislative powers. It signs out that, as a “procedure”, minimalism suggests that, in controversial cases, the judges should not pronounce on matters that are not essential to resolve the specific case, recommending that the argumentation leading towards the decision should be narrow and superficial, maintaining the divergences about philosophical and/or morally controversial reasons about specific cases. It also highlights that, as “substance”, minimalism seeks to promote democratic deliberations in the responsible political institutions. Finally, it enlightens the theme by analysing, under the optic of the judicial minimalism, the Constitutional Reclamation nº 4335, from which emerged the discussion about the Federal Senate’s Resolution in the scope of the constitutionality control.

Keywords: Judicial Minimalism. Judicial Activism. Constitutionality Control. Deliberative Democracy.

Sumário: 1. Introdução. 2. Teoria do Minimalismo Judicial. 2.1. Aspectos procedimental e substancial. 2.2. Acordos Teóricos Incompletos. 2.3. Fundamentação superficial e estreita. 2.4. Promoção da democracia deliberativa. 3. Minimalismo judicial aplicado à Reclamação Constitucional nº 4335. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

São necessários alguns critérios de avaliação da atividade do tribunal constitucional a fim de balizar as nuances de uma interpretação constitucional, principalmente quando a hermenêutica versa sobre questões de alta carga política e/ou moral. Ronald Dworkin elabora inúmeros questionamentos sobre a atividade de um tribunal, evidenciando que o ponto crucial é saber como a Corte deve exercer o poder atribuído a ela (DWORKIN, 1999, p. 427).

No que se refere às posturas judiciais de interpretação constitucional, é possível destacar dois modos sobre como os juízes decidem seus casos, sobretudo quando o cerne da atividade interpretativa se pauta na realização de determinados juízos de ordem política e moral relativamente controversos. As doutrinas apresentam modelos antagônicos de atuação de tribunais, especialmente com relação à interpretação constitucional, denominados “ativismo judicial” e “moderação judicial”.

De acordo com Ronald Dworkin (2002, p. 216):

[...] o programa da moderação judicial afirma que os tribunais deveriam permitir a manutenção das decisões dos outros setores do governo, mesmo quando elas ofendam a própria percepção que os juízes têm dos princípios

exigidos pelas doutrinas constitucionais amplas, excetuando-se, contudo, os casos nos quais essas decisões sejam tão ofensivas à moralidade política a ponto de violar as estipulações de qualquer interpretação plausível, ou, talvez, nos casos em que uma decisão contrária for exigida por um precedente inequívoco.

No modelo de “autorrestrrição” judicial (ou “moderação” judicial), os tribunais deveriam permitir que decisões de instituições políticas mantenham-se igualmente válidas sem o crivo de interferência interpretativa dos juízes. Dworkin esclarece que a manutenção dessas decisões provenientes de outros setores do governo deve ocorrer ainda que venham a conflitar com a percepção que os intérpretes jurídicos possuem no tocante aos princípios constitucionais.

Segundo Dworkin, há dois fundamentos distintos sob os quais essa teoria pode estar baseada: ceticismo político; e, deferência judicial. A teoria do ceticismo político enuncia que os cidadãos não possuem direitos morais⁴ contra o Estado. O argumento em prol do ceticismo destaca que a tarefa do legislativo consiste em decidir quais preferências são importantes. Dessa forma, como este Poder representa a maioria, seria mais condizente com o princípio democrático, no viés da moderação judicial baseada no ceticismo, que as decisões moral e/ou politicamente controversas estejam a cargo de competência decisiva de outras instituições políticas que não os tribunais, ainda que essas escolhas afrontem o juízo de valor dos juízes.

Já a teoria da deferência judicial enfatiza que os cidadãos possuem direitos morais contra o Estado além daqueles expressamente garantidos no ordenamento jurídico. Entretanto, assinala que esses direitos morais possuem carga normativa discutível, ou seja, são as instituições políticas que decidirão qual direito moral deve ser reconhecido como tal. Dessa forma, pressupõe que as questões morais e políticas não resolvidas devem ficar a cargo de instituições políticas, cuja responsabilidade de decisão lhe é atribuída.

Esse argumento pode se enveredar em dois campos distintos de fundamentação. O primeiro diz respeito à pseudo aptidão do poder legislativo em tomar decisões mais bem fundadas na resolução de casos que tratam de problemas subjacentes aos casos apresentados constitucionalmente, ou seja, os relativos aos

⁴ “O sentido de direitos que me proponho utilizar não pressupõe hipóteses ontológicas dessa natureza: ele mostra simplesmente que a reivindicação de um direito é, no sentido restrito, um tipo de juízo sobre o que é certo ou errado que os governos façam”. (DWORKIN, 2002, p. 218).

direitos morais de indivíduos contra o Estado. O segundo refere-se à questão de ser mais justo que uma instituição democrática, ao invés dos tribunais, tome para si a resolução dos referidos casos, pois é sempre mais justo que uma maioria, ao invés de uma minoria, decida o rumo de um problema.

Entretanto, a referida postura “ignora o fato de que as decisões a respeito dos direitos contra a maioria não são questões que devam, por razões de equidade, ser deixadas a cargo da maioria” (DWORKIN, 2002, p. 222). Dessa forma, “o argumento a partir da democracia pede que os detentores de poder político sejam convidados a ser os únicos juízes de suas próprias decisões”. (DWORKIN, 2002, p. 225)

Outra é a perspectiva adotada pelo modelo do ativismo judicial. De acordo com Dworkin (2002, p. 215):

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

O ativismo judicial se coloca como uma espécie de pragmatismo jurídico, no sentido de que as pessoas nunca têm direito a nada, a não ser a decisão judicial que, ao final, se revelar a melhor para a comunidade como um todo, sem considerar nenhuma decisão política tomada no passado⁵.

Observa-se que essa abordagem apresenta uma forma ativa e ousada com que juízes exercem a atividade interpretativa. O autor esclarece que um juiz ativista desconsidera várias questões que emanam da interpretação constitucional como a história de sua promulgação, as decisões anteriores que buscaram interpretá-las e as duradouras tradições da cultura política. Ao prescindir dessas questões, juízes

⁵ “O pragmatismo adota uma atividade cética com relação ao pressuposto que acreditamos estar personificado no conceito de direito: nega que as decisões políticas do passado, por si sós, ofereçam qualquer justificativa para o uso ou não do poder coercitivo do Estado. Ele encontra a justificativa necessária à coerção na justiça, na eficiência ou em alguma outra virtude contemporânea da própria decisão coercitiva, como e quando ela é tomada por juízes, e acrescenta que a coerência com qualquer decisão legislativa ou judicial anterior não contribui, em princípio, para a justiça ou a virtude de qualquer decisão atual. Se os juízes se deixarem guiar por esse conselho, acredita ele, então a menos que cometam grandes erros, a coerção que impõem tornará o futuro da comunidade mais promissor, liberado da mão morta do passado e do fetiche pela coerência”. (DWORKIN, 1999, p. 185).

impõem suas concepções sobre o que é justo, ou qual a teoria de justiça que eles entendem ser a melhor. Ainda, acham-se na competência de revisar atos de outros setores do estado se constatarem que o entendimento proferido por essas instituições políticas divergem da percepção de justiça que eles possuem.

Assim, o “ativismo” exige que os juízes sejam atuantes em dois aspectos: no sentido de cumprimento da lei; e, na assunção de uma postura entendida como audaciosa na seara constitucional. De fato, eles interpretam princípios constitucionais abstratos tais como “dignidade da pessoa humana”, “igualdade”, “liberdade de expressão”, reclamando para si a competência e a capacidade para fixar tais conceitos abstratos, concretizá-los, conferir um significado mais preciso a estes termos; e principalmente: para julgar atos do legislativo que interpretam estes mesmos princípios” (OLIVEIRA, 2008, p. 5).

Os riscos da judicialização e, sobretudo, do ativismo envolvem a legitimidade democrática na medida em que os membros do Poder Judiciário não são eleitos para se sobreponem a uma decisão do Presidente da República – sufragado por mais de 40 milhões de votos – ou do Congresso – cujos 513 membros foram escolhidos pela vontade popular. Assim, diante desta dificuldade contramajoritária, onde reside a legitimidade do STF para invalidar decisões daqueles que exercem mandato popular e foram escolhidos pelo povo?

Afora isso, acrescente-se a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias, ideias que podem ser delineadas, segundo Cass Sunstein e Adrian Vermeulle (1996, 2002) como: a de capacidades institucionais (determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria) e a de efeitos sistêmicos (posição de cautela e deferência por parte do Judiciário).

Dessa forma, é necessário um modelo de atuação jurisprudencial que oriente democraticamente a atuação dos tribunais com competências constitucionais, limitando-se a guardar a qualidade do processo democrático e a remover os obstáculos que impedem seu adequado funcionamento ao invés de assumir o espaço destinado à formação da vontade democrática.

2 A TEORIA DO MINIMALISMO JUDICIAL

As posturas denominadas “ativismo” e “autorrestrrição” demonstram que da adoção desta pode decorrer um judiciário indiferente às manifestações da legitimidade democrática quando não puderem sofrer uma avaliação pautada em critérios exclusivamente formais. Isso ocorre quando os tribunais permitem aos agentes políticos ocupantes dos cargos do legislativo e do executivo “governar de modo a impor a grupos socialmente minoritários (e, portanto, potencialmente derrotados nos processos políticos majoritários) obrigações desproporcionais, não equitativas” (DWORKIN, 2000, p. 105-152). Por outro lado, do “ativismo judicial” pode ocasionar um tribunal “paternalista”, o qual ocupa “o lugar dos processos políticos democráticos ao invés de promovê-los, assumindo as competências de instância suprema de decisão sobre questões moralmente controversas”. (OLIVEIRA, 2008, p. 10). Logo, é necessário um modelo equilibrado e democrático que oriente democraticamente a atuação dos tribunais com competências constitucionais.

Cass Sunstein, para responder a este problema, desenvolveu uma postura judicial que ele denomina “minimalismo judicial”. O minimalismo judicial pode ser caracterizado como uma forma de limitação judicial na medida em que, na resolução de casos concretos controversos, deixa questões fundamentais sem decidir. O método propulsor dessa forma de interpretação judicial é justificar o resultado de um caso concreto com argumentos menos abrangentes possíveis, descrevendo o fenômeno analisado não mais que o necessário para sustentar o processo final resultante. Sob essa orientação, o minimalismo de decisão possui duas características que são processualmente atraentes: “First, it is likely to reduce the burdens of judicial decision. Second, and more fundamentally, minimalism is likely to make judicial errors less frequent and (above all) less damaging”⁶.

O autor aponta duas circunstâncias pelas quais o minimalismo judicial se torna uma postura mais vantajosa na interpretação jurídica. Primeiramente, ressalta que certas formas de minimalismo podem promover a democracia não apenas no sentido de que procedem deixando questões filosóficas, políticas e/ou morais controvertidas

⁶ “Minimalismo de decisão tem duas características atraentes. Primeiro, é como reduzir os encargos da decisão judicial. Segundo, e mais fundamentalmente, minimalismo é provavelmente fazer erros judiciais menos frequentes e (acima de tudo) menos prejudiciais”. (SUNSTEIN, 1999, p. 4, tradução nossa).

sem decidir para a deliberação democrática, mas também, e mais fundamentalmente, no sentido de que promove sensatez e garante que decisões importantes sejam realizadas pelos atores politicamente responsáveis. A segunda vantagem é que um caminho usualmente minimalista oferece uma boa dose de bom senso quando a Corte está lidando com uma questão constitucional de alta complexidade⁷. Assim, o minimalismo faz sentido primeiro porque as Cortes podem resolver aquelas questões incorretamente, e segundo porque podem criar sérios problemas mesmo se suas respostas estiverem certas.

2.1 Aspectos “Procedimental” e “Substancial”

O minimalismo enquanto procedimento constitui o papel institucional do judiciário, caracterizado como um conjunto de recomendações formais aos juristas. A postura minimalista sugere que os juízes evitem utilizar argumentos profundos e controversos ao expor suas decisões nos casos concretos. A formalidade consiste no cuidado apenas com o nível de abstração da argumentação utilizada para suportar decisões de casos políticos, filosóficos ou moralmente controversos. Dessa forma, um juiz minimalista, na formulação de suas decisões judiciais, deixa muitas coisas sem decidir, mantendo-se sempre alerta para a manifestação de razoáveis divergências dentro de uma sociedade heterogênea.

O tribunal minimalista está intensivamente consciente de suas próprias limitações e procura decidir casos em um terreno estreito. Evita regras claras e resoluções finais, mantendo-se em alerta para o problema de consequências imprevistas, enxergando o próprio conjunto de membro atuantes de um tribunal como uma parte do sistema de deliberação democrática. O tribunal minimalista também está atento no objetivo de promover ideias de participação democrática, deliberação e capacidade de resposta, bem como permite a continuidade do espaço para a reflexão democrática de outras instituições. Esforça-se no sentido de acomodar novos julgamentos sobre fatos e valores. E, na medida em que pode, procura fornecer decisões que podem atrair o apoio de pessoas com diversos comprometimentos teóricos (SUNSTEIN, 1999, p. ix-x, tradução nossa).

⁷ A referida complexidade pode vir de “carência de informação, de mudanças circunstanciais ou de incertezas morais (relativamente relevantes)”. (SUNSTEIN, 1999, p. 5, tradução nossa).

O aspecto substancial diz respeito ao conteúdo que uma decisão minimalista deve promover na resolução de casos concretos: as “pré-condições para o bom funcionamento de uma democracia constitucional” (SUNSTEIN, 1999, p. x-xi, tradução nossa). Estas constituem a “moralidade interna da democracia” a qual exige “igualdade política, participação, deliberação racional e responsabilidade política [accountability] (no sentido de que deve responder às múltiplas vozes do público)” (SUNSTEIN, 1999, p. x-xi, tradução nossa). Nesse sentido, um juiz que endossa uma postura minimalista, na medida em que procura deixar coisas sem decidir, está provavelmente apto a aceitar uma ampla gama de coisas as quais constituem o núcleo da convergência sobre fundamentos constitucionais.

No direito constitucional americano, um distinto conjunto de ideais substantivos agora forma esse núcleo. Sunstein explica que todos os membros da cultura constitucional concordam, por exemplo, que a Constituição protege amplos direitos de se envolver em divergências políticas: ser livre de discriminação ou mau tratamento em razão de convicções religiosas de cada um; ser protegido contra tortura ou abuso físico pela polícia; ser regulado por leis que tenham um grau de clareza; ter acesso ao tribunal para garantir que os direitos têm sido precisamente aplicados; ser livre da subordinação nas bases de raça e de sexo (SUNSTEIN, 1999, p. x-xi, tradução nossa). A substância do minimalismo pode ser capturada nessas ideias centrais, os quais operam como pontos fixos no plano de fundo de debates constitucionais.

Dessa forma, um dos objetivos do minimalismo é elaborar um particular conjunto de ideias que serão tomadas como pré-condições de um bom funcionamento da democracia constitucional. O ideal da democracia vem com sua própria moralidade interna – e existe uma grande diferença entre democracia e o que quer que certa maioria tenha optado a fazer em certo tempo. Afirma-se, destarte, que Cortes devem adotar formas de minimalismo que podem aprimorar e fortificar o processo democrático, atentando-se para as regras de Direito Constitucional que promovem a responsabilidade e deliberação políticas. Importa frisar, contudo, que “Minimalism is not by any means democracy promoting by its nature; but it is most interesting when it is democracy promoting in this way” (SUNSTEIN, 1999, p. 6, tradução nossa).

2.2 Acordos Teóricos Incompletos

Cass Sunstein defende a postura do minimalismo judicial a partir da utilização de um recurso interpretativo que ele denomina de acordos teóricos incompletos. O autor enuncia que acordo teórico incompleto é, pelo próprio nome, inespecífico na medida em que não define nem especifica provisões jurídicas no momento da elaboração, previsão e descrição de direitos básicos. A incompletude se perfaz quando pessoas que concordam sobre um princípio geral não necessariamente estão de acordo sobre o que esse princípio geral ocasiona nos casos concretos, pois o processo resultante do julgamento de um caso particular pode ocasionar muitos desacordos quando se pauta em uma teoria geral, na qual discute princípios abstratos e gerais e, sobretudo, as concepções sobre a melhor teoria para a manifestação desses princípios.

O autor aponta dois papéis muito importantes desempenhados por acordos não completamente específicos. O primeiro constitui o *uso social* dessa teoria, pois possibilita que as pessoas sejam capazes de concordar sobre abstrações políticas, como, por exemplo, liberdade de expressão, e assumirem que estão entrando em um ambiente de projeções compartilhadas. Esse movimento produz solidariedade social e compromisso compartilhado, auxiliando na construção de uma cultura democrática.

Outra característica importante na utilização desse recurso consiste no desenvolvimento do respeito mútuo, no sentido de que as pessoas participantes do debate jurídico dilapidam o entendimento de concepções de justiça, pois assumem que se pode chegar a um consenso em casos concretos moral ou politicamente controversos ainda que as concepções de cada um sobre os princípios gerais que os sustentam estejam em completo desacordo. “By refusing to settle concrete cases that raise fundamental issues of conscience, they permit citizens to announce to one another that society shall not take sides on such issues until it is required to do so” (SUNSTEIN, 1996, p. 36, tradução nossa).

De acordo com Cass Sunstein (1999, p. 14, tradução nossa):

[...] acordos teóricos incompletos sobre resultados particulares são um importante meio pelos quais diversos cidadãos são capazes de constituir-se como uma sociedade. Esses acordos permitem que as pessoas vivam juntas em uma maneira produtiva, mas também mostre uma forma de respeito mútuo. Isso é especialmente verdade quando as pessoas se apegam rápido

ou insistentemente às suas crenças mais abstratas (considere compromissos teológicos ou compromissos sobre a liberdade ou igualdade).

O Segundo fenômeno apresentado por Sunstein delinea-se no seguinte: pessoas que concordam com um princípio de nível médio, mas discordam sobre o princípio geral e o caso particular. Nas palavras do autor, “incompletely theorized agreements on particular outcomes⁸, accompanied by agreements on the narrow or low-level principles that account for them”.⁹Nesse sentido, pessoas que divergem em uma proposição de alto nível de abstração podem ser capazes de concordar quando diminuem o nível de abstração. “Thus a key social function of rules is to allow people to agree on the meaning, authority, and even the soundness of a governing provision in the face of disagreements about much else” (SUNSTEIN, 1996, p. 38, tradução nossa).

Um exemplo apresentado pelo autor é o pensamento analógico: um grupo de pessoas concorda que o caso A é similar ao caso B pelo mesmo princípio de baixo nível de abstração, sem estar de acordo em uma teoria geral para explicar porque o princípio de baixo nível é sólido. Dessa forma, as pessoas concordam na importância da similaridade, sem concordar sobre o que faz com que duas coisas sejam similares (SUNSTEIN, 1996, p. 38, tradução nossa).

Acordos teóricos incompletos têm a aptidão de tornar o Direito possível. Essa possibilidade envolve, sobretudo, o que Sunstein denomina de “o uso construtivo do silêncio” (SUNSTEIN, 1996, p. 39, tradução nossa) como um importante fenômeno social e legal. “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. In law, as elsewhere, what is said is no more important than what is left unsaid”¹⁰.

Ressalta, portanto, que em temas sensíveis nos quais o desacordo é manifesto, o uso do silêncio constitui importante ferramenta interpretativa, pois, além

⁸ “By the term “particular outcomes”, I mean the judgment about who wins and who loses a case. By the term “low-level principles” I refer to something relative”. (SUNSTEIN, 1996, p. 37, tradução nossa).

⁹ “Acordos teóricos incompletos em resultados particulares, acompanhados de acordos estreitos ou de baixo nível sobre os princípios que dão conta deles”. (SUNSTEIN, 1996, p. 37, tradução nossa).

¹⁰ “Silêncio - em algo que pode revelar-se falso, obtuso, ou excessivamente contencioso - pode ajudar a minimizar conflitos, permitir o presente aprender com o futuro, e salvar uma grande quantidade de tempo e dinheiro. Na lei, como em outros lugares, o que é dito não é mais importante do que aquilo que não é dito.” (SUNSTEIN, 1996, p. 39, tradução nossa).

de orientar uma hermenêutica mais “vantajosa” no sentido de custos de erros de decisão, permite a construção progressiva do que o autor denomina de respeito mútuo, solidariedade e compromisso compartilhado.

Utilizando-se do recurso contrário – acordos completos sobre determinadas teorias – levantando o nível de abstração do debate, ou seja, tornando o debate mais abstrato e genérico, ocorre uma espécie de revelação de preconceitos, confusões ou inconsistências, de acordo com Sunstein. Isso porque, quando elevamos o nível de abstração iniciamos o debate sobre as convicções particulares de cada um; sobre o que cada cidadão concebe como justo, igual ou livre. Assim também ocorre em um tribunal, com membros dotados de variadas concepções sobre o Direito, sobre princípios, sobre interpretações dos motivos que tornam aquela concepção a melhor, a eleita dentre outras concepções jurídicas.

Evidenciou-se que acordos teóricos incompletos permitem que as pessoas estejam de acordo com resultados sem concordar com os princípios gerais que os fundamentam. Essa vantagem, de acordo com Sunstein, não diz respeito somente no tocante à atividade de decidir casos concretos, à mecanicidade da interpretação constitucional realizada pelos tribunais. Diz respeito, sobretudo, à estabilidade social. O autor atenta para o fato de que esse equilíbrio social pode não existir se desacordos fundamentais eclodirem em cada caso objeto de interpretação, seja em disputas públicas ou privadas.

Em segundo lugar, Sunstein destaca que o uso de princípios de baixa abstração pode promover dois objetivos da democracia liberal e de um sistema legal liberal: capacitar as pessoas a viverem juntas e permitir que elas mostrem uma a outra a graduação do respeito mútuo. “The use of low-level principles or rules generally allows judges on multimember bodies and hence citizens to find commonality and thus a common way of life without producing unnecessary antagonism” (SUNSTEIN, 1996, p. 39, tradução nossa).

O sentido atribuído pelo autor para delinear o que seria a noção de respeito mútuo, civilização ou reciprocidade, engendrados pela utilização de acordos incompletos inespecíficos, repousa na seguinte questão: muitas vezes pessoas discordam de modo profundo sobre algumas questões – por exemplo, a maioria penal e o casamento entre homossexuais – mas estão de acordo em não discutir demasiado sobre esse mesmo assunto. Esse fenômeno, de acordo com Sunstein, é

uma forma de deferimento às convicções mais fortes de cada um, mostrando que, ainda que não haja acordo entre concepções do que seria a melhor interpretação para cada princípio geral, ou ainda, o que seria a convicção particular de cada um, existe respeito e reciprocidade justamente nesse “acato” ao outro.

Nesse sentido:

[...] Institutional arguments in law – especially those involving judicial restraint – are typically designed to bracket fundamental questions and to say that however those questions might be resolved in principle, courts should stand to one side. The allocation of certain roles has an important function of allowing outcomes to be reached without forcing courts to make decisions on fundamental issues. Those issues are resolved by reference to institutional competence, not on their merits. (SUNSTEIN, 1996, p. 40, tradução nossa).

Quatro considerações são ressaltadas por Cass Sunstein sobre acordos incompletos. A primeira aponta para a função de reduzir os custos políticos dos contínuos desacordos, evidenciando que o repúdio às teorias de larga escala proporciona menos “perdas” para as partes, tendo em vista que podem ganhar em outra ocasião.

A segunda diz respeito à moralidade alcançada pelo uso desse recurso, destacando que a completude dos acordos referentes, por exemplo, ao princípio da igualdade, sofrerá mudanças no âmbito dos valores e dos fatos, pois, no decorrer do tempo, cada fato adquire uma valoração distinta, com reflexos sociais também distintos e, sobretudo, com mudanças institucionais e jurídicas¹¹.

A terceira razão é de âmbito prático: acordos incompletos podem ser o melhor discurso válido para pessoas de tempo e capacidade limitados (SUNSTEIN, 1996, p. 42, tradução nossa). Considerando um tribunal de vários membros, cada qual com seus paradigmas interpretativos, é evidente a dificuldade de se chegar a um consenso sobre o caso concreto, pois o enfrentamento sobre conceitos e concepções de justiça no caso em mãos passa por dois crivos hermenêuticos: o juízo de valor de um juiz considerado singularmente; e, o juízo de um intérprete comparado com o de outros

¹¹ “Consider ordinary life. At a certain time, you may well refuse to make decisions that seem foundational character – for example, whether to get married within the next year, whether to have two, three, or four children, or whether to live in San Francisco or New York. Part of the reason for this refusal is knowledge that your understandings of both facts and values may well change. Indeed, your identity may itself change in important and relevant ways and for this reason a set of commitments in advance – something like a fully theorized conception of your life course – would make no sense”. (SUNSTEIN, 1996, p. 42, tradução nossa).

membros, resultando na decisão. Nesse sentido, Sunstein destaca que a teorização incompleta confere a vantagem de produzir um sentimento de humildade e modéstia entre os operadores do direito.

A quarta e última reflexão é que acordos incompletos são muito bem adaptados para um sistema que deve ou pode tomar os precedentes como pontos fixos. Essa fixação como uma espécie de paradigma para a decisão de outros casos não é imutável. Sunstein explica que os precedentes podem e são revisados, mas somente em circunstâncias extraordinárias (SUNSTEIN, 1996, p. 42, tradução nossa), advertindo que “if a judge or a lawyer were to attempt to reach full theorization, precedents would have at most the status of considered judgments about particular cases, and these might be revised when they run into conflict with something else that he believes and that is general or particular” (SUNSTEIN, 1996, p. 42-43, tradução nossa).

Assim, teorias completas forjariam o objetivo que constitui a ideia central dos precedentes, causando instabilidade e insegurança jurídica. Ademais, há um ponto mais abstrato aqui: “Moralidade humana reconhece bens irreduzivelmente diferentes, que não podem ser subsumidos sob um único valor de ‘mestre’”. (SUNSTEIN, 1996, p. 43, tradução nossa). Assim, não se coaduna com a teoria apresentada nem com os valores morais refletidos no direito a organização de julgamentos legais através de uma única concepção de valor. Isso se explica porque é improvável que sejamos capazes de apreciar os diversos valores em jogo, e descrevê-los com a especificidade que eles merecem, a menos que investiguemos os detalhes das disputas particulares. Ademais, entraríamos em um importante fato prático: “divergências sociais sobre a melhor forma de descrever ou especificar os valores relevantes” (SUNSTEIN, 1996, p. 44, tradução nossa).

2.3 Fundamentação superficial e estreita

A prática minimalista envolve duas principais características: estreiteza e superficialidade. Nesse caminho, um juiz minimalista procura decidir o caso em mãos ao invés de estabelecer regras amplas que fundamentem tais decisões. A estreiteza (“*narrowness*”) de uma decisão, portanto, está exatamente na prática de evitar teorizações excessivamente amplas para os casos morais ou politicamente controversos. Assim, “they decide the case at hand; they do not decide other cases

too, except to the extent that one decision necessarily bears on other cases, and unless they are pretty much forced to do so” (SUNSTEIN, 1996, p. 44, tradução nossa).

Estreiteza se relaciona com a postura minimalista quando se procura proferir decisões que não são mais amplas do que o necessário para apoiar o resultado (SUNSTEIN, 1999, p. 11, tradução nossa). Dessa forma, é mais estreita uma decisão que propõe que a discriminação contra retardados mentais enfrentará uma revisão de bases racionais e, normalmente, será mantida, do que uma decisão que enuncia que a discriminação em todos os outros motivos que não a raça enfrentará revisão de base racional¹².

A segunda característica apresentada sugere a fundamentação rasa no sentido de preferir uma decisão que preze pela superficialidade (“*shallowness*”) do que pela profundidade (“*depth*”). “Minimalistas geralmente tentam evitar questões de princípio básico. Eles querem permitir que pessoas que discordem em questões profundas, convirjam” (SUNSTEIN, 1999, p. 10, tradução nossa).

Em uma decisão rasa ao invés de profunda, há a possibilidade de julgamentos de casos concretos em casos particulares, desacompanhados por participações abstratas sobre o que embasa aqueles julgamentos. Assim, o resultado de casos concretos é apoiado não por teorias abstratas, mas pelo raciocínio não ambicioso nos quais as pessoas podem convergir mesmo com diversos fundamentos, ou pelo menos com incertezas sobre os fundamentos apropriados¹³.

¹² Exemplos de decisão estreita são apresentados pelo autor, o qual relembra em seus escritos a decisão do tribunal para derrubar o programa do machismo no Instituto Militar da Virgínia. A decisão foi apertada e referente à argumentação oferecida para suportar o resultado da decisão o tribunal não disse muito sobre a legitimidade da segregação sexual na educação. Sobre a decisão da Corte referente ao tema do suicídio assistido por médico, “uma decisão que, por um vazio de cinco a quatro da maioria, deixou em aberto a possibilidade de que um paciente competente tenha o direito de morrer, quando a morte é iminente e a dor física é grave”. (SUNSTEIN, 1999, p. 10, tradução nossa). No caso *Romer v. Evans* (1996), em que a decisão do tribunal invalidou uma lei aparentemente discriminatória contra homossexuais e, nesse caso, o tribunal falou pouco e não disse algo sobre a gama de possíveis casos de discriminação contra os homossexuais, como a exclusão do militar ou uma proibição de casamento de mesmo sexo. “the Court’s 1996 decision in *Romer v. Evans*, invalidating a Law apparently discriminating against homosexuals; in that case the Court spoke narrowly and Said nothing about the range of possible cases involving discrimination against homosexuals, such a exclusion from the military or a ban on same-sex marriage”. Ibidem. p. 10, tradução nossa. No entanto, explica Sunstein que dentro da justiça federal americana não há de forma alguma um consenso sobre se o minimalismo na sua forma de regras estreitas constitua o modo certo para um tribunal proceder. Exemplos dessas posturas podem ser encontradas em juízes como Scalia, Thomas, Marshall e Warren, cujas linhas de atuação jurisprudenciais constroem um panorama que favorece julgamentos amplos e orientações mais claras possíveis.

¹³ Um exemplo apontado pelo autor são os debates filosóficos que incluem reflexões sobre a lei. Esse tipo de debate opera com alto grau de abstração. Todavia, os participantes do debate podem ser

Sunstein elucida que juízes que divergem ou estão incertos sobre os fundamentos de direitos tidos como constitucionais, ou sobre o método constitucional apropriado, quando do julgamento de casos controversos, poderiam muito bem ser aptos a convergir sobre como os referidos casos particulares devem ser manuseados (SUNSTEIN, 1999, p. 13, tradução nossa).

Exemplificando, juízes que possuem diferentes concepções sobre, por exemplo, o princípio da liberdade de expressão, endossando cada qual seus fundamentos sobre o referido princípio, podem entrar em um acordo em uma gama de casos específicos que, diferentemente, versem sobre o princípio básico. Igualmente, pessoas que possuem desacordos sobre questões fundamentais como a manifestação do princípio da dignidade da pessoa humana, podem, em um debate estreito e superficial, convergirem para a máxima de que a tortura é inconstitucional.

Em razão da simplicidade de raciocínio quando da utilização dessas técnicas interpretativas, as quais buscam, na resolução de casos concretos, a estreiteza e a superficialidade, características pertencentes aos acordos teóricos incompletos, recurso interpretativo da teoria do minimalismo judicial, o que se desvela é uma falsa compreensão de que tais decisões são desacompanhadas de razões.

O fenômeno é justamente o contrário: decisões minimalistas não excluem as razões da decisão, apenas recusam-se a oferecer teorias completas e ambiciosas para um resultado. Dessa maneira, “existe uma grande diferença entre recusar-se a dar um argumento ambicioso para um resultado e recusar-se a dar alguma razão para tudo” (SUNSTEIN, 1999, p. 13, tradução nossa). Às vezes, a ambição de estipular uma razão completa sobre tudo é simplesmente desnecessário, e, ao contrário, explanações com um baixo grau de abstração, comandando acordos de diversas pessoas, são inteiramente suficientes (SUNSTEIN, 1999, p. 14, tradução nossa).

Desse modo, juízes minimalistas tentam elaborar decisões que sejam superficiais ao invés de profundas. Eles tentam evitar questões fundamentais na medida em que possam e assim promover um objetivo crucial do sistema político liberal: “tornar possível para as pessoas convergirem quando o acordo é necessário,

trazidos para dentro de um acordo quando questões concretas são levantadas sobre qual seria a lei apropriada. Assim, “kantians and utilitarians might well agree, for example, that speed-limit laws of a certain kind make sense, or that the Law of negligence points in proper directions, or that there is no right to kill infants”. (SUNSTEIN, 1999, p. 10, tradução nossa).

e tornar desnecessário para as pessoas convergirem quando o acordo é impossível. Minimalismo judicial é bem adequado para esse objetivo” (*Ibid*).

2.4 Promoção da Democracia Deliberativa

No sistema da democracia deliberativa os representantes do povo são participações do público na medida em que, dentro da esfera do cargo e função atribuídos, respondem, perante a comunidade eleitoral, sobre, por exemplo, quais os tipos de decisões estão tomando enquanto atores políticos representantes do povo. A doutrina constitucional pode ajudar nesse tipo de controle eleitoral, assegurando que a participação dos cidadãos esteja efetivamente realizando-se de forma democrática.

O aspecto deliberativo da democracia constrói-se no pano da diversidade. A deliberação é fruto de razões conectadas por pessoas diferentes, com informações e perspectivas distintas. Em uma sociedade heterogênea, a deliberação é um fenômeno de acolhida enaltecida em razão do pluralismo social. Sem pluralismo a deliberação tornaria sem propósito, pois, se todos pensassem de forma similar, com desejos, perspectivas e limitações similares, não haveria motivo para fomentar o debate, já que todos se colocariam de acordo sobre a maior parte dos assuntos políticos, morais ou filosóficos. Assim, “em uma sociedade pluralista, as divergências podem ser uma força produtiva, ajudando a isolar divergências factuais e mostrando como as diferenças, no que diz respeito aos valores que regem, podem ser esclarecidas” (SUNSTEIN, 1999, p. 25, tradução nossa).

Na democracia deliberativa as razões que as suportam não podem estabelecer-se por força ou interesse próprio, pois a democracia constitui muito mais que um mero assunto estatístico, se expressa como compromisso com a igualdade política. E, as razões oferecidas ao público, participantes supremos, devem obedecer a raciocínios válidos para toda a comunidade política.

Nesse sentido, a legislação não pode ser suportada por motivos puramente religiosos; legislação enraizada somente em convicções religiosas não poderia contar como válida para os cidadãos que rejeitam estas razões como justificativa. Pautando-se em critérios da vida pública, a legislação também não pode ser justificada “por motivos que negam a igualdade fundamental dos seres humanos, ou que reflitam

desprezo para concidadãos, ou que tentam humilhá-los” (SUNSTEIN, 1999, p. 25, tradução nossa).

A disposição de razões que possam valer para toda a comunidade é parte da concepção liberal de legitimação política de acordo com Sunstein. As ideias embutidas expressam um ideal de reciprocidade, no qual os cidadãos estão cientes da responsabilidade de um com os interesses e reivindicações dos outros. Essa exposição de razões relevantes deve ser oferecida publicamente e deve constituir a substância para o processo da deliberação democrática:

[...] O sistema político constitui um sistema parcial, especializado em decisões que obrigam coletivamente, ao passo que as estruturas comunicativas da esfera pública formam uma rede ampla de sensores que reagem à pressão de situações problemáticas da sociedade como um todo e estimulam opiniões influentes. A opinião pública, transformada em poder comunicativo segundo processos democráticos, não pode “dominar” por si mesma o uso do poder administrativo; mas pode, de certa forma, direcioná-lo. (HABERMAS, 1997, p. 23)

Existe uma forte conexão entre minimalismo judicial e democracia no tocante ao objetivo exato de tal postura judicial: “promover o controle eleitoral, ajudando a garantir que os atores políticos responsáveis “tomem decisões importantes” (SUNSTEIN, 1999, p. 24, tradução nossa). Para evitar atrasos e permitir que os órgãos democraticamente responsáveis funcionem, juízes podem recusar-se a ouvir tudo de um caso ou regular de forma estreita ao invés de ampla, tendo em vista que as formas de minimalismo de promoção da democracia, destinadas a promover tanto a responsabilidade quanto a razão oferecida, são adequadas e salutares para as funções judiciais, pois elas promovem os ideais constitucionais sem o risco de intervenção judicial excessiva em domínios políticos (SUNSTEIN, 1999, p. 28, tradução nossa).

Entre outros, os seguintes princípios exemplificam a postura minimalista, que recomendam ao judiciário:

1) “invalidar leis vagas precisamente porque elas permitem que funcionários da administração pública, ao invés de representantes eleitos, determinem o conteúdo do direito.”

2) “utilizar a doutrina da «não delegação» [nondelegation doctrine] para exigir o juízo do poder legislativo ao invés do poder executivo”

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

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

5) “tentar assegurar que todas as decisões sejam apoiadas por justificações aceitáveis publicamente ao invés do resultado exclusivo de posições, poder e auto-interesse; (...). (SUNSTEIN, 1999, p. 27, tradução nossa).

Cass Sunstein enumera alguns exemplos¹⁴ os quais podem ser considerados como decisões que se comprometeram com a promoção da democracia no minimalismo no direito norte-americano, bem como compara estes exemplos com mais três precedentes¹⁵ os quais rejeitam a postura minimalista.

Os exemplos expostos como promoção da democracia no minimalismo possuem muito em comum. Eles envolvem julgamentos estreitos que deixam as maiores questões para outro dia. Eles também envolvem julgamentos sobre os quais diversas pessoas podem convergir, ainda que não precisem. Todos eles têm funções democráticas reforçadas. E isso é mais evidente para *Kent v. Dulles* e *Hampton v. Mow Sun Wong*. “Nesses dois casos o julgamento da Corte foi expressivamente fundado sob a ideia de que organismos responsáveis publicamente devem formular uma decisão que foi desafiada no caso em mãos” (SUNSTEIN, 1999, p. 35, tradução nossa).

Em suma, a teoria do minimalismo judicial em sua forma procedimental consiste no constante esforço em afastar das razões oferecidas para cada decisão a amplitude e a profundidade dos argumentos. Em uma sociedade heterogênea, a qual, frequentemente, pessoas razoáveis divergem, o minimalismo possui distintas virtudes.

Inicialmente, revela-se como uma forma de mostrar respeito mútuo uns aos outros. O minimalismo também mantém a flexibilidade para o futuro, uma virtude especialmente grande quando fatos e valores estão em fluxo, pois recusa a congelar os ideais e concepções existentes e, desse modo, mantém uma considerável quantidade de espaço para deliberações futuras. Essa postura desencadeada pelo

¹⁴ Vide *Kent v. Dulles*; *Griswold v. Connecticut*; *Bakkecase*, do Juiz Lewis Powell; *Hampton v. Mow Sun Wong*; (SUNSTEIN, 1999, p. 32-36).

¹⁵ Vide *Fred Scott*; *Roe v. Wade*; *Brown*. (SUNSTEIN, 1999, p. 37-38)

uso de acordos teóricos incompletos é especialmente importante para juízes que, naturalmente, não têm certeza se seus juízos sobre o assunto controvertido estão corretos.

Ademais, certas formas de minimalismo podem promover fins democráticos, não simplesmente deixando questões sem decidir, mas também por permitir a opinião de aderir ao longo do tempo e por estimular processos de deliberação democrática. “When the Court strikes down a statute as vague, for example, it effectively requires the legislature to make crucial judgments, rather than leaving those judgments to others” (SUNSTEIN, 1999, p. 259, tradução nossa).

Objetivos democráticos conectam uma ampla gama de características aparentemente díspares do direito constitucional:

[...] o vazio de imprecisão e a não delegação de doutrinas, a exigência de que o Congresso fale com clareza sobre certas questões, a revisão da racionalidade, a preocupação ocasional com o desuso, e a exigência de que certas formas de discriminação sejam justificadas por atuais ao invés de hipotéticos fins. (SUNSTEIN, 1999, p. 260, tradução nossa).

Em sua forma substancial, a teoria do minimalismo judicial consiste no conteúdo substantivo advindo, certamente, de ideias substantivas, independente do julgamento sobre largura e profundidade adequadas. O direito americano tem convergido sobre um impressionante conjunto mínimo de comprometimentos substanciais. Estes incluem o direito da livre dissidência política, a proteção contra a discriminação nas bases de suas crenças religiosas, proibição da tortura e do abuso policial, proibição de subordinação nas bases de raça e de sexo.

O minimalismo também atenta para um núcleo mais amplo de ideais substantivos que um tribunal minimalista deve endossar. Esses ideais crescem dos compromissos da Constituição com a deliberação democrática e a igualdade política. Assim, o princípio da liberdade de expressão deve operar primeiramente para providenciar um amplo espaço de respiro para as expressões políticas e para garantir que o Congresso legisle com clareza e precisão quando procurar regular expressões de textos normativos. A par disso, segue-se que alguns esforços de regular o mercado do discurso, no interesse da promoção do bom funcionamento do sistema de liberdade de expressão, são constitucionalmente irrepreensíveis.

No tocante à compreensão particular do princípio da igualdade da Constituição, esse princípio opera como uma proibição na criação de castas e sobre

expressões do governo para cidadãos americanos. O princípio da igualdade deve ser forçado mais agressivamente do que qualquer outro direito constitucional à privacidade. Assim, uma corte minimalista faria bem em adotar um entendimento particular tanto de liberdade de expressão quanto de igualdade civil, um entendimento que pode fornecer uma base segura para exploração de novas áreas de disputas constitucionais.

Com os olhos para os objetivos democráticos, tribunais podem proceder de forma minimalista com respeito à ação afirmativa, o direito de morrer, discriminação nas bases de sexo e orientação sexual, e supostamente o discurso prejudicial realizado por novas tecnologias de comunicação. Em todas essas áreas a Corte faria bem em evitar regras amplas e proceder de um modo que complemente e não substitua o processo democrático.

Isso será possível com a combinação da conscientização dos limites institucionais com o sentido do ponto básico das garantias constitucionais subjacentes, através da insistência de que o núcleo da garantia da liberdade de expressão é um direito político sem censura dentro do contexto da igualdade política, e através do entendimento de que o núcleo da garantia de igual proteção é uma proibição sobre os esforços governamentais de criar segunda-classe de cidadãos.

3 MINIMALISMO JUDICIAL APLICADO À RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL Nº 4335/AC

É sabido que no julgamento do HC 82.959-SP, em sessão plenária de 23.2.2006, de relatoria do Min. Marco Aurélio, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 ("Lei dos Crimes Hediondos"), que vedava a progressão de regime em casos de crimes hediondos. Após essa declaração, a Lei 11.464/07 modificou a Lei de Crimes Hediondos, sendo que em 28/02/2011 o STJ editou a Súmula nº 471, com a seguinte redação: "Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei n. 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no artigo 112 da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) para a progressão de regime prisional".

Na Reclamação Constitucional nº 4335 alegou o reclamante que, em 02/03/2006, o Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio

Branco, ora reclamado, fez afixar comunicado em vários pontos das dependências do Fórum de Rio Branco - Acre, informando que a decisão no HC 82.959/SP somente terá eficácia a favor de todos os condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados que estejam cumprindo pena, a partir da expedição, pelo Senado Federal, de resolução suspendendo a eficácia do dispositivo de lei declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal.

Para apreciar a dimensão constitucional do tema, cujo âmago consistia na aplicação de dispositivo declarado inconstitucional, o relator Min. Gilmar Mendes construiu reflexões sobre o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade, defendendo a mutação da competência do órgão (art. 52, X, CF) e ampliando sua competência através desse instrumento – já que o cerne do debate era a aplicação da eficácia *erga omnes* no controle difuso sem a intervenção do Senado.

Inicialmente, elencam-se no voto várias teorias e posicionamentos sobre a natureza do ato do Senado. As conclusões assentadas consentem que o Senado Federal não revoga o ato declarado inconstitucional, até porque lhe falece competência para tanto; cuida-se, na verdade, de ato político que empresta eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal proferida em caso concreto. Ainda, não se obriga o Senado Federal a expedir o ato de suspensão, não configurando eventual omissão ou qualquer infringência a princípio de ordem constitucional. Não obstante, não pode a Alta Casa do Congresso restringir ou ampliar a extensão do julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal.

Após, o relator pondera que essas reflexões e práticas parecem recomendar uma releitura do papel do Senado no processo de controle de constitucionalidade, sugerindo uma mutação constitucional no tocante à suspensão de execução da lei pelo Senado. Destacou que com a introdução desse sistema de controle abstrato de normas, com ampla legitimação e, particularmente, a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente, operando-se uma mudança substancial no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil.

Inicialmente, cumpre esclarecer que após longo período de maturação o assunto foi resolvido contra a possibilidade cogitada de mutação constitucional. A tendência expansiva dos efeitos de decisões no controle difuso foi reconhecida, mas, no caso, a Reclamação foi conhecida e deferida, na prática, simplesmente, porque houve a superveniência de um enunciado de súmula vinculante (Súmula n. 26) sobre o assunto de fundo agitado na Reclamação.

Constata-se que o referido Ministro do STF se utilizou de teorias abstratas, apresentando fundamentação extremamente ampla e demasiadamente profunda, a qual pode gerar desacordos desnecessários na resolução do caso concreto. Considerando que decisões minimalistas prezam pela fundamentação incompleta propondo que para sustentar o caso controverso é aconselhável a utilização apenas de raciocínios necessários para a resolução do mesmo, é possível, primeiramente, analisar a completude dos argumentos expostos e, após, apresentar possíveis diretivas argumentativas as quais ensejariam uma decisão mais minimalista.

Cabe sublinhar que o debate sobre a competência do Senado disposta no art. 52, X, da CF, seus limites e possibilidades, sua evolução histórica e possível mudança de compreensão sobre sua “prestabilidade” no controle de constitucionalidade concreto brasileiro não foi aventado na Reclamação 4.335-5/AC. O cerne do caso era a preservação da competência e a garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, letra “I” da CF/88) e do Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, letra “f” da CF/88), haja vista que o reclamante, condenado por crime hediondo, não obteve o benefício da progressão de regime em razão de o dispositivo que autorizava a concessão de tal benesse ter sido declarado inconstitucional em sede de controle difuso, sem atribuição de efeito *erga omnes* por ausência de Resolução do Senado.

Contudo, verificou-se que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação *supra*, ao invés de resolver o caso em análise construiu teorias sobre as razões pelas quais o caso concreto merecia este ou aquele caminho. Nesse sentido, considerou a possibilidade de atribuir eficácia *erga omnes* a decisões em controle incidental, independentemente de o Senado Federal haver exercido a sua competência privativa de suspender a lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo.

Ora, esta postura pode obstruir a promoção da democracia deliberativa não apenas no sentido de que procede resolvendo por completo questões políticas e jurídicas controvertidas, mas também, e mais fundamentalmente, no sentido de que não garante que decisões importantes sejam realizadas pelos atores politicamente responsáveis.

Diante do exposto, é possível afirmar que uma leitura minimalista do caso em cotejo pode ser construída sob dois aspectos: procedimental e substancial.

Sob o prisma procedimental argumenta-se que não há previsão no texto constitucional, expressa ou tácita, de controle de constitucionalidade incidental com atribuição de efeito *erga omnes*. No controle difuso, a arguição de inconstitucionalidade se dá de modo incidental, constituindo questão prejudicial. Por outro lado, no controle concentrado a declaração se implementa de modo principal, constituindo o objeto do julgamento.

O Professor Pedro Lenza salienta que a doutrina sempre sustentou, com Buzaid e Grinover, que “se a declaração de inconstitucionalidade ocorre incidentalmente, pela acolhida da questão prejudicial que é fundamento do pedido ou da defesa, a decisão não tem autoridade de coisa julgada, nem se projeta, mesmo inter partes — fora do processo no qual foi proferida” (Controle da constitucionalidade, RePro 90/11) (LENZA, 2014).

O efeito *erga omnes* da decisão foi previsto somente para o controle concentrado e na hipótese de edição de súmula vinculante (EC n. 45/2004). No que tange ao controle difuso, nos termos da regra do art. 52, X, da CF/88, o efeito somente pode ser atribuído após atuação discricionária e política do Senado Federal, mediante a aprovação de projeto de resolução. Logo, não havendo suspensão da lei pelo Senado Federal no controle difuso, a lei continua válida e eficaz, só se tornando nula no caso concreto, em razão de sua não aplicação. Os juízes e tribunais do Brasil poderão continuar aplicando a lei, sem estarem vinculados à decisão do caso concreto.

À vista disso, e considerando que o Senado Federal não está vinculado à decisão do STF no controle de constitucionalidade, à Corte caberia exercer novamente o controle incidental de constitucionalidade na oportunidade do julgamento da Reclamação Constitucional e, como prevê a Carta, notificar o Senado Federal

sobre a decisão para que, querendo, expeça Resolução, suspendendo a eficácia da norma declarada inconstitucional. Esta é a previsão constitucional.

No que se refere ao aspecto substancial, vale destacar que uma posição minimalista se dedicaria à, por meio do controle incidental de constitucionalidade, aventar novamente os fundamentos que ensejaram a declaração que julgou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 ("Lei dos Crimes Hediondos") que vedava a progressão de regime em casos de crimes hediondos, podendo, inclusive, referir-se ao precedente objeto de controle.

Ou seja, o Supremo poderia ter se limitado a resolver a controvérsia objeto da Reclamação Constitucional, deixando o debate sobre a aplicabilidade da Resolução do Senado Federal sem decidir e, portanto, fornecendo um acordo teórico incompleto, de forma a promover os ideais constitucionais sem o risco de intervenção judicial excessiva em domínios políticos (SUNSTEIN, 1999, p. 28, tradução nossa).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria do professor Cass Robert Sunstein apresenta um modelo de atuação jurisprudencial minimalista, formulando dois caminhos interpretativos. O primeiro refere-se ao papel institucional do judiciário, caracterizado como um conjunto de recomendações formais aos juristas, sugerindo que juízes evitem utilizar argumentos profundos e controversos ao expor suas decisões nos casos concretos. Formula para tal objetivo o recurso à utilização de acordos teóricos incompletos, recomendando que a argumentação que enseja o resultado seja estreita e superficial, mantendo as divergências sobre razões filosóficas e/ou moralmente controvertidas sobre os resultados concretos, sobre os quais há acordo efetivo.

O segundo caminho, complementar e consequente, refere-se ao conteúdo que uma decisão minimalista deve promover na resolução de casos concretos: as pré-condições para o bom funcionamento de uma democracia constitucional. Estas constituem a moralidade interna da democracia a qual exige igualdade política, participação, deliberação racional e responsabilidade política [accountability].

Em algumas áreas, regras amplas podem oferecer uma boa dose de bom senso, e em alguns casos diversos juízes podem e devem convergir em abstrações

ambiciosas teoricamente, envolvendo liberdade e igualdade por exemplo. Esses são os momentos mais gloriosos na cultura jurídica em qualquer nação.

No entanto, Cass Sunstein ressalta outro ponto: quando a democracia está em estado de incertezas éticas ou políticas, Cortes podem não ter a melhor ou final resposta, bem como tais respostas judiciais podem estar incorretas e os tribunais podem ser contraprodutivos mesmo se estiverem certos. Nessa ocasião, um tribunal faz o melhor ao proceder de um modo mais catalítico do que preclusivo, sendo que essa postura está intimamente sintonizada com o fato de que os tribunais são participantes de um elaborado sistema de deliberação democrática.

A teoria do minimalismo judicial está longe de ser uma fórmula mágica de solução de casos políticos, morais ou filosoficamente controversos. Como toda linha de reflexão, apresenta suas fragilidades e limitações, as quais devem ser analisadas e tomadas como referência em cada caso concreto. No entanto, diante das variadas teorizações e posturas judiciais interpretativas, o minimalismo judicial apresenta-se como uma postura muito coerente com o propósito civilizatório da incansável busca de uma sociedade cada vez mais livre e democrática. “Minimalism is not always the best way to proceed. But it has distinctive uses in constitutional law, where judges, well aware of their own limitations, know that sometimes the best decision is to leave thing undecided” (SUNSTEIN, 1999, p. 263, tradução nossa).

5 REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação Constitucional 4.335 Acre**. Brasília, DF, 20 de março de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em: 31 jan. 2016.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- LENZA, Pedro. Abstrativização do controle difuso? O Senado transformou-se em um mero "menino de recado"? O STF reconheceu a mutação constitucional do art. 52, X? **Carta Forense**, 2014. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/abstrativizacao-do-controle-difuso-o-senado-transformou-se-em-um-mero->

menino-de-recado-o-stf-reconheceu-a-mutacao-constitucional-do-art-52-x/13769>.

Acesso em: 15 fev. 2016.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. **Ativismo Judicial, Autorrestrrição Judicial e o “Minimalismo” de Cass Sunstein**. Londrina: Diritto & Diritti, 2008.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A Justificação do Formalismo Jurídico**: textos em debate. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em: 14 nov. 2015.

SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**. New York: Oxford University Press, 1996.

SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time**: judicial minimalism on the supreme court. Cambridge: Havard University Press, 1999.

SUNSTEIN, Cass. VERMULE, Adrian. **Interpretation and Institutions**. Chicago, 2002.

SUNSTEIN, Cass. **Acuerdos Carentes de Una Teoría Completa en Derecho Constitucional**. Cali: Universidad Icesi, 2007.

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