



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Alexandre Garrido da Silva

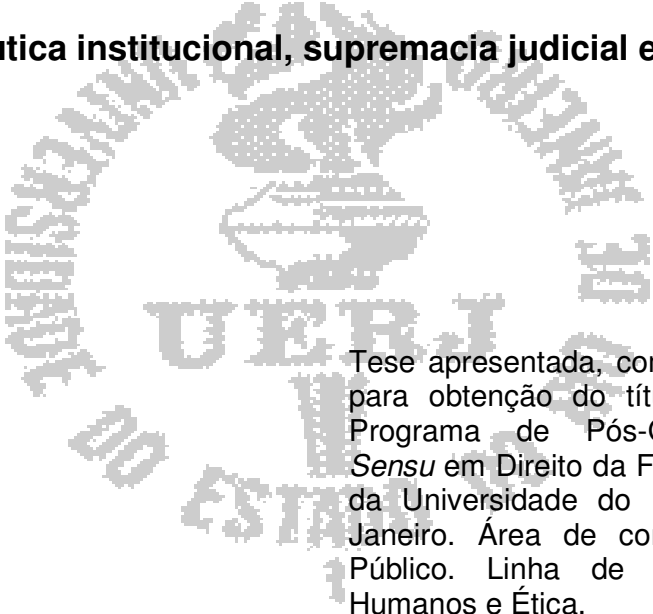
Hermenêutica institucional, supremacia judicial e democracia

Rio de Janeiro

2011

Alexandre Garrido da Silva

Hermenêutica institucional, supremacia judicial e democracia



Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Público. Linha de pesquisa: Direitos Humanos e Ética.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Lobo Torres

Rio de Janeiro

2011

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

S586h Silva, Alexandre Garrido da.

Hermenêutica institucional, supremacia judicial e democracia / Alexandre Garrido da Silva. - 2011.
248 f.

Orientador: Ricardo Lobo Torres.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Hermenêutica (Direito) - Teses. 2. Construtivismo (Filosofia) - Teses. 3. Democracia. I. Torres, Ricardo Lobo, 1935- . II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 340.12

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Alexandre Garrido da Silva

Hermenêutica institucional, supremacia judicial e democracia

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Público. Linha de pesquisa: Direitos Humanos e Ética.

Aprovado em 08 de julho de 2011.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Daniel Antônio de Moraes Sarmiento.
Faculdade de Direito da UERJ

Prof^a. Dr^a. Jane Reis Gonçalves Pereira.
Faculdade de Direito da UERJ

Prof. Dr. José Ricardo Cunha.
Faculdade de Direito da UERJ

Prof. Dr. José Ribas Vieira.
Faculdade de Direito da UFRJ

Prof^a. Dr^a. Margarida Maria Lacombe Camargo.
Faculdade de Direito da UFRJ

Rio de Janeiro

2011

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha família, à querida Joana, ao aguardado bebê e à tia Flora (*in memoriam*).

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Ricardo Lobo Torres, meu orientador, mestre interdisciplinar e de espírito pluralista, pelas valorosas sugestões, indicações de leituras e fontes de pesquisa e, sobretudo, pelo inestimável incentivo, desde o curso de graduação, tão importantes para a minha opção existencial pela vida acadêmica.

Aos Profs. Drs. Daniel Antônio de Moraes Sarmiento, Jane Reis Gonçalves Pereira, José Ribas Vieira, José Ricardo Cunha, Luís Roberto Barroso e Margarida Maria Lacombe Camargo pelas inestimáveis sugestões, agradáveis conversas, valiosas oportunidades de pesquisa, intercâmbio de experiências acadêmicas, contribuições científicas e incentivos para o desenvolvimento da presente tese.

Ao Prof. Dr. Celso R. Duvivier de Albuquerque Mello, *in memoriam*, mestre exemplar e intelectual crítico, pela dedicação, simplicidade e personalidade acolhedora que estimularam o início de minha caminhada na vida acadêmica.

Aos servidores e funcionários da Secretaria de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e, em especial, à Sra. Sônia Leitão pelo importante apoio e orientações técnicas ao longo dos últimos quatro anos.

Aos professores e servidores técnico-administrativos da Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia pelo inestimável apoio, pela generosa acolhida em sua comunidade acadêmica e pelo importante incentivo institucional para a elaboração da tese.

“Os tribunais são as capitais do império do direito, e os juízes são seus príncipes, mas não seus videntes e profetas”

Ronald Dworkin

“Theory without institutional analysis spins its wheels, unable to gain traction on the question of what interpretive rules real-world judges should use”

Adrian Vermeule e Cass Sunstein

RESUMO

SILVA, Alexandre Garrido da. *Hermenêutica institucional, supremacia judicial e democracia*. 2011. [248f]. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

A presente tese pretende estudar dois modelos de função judicial – o perfeccionismo (*perfectionism*) e o minimalismo (*minimalism*) judicial – delineados por Cass Sunstein, destacando os seus fundamentos filosóficos, suas principais teses hermenêuticas, suas limitações decisórias e suas contribuições para o desenho institucional das relações entre os Poderes de Estado. O presente trabalho desenvolverá, neste sentido, duas perspectivas fundamentais, que são complementares, para o estudo das relações entre o constitucionalismo e a democracia nos sistemas político-jurídicos contemporâneos: em primeiro lugar, uma perspectiva hermenêutica, cuja preocupação reside, sobretudo, na sistematização das principais teses de cada um dos dois modelos no tocante à interpretação do texto constitucional. Em segundo lugar, será realizada uma abordagem institucionalista sobre as possíveis alternativas ao protagonismo do Supremo Tribunal Federal em termos de sua atuação como “última instância” na definição do significado dos dispositivos constitucionais. Para tanto, serão analisados, com apoio em um estudo comparativo, propostas de “diálogo institucional” que podem ser fomentadas a partir de uma visão minimalista de moderação judicial que contrasta, por sua vez, com a defesa hegemônica de uma atuação institucional “ativista” das cortes constitucionais na atualidade. Por último, com apoio nos modelos de função judicial delineados, será elaborada uma análise crítica da atividade jurisdicional dos ministros do Supremo Tribunal Federal com fundamento no exame da argumentação empreendida em seus votos em casos constitucionais difíceis de grande repercussão política, moral e social.

Palavras-chave: Hermenêutica institucional. Perfeccionismo judicial. Minimalismo judicial. Poder Judiciário. Democracia.

ABSTRACT

The present thesis intends to study two models of judicial function – perfectionism and judicial minimalism – delineated by Cass Sunstein, emphasizing their philosophical foundations, their main hermeneutical theories, their decisional limitations and contributions for the institutional design of the relations among the Powers of State. The work in question will develop, in this sense, two fundamental perspectives, that are complementary for the study of the relationships between constitutionalism and democracy in the contemporary political-judicial systems: in first place, an hermeneutical perspective, whose concern resides, above all, in the systemization of the main theories of each one of the two models concerning the interpretation of the constitutional text. In second place, an institutionalist approach will be attempted on the possible alternatives to the protagonism of the Federal Supreme Court in terms of its performance as "last instance" in the definition of the meaning of the constitutional devices. Therefore, proposals of "institutional dialogue" will be analyzed, with support in a comparative study, that can be fomented from a minimalist point of view of judicial moderation that contrasts with the hegemonic defense of an "activist" institutional performance of the constitutional courts at the present time. Lastly, with support in the delineated models of judicial function, a critical analysis of the jurisdictional activity of the ministers of the Federal Supreme Court will be elaborated based in the exam of the argument undertaken in their votes in constitutional hard cases of great political, moral and social repercussion.

Keywords: Institutional interpretation. Judicial perfectionism. Judicial minimalism. Judiciary. Democracy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 TEORIA DA DECISÃO, CONSTITUCIONALISMO E	
DEMOCRACIA.....	22
1.1 Judicialização da política e ativismo judicial.....	22
1.2 Hermenêutica constitucional e instituições.....	38
2 PERFECCIONISMO JUDICIAL E CONSTRUTIVISMO JURÍDICO:	
O JUIZ VISIONÁRIO.....	62
2.1 Significados do perfeccionismo.....	65
2.2 Dimensões do perfeccionismo.....	71
2.3 Fundamentos filosóficos do perfeccionismo judicial.....	75
2.4 Neoconstitucionalismo e perfeccionismo judicial.....	86
2.5 Representantes teóricos do perfeccionismo judicial.....	92
2.5.1 <u>Teoria do discurso de Robert Alexy e a representação argumentativa</u>	
<u>dos cidadãos</u>	93
2.5.1.1 Filosofia e Direito no pensamento de Robert Alexy.....	93
2.5.1.2 Representação argumentativa dos tribunais: possibilidades e limites.....	107
2.5.2 <u>John Rawls e a teoria da justiça como equidade</u>	110
2.5.2.1 Filosofia e Direito no pensamento de John Rawls.....	110
2.5.2.2 Corte Suprema como instituição exemplar da razão pública.....	121
2.5.3 <u>Ronald Dworkin: “fórum de princípios” e o conceito de integridade</u>	
<u>no Direito</u>	126
2.6 Contextos decisórios favoráveis ao	
perfeccionismo judicial.....	136
3 MINIMALISMO JUDICIAL E DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS:	
O JUIZ COMO ARQUITETO INSTITUCIONAL.....	140
3.1 Minimalismo judicial: significado e tipologia.....	143
3.2 Problemas com o minimalismo.....	163
3.3 Minimalismo racionalista, minimalismo tradicionalista e <i>trimming</i>	169
3.4 Minimalismo judicial e modelo majoritário	177
3.4.1 <u>Jeremy Waldron e crítica majoritária ao <i>judicial review</i></u>	180

3.5	Minimalismo judicial e teoria dos diálogos institucionais.....	186
3.5.1	<u>Classificação proposta por Sebastián Linares.....</u>	189
3.5.2	<u>Classificação proposta por Christine Bateup.....</u>	192
3.5.3	<u>Balço teórico e prático das teorias dos diálogos institucionais.....</u>	197
4	O PROTAGONISMO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ENTRE O MINIMALISMO E O PERFECCIONISMO JUDICIAL.....	200
4.1	Notas metodológicas sobre a aplicação dos modelos.....	200
4.2	Análise de casos constitucionais difíceis.....	203
4.2.1	<u>Caso da cláusula de barreira.....</u>	203
4.2.2	<u>Caso da fidelidade partidária.....</u>	207
4.2.3	<u>Caso da inelegibilidade ou “ficha suja”.....</u>	213
4.2.4	<u>Caso do amianto.....</u>	215
4.2.5	<u>Caso da lei de anistia.....</u>	220
4.3	Considerações gerais sobre os casos analisados.....	223
5	CONCLUSÕES.....	228
	REFERÊNCIAS.....	237

INTRODUÇÃO

É difícil imaginar atualmente uma questão política, moral, econômica, científica ou ambiental que não possa ser levada à apreciação pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Inúmeros fatores corroboram esta percepção do atual funcionamento da complexa relação entre os Poderes de Estado em nosso sistema jurídico marcado pela expansão da judicialização da política.

Preliminarmente, pode-se definir a judicialização da política, por um lado, como um processo de transferência decisória dos Poderes Executivo e Legislativo para os magistrados e tribunais, que passam, dentre outros temas controversos, a revisar e implementar políticas públicas e rever as regras do jogo democrático. Por outro lado, a judicialização também significa a difusão das formas de argumentação e decisão tipicamente jurídicas para fóruns políticos, institucionais ou não, representando, assim, a completa “domesticação” da política pelo Direito e, sobretudo, pelo discurso do Direito Constitucional¹.

Segundo essa visão, não há um espaço político “vazio” de Constituição, isto é, não há questão controvertida para a qual o texto constitucional não possa oferecer uma diretriz valorativa ou principiológica que circunscreva, em último caso, as opções político-normativas deliberadas e aprovadas pelo Legislativo ou implementadas pelo Poder Executivo. Há fatores de diferentes ordens que são apontados por cientistas sociais e juristas para a explicação da expansão do poder judicial nas democracias contemporâneas².

¹ Cf. TATE, C. N.; VALLINDER, T. (Ed.). *The global expansion of Judicial Power*. Nova York: Nova York University Press, 1997.

² Cf. sobre o tema da judicialização da política no Brasil e no mundo: CASTRO, Marcos Faro. O STF e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 34, p. 147-156, junho de 1997; CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, 23, 2004, p. 115-126; CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 17-42; EISENBERG, José. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 43-61; LOPES JÚNIOR, Eduardo Monteiro. *A judicialização da política no Brasil e o TCU*. Rio de Janeiro: FGV, 2007; MELO, Manuel Palacios Cunha. A Suprema Corte dos EUA e a judicialização da política. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 63-90; VIANNA, Luiz W. et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999; VIANNA, Luiz Werneck. O Terceiro Poder na Carta de 1988 e a tradição republicana: mudança e conservação. In: OLIVEN, R. G. et al. *A Constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo: Aderaldo & Rothschild Editores; ANPOCS, 2008.

Com relação ao caso brasileiro, cabe mencionar fatores históricos como a redemocratização do país e a promulgação de um texto constitucional abrangente no tocante à defesa e promoção dos direitos fundamentais, responsável, ainda, pela determinação de inúmeras tarefas positivas dirigidas aos Poderes Executivo e Legislativo no sentido de sua concretização normativa³.

Ao mesmo tempo, nesse período conturbado de redemocratização, grandes expectativas foram depositadas no Poder Judiciário, que passou a ser vislumbrado por muitos como o “guardião das promessas”⁴ e o principal responsável pela efetivação da Constituição em um contexto de suspeita e de descrédito em relação aos poderes democraticamente eleitos⁵.

Em segundo lugar, há fatores propriamente políticos que fomentam a tão comentada judicialização da política. Cabe citar, por exemplo, a expansão do uso dos tribunais por grupos de interesse e por agremiações partidárias derrotadas nos processos deliberativos parlamentares. Os tribunais tornam-se, assim, parte do jogo político e um recurso estratégico importante para a implementação, em muitos casos politicamente controvertidos, de um verdadeiro terceiro turno de deliberação e votação.

Consolida-se, assim, nas palavras de Oscar Vilhena Vieira⁶, uma “supremocracia” ou, ainda, uma tendência à “juristocracia”⁷. Hoje, mais do que nunca, o provável recurso ao Judiciário pela oposição faz parte do cálculo político e das negociações partidárias no âmbito do Parlamento. C. N. Tate e T. Vallinder ressaltam, além dos fatores políticos acima, o conflito político-ideológico entre os

³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 22 de dezembro de 2008. Disponível em <http://www.conjur.com.br/static/text/72894_1>. Acesso em: 06 jan. 2009.

⁴ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução de Maria Luíza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

⁵ FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito: o Poder Judiciário em face dos novos movimentos sociais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

⁶ Cf. VIEIRA, Oscar V. Supremocracia: vícios e virtudes republicanas. *Jornal O Valor*. 06/11/2007; VIEIRA, Oscar V. Supremocracia. *Revista de Direito do Estado*, nº 12, p. 55-76, out./dez. 2008; VIEIRA, Oscar V. Supremocracia. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 483-502.

⁷ HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2004.

poderes como importante variável explicativa para o crescimento do fenômeno da judicialização⁸.

Na linha de uma crítica política mais contundente à jurisdição constitucional, Ran Hirschl destaca o interesse de auto-legitimação do próprio tribunal na decisão de questões disputadas na sociedade e a importância de uma análise do fenômeno do “novo constitucionalismo” em um contexto mais amplo marcado pelas lutas políticas, econômicas e sociais que modelam o sistema jurídico-político de uma determinada sociedade⁹. Hirschl aponta, de modo original, uma nova dimensão da judicialização que passa a denominar de “judicialização da mega-política”, na qual é possível verificar a transformação das Cortes Constitucionais em uma “parte crucial do aparato nacional de tomada de decisões políticas em seus respectivos países”¹⁰.

Por último, é importante destacar a contribuição da reflexão teórica acadêmica para a legitimação de um modelo forte de *judicial review*¹¹. Há, na atualidade, a hegemonia de uma compreensão constitucionalista da democracia que confere à jurisdição constitucional a última palavra na interpretação da Constituição. No caso da pesquisa com células-tronco embrionárias (ADI nº 3510), por exemplo, com apoio na teoria de Robert Alexy, o Min. Gilmar Mendes defendeu o papel do STF como “representante argumentativo”¹² dos cidadãos, ou seja, como instância de reflexão, correção e aprimoramento do debate parlamentar, justificando, assim, a atuação do tribunal como legislador positivo responsável por suprir a proteção insuficiente aos direitos fundamentais dispensada pelo legislador no momento de discussão e elaboração da Lei de Biossegurança.

Segundo essa concepção, de modo extremamente idealista, concebe-se o Supremo Tribunal como um fórum pautado exclusivamente pela “força do melhor argumento”, blindado contra as investidas da barganha política e dos interesses,

⁸ TATE, C. N.; VALLINDER, T. (Ed.). *The global expansion of Judicial Power*. Nova York: Nova York University Press, 1997.

⁹ HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2004.

¹⁰ HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. *Fordham Law Review*, v. 75, p. 721-754, 2006, p. 727.

¹¹ TUSHNET, Mark. Weak-form judicial review and “core” civil rights. *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, v. 41, p. 01-22, 2006.

¹² ALEXY, Robert. Ponderación, control de constitucionalidad y representación. In: ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. México: Distribuciones Fontamara, 2005a. p. 89-103.

diferentemente dos poderes legitimados democraticamente. Há, assim, por trás do discurso de legitimação supramencionado uma profunda desconfiança com relação à democracia majoritária e os resultados epistêmicos de suas deliberações.

Outro conceito igualmente importante para a compreensão do protagonismo institucional do STF na atualidade é o de ativismo judicial. Tendo em vista as múltiplas acepções do termo, cabe destacar o ativismo em seu sentido jurisdicional ou formal, ou seja, compreendido como a ampliação da competência do tribunal por meio de suas próprias decisões e concretizada, por sua vez, através do recurso às técnicas atípicas de decisão aditiva ou modificativa em sede de controle de constitucionalidade¹³.

Os temas da judicialização da política e do ativismo judicial possuem nítidas implicações institucionais. Não é mais possível, diante do que se convencionou denominar de “virada institucionalista”¹⁴, abordar a temática da interpretação constitucional de um ponto de vista apenas hermenêutico ou jusfilosófico (por exemplo, suas relações com teorias morais abrangentes), debates estes marcados por um elevado grau de abstração. Segundo Cass Sunstein e Adrian Vermeule, revela-se mais promissor ampliar o debate para dois pontos normalmente negligenciados. Em primeiro lugar, em questões de interpretação constitucional, devem ser levadas em consideração as capacidades institucionais (*institutional capacities*) de cada um dos atores envolvidos nesse empreendimento complexo, destacando-se, assim, suas habilidades distintivas e limitações particulares. Em segundo lugar, é importante também examinar os efeitos dinâmicos (*dynamic effects*) causados pelos diferentes modelos hermenêuticos em disputa, isto é, “suas variadas consequências para atores privados e públicos”¹⁵.

Deste modo, questões hermenêuticas e institucionais encontram-se intimamente relacionadas. Dois modelos fundamentais de função judicial – o

¹³ VALLE, V. L. (Coord.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 39-40.

¹⁴ Cf. VERMEULE, Adrian. SUNSTEIN, Cass. Interpretation and institutions. *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, Chicago, nº 28, p. 01-55, 2002. Disponível em: <<http://law.uchicago.edu/academics/publiclaw/index.html>>. Acesso em: 20 mar. 2009; VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006.

¹⁵ VERMEULE, Adrian. SUNSTEIN, Cass. Interpretation and institutions. *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, Chicago, nº 28, p. 01-55, 2002. Disponível em: <http://law.uchicago.edu/academics/publiclaw/index.html>. p. 02.

perfeccionismo e minimalismo – apresentados por Cass Sunstein¹⁶ serão desenvolvidos ao longo dos capítulos da tese, oportunidade em que serão destacadas tanto suas implicações hermenêuticas quanto institucionais.

Os juízes perfeccionistas são, normalmente, ambiciosos em suas decisões. Pretendem reconhecer novos direitos ou conferir-lhes novos (e criativos) significados a partir de princípios positivados ou não no texto constitucional. Magistrados perfeccionistas interpretam o texto constitucional a partir de questões políticas e morais profundas, ou seja, “pretendem fazer da Constituição o melhor que ela pode ser”¹⁷. Os casos constitucionais difíceis são decididos com apoio em amplas (*wide*) e profundas (*deepest*) considerações sobre teoria política, teoria democrática, teoria do Estado e filosofia jurídica.

O fundamento filosófico do perfeccionismo judicial reside no construtivismo político, cujo principal expoente é John Rawls que, por sua vez, influenciou o construtivismo no âmbito da teoria do direito proposto por Ronald Dworkin, assim como a teoria do discurso de Robert Alexy e as reflexões filosóficas de Carlos Santiago Nino.

O enfrentamento de tais questões profundamente controvertidas na sociedade é realizado com o objetivo de delinear *standards* de orientação para casos semelhantes no futuro, possuindo, assim, amplos efeitos prospectivos. Votos ou decisões de magistrados perfeccionistas procuram posicionar-se sobre como serão decididas outras questões no futuro (relacionadas ou não com o caso), exercendo, assim, forte orientação e apelo persuasivo sobre a atuação dos demais poderes. O seu discurso é, em regra, fortemente abstrato, permeado por considerações axiológicas, preocupado com o futuro e também amplo, no sentido de abordar outros temas ou questões que não seriam indispensáveis para a solução do caso sob exame.

Por outro lado, alguns juízes são menos ambiciosos do que outros em suas manifestações extra-jurisdicionais e decisões judiciais. Segundo Sunstein, eles possuem tendências minimalistas. O minimalismo opõe-se ao perfeccionismo, que é

¹⁶ SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2001a; SUNSTEIN, Cass. *Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005b; SUNSTEIN, Cass. *A constituição parcial*. Tradução de M. T. Martins e R. Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2009b; SUNSTEIN, Cass. *A Constitution of many minds: why the founding document doesn't mean what it meant before*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2009a.

¹⁷ SUNSTEIN, Cass. *Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005b. p. xii.

uma espécie de maximalismo decisório. Maximalistas erguem pretensões doutrinárias em suas decisões ao elaborarem regras e teorias constitucionais e filosóficas gerais para a solução de casos futuros. De modo contrário, os juízes minimalistas tentam restringir os seus pronunciamentos apenas àquelas questões consideradas indispensáveis para a justificação da decisão do caso sob exame, deixando, na maior medida possível, questões normativas contíguas, profundas e controversas em aberto¹⁸.

O minimalismo decisório (*decisional minimalism*) possui três atrativos principais: em primeiro lugar, diminui a dificuldade na tomada de uma decisão colegiada em questões polêmicas, deixando-as, justamente, em aberto, tornando desnecessário obter sempre um amplo acordo sobre todas as questões difíceis em debate. Em segundo lugar, o minimalismo é capaz de reduzir a frequência dos erros judiciais, tornando-os, ainda, menos danosos. Neste sentido, um tribunal que decide de modo circunscrito, delimitado ou “estrito” reduz os riscos de uma intervenção em questões políticas, econômicas, ambientais ou sociais com efeitos sistêmicos complexos que, diante da imprevisibilidade do risco de suas consequências, poderia gerar efeitos danosos em grande escala.

Por último, ao deixar questões em aberto, os magistrados acabam por promover um “uso construtivo do silêncio” responsável pela ampliação do espaço de liberdade para o exercício da imaginação institucional por meio de procedimentos democráticos¹⁹. O modelo minimalista pode representar, deste modo, uma importante estratégia para a construção de um diálogo institucional entre diferentes instituições e atores políticos, estatais ou não, estimulando, inclusive, as virtudes republicanas da participação e da deliberação democráticas²⁰.

A importância do tema é enorme para o estudo de possíveis alternativas ao modelo tradicional de jurisdição constitucional que confere às cortes supremas a palavra final em questões interpretativas em disputa na sociedade. Kent Roach, ao analisar a experiência canadense, destaca a importância de uma teoria alternativa

¹⁸ SUNSTEIN, Cass. *Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005b. p. 03-23.

¹⁹ SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2001a. p. 05.

²⁰ SUNSTEIN, Cass. *A constituição parcial*. Tradução de M. T. Martins e R. Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2009b.

de “diálogo institucional” entre cortes e órgãos legislativos como um meio para reconciliação entre a democracia e o sistema de *judicial review*²¹.

Esta recente perspectiva de diálogo constitucional entre diferentes atores institucionais e a sociedade civil pressupõe alguma espécie de moderação ou auto-restrição judicial, ou seja, uma defesa de alguma modalidade de minimalismo judicial. Neste sentido, o minimalismo judicial e a defesa de uma redefinição do modelo forte de jurisdição constitucional caminham juntos, pois o primeiro defende teses e posturas hermenêuticas menos ambiciosas, enquanto que a defesa de um diálogo institucional – segundo a qual a interpretação constitucional é um produto complexo de muitas contribuições – representa, em última análise, a sua consequência institucional.

Relevantes casos difíceis, amplamente divulgados pela mídia, são importantes para oferecer maior concretude à análise em termos de um acirramento do conflito entre os Poderes ou, então, para iluminar uma proposta alternativa mais construtiva de diálogo institucional.

Neste sentido, como exemplos de um acirramento da tensão entre os Poderes em um sistema de controle de constitucionalidade cada vez mais forte em sua conotação concentrada e vinculante, sobretudo após o advento da EC nº 45/04, podemos citar os casos da cláusula de barreira e da fidelidade partidária no âmbito do STF.

Com relação à cláusula de barreira (ADI nº 1351 e ADI nº 1354), o STF posicionou-se, de modo unânime, pela inconstitucionalidade do art. 13 da Lei nº 9096/95 (Lei dos Partidos Políticos) que estabelecia a mencionada cláusula, com fundamento nos princípios do pluralismo político, da igualdade de chances e no direito das minorias.

No tocante à fidelidade partidária (MS nº 26602, 26603 e 26604), houve interpretações principiológicas (Min. Celso de Mello, por exemplo) e formalistas (Min. Eros Grau), prevalecendo, ao final, a tese da perda do mandato de parlamentar em caso de infidelidade partidária.

As duas decisões do STF ocorreram em um contexto de forte debate sobre a reforma política, retirando do Poder Legislativo a decisão final sobre dois temas

²¹ ROACH, Kent. Dialogue or defiance: Legislative reversals of Supreme Court decisions in Canada and the United States. *International Journal of Constitutional Law*, v. 4, n. 2, p. 347-370, Apr. 2006.

centrais em tal discussão. Além disso, é importante ressaltar, nos dois casos, o pressuposto assumido por vários ministros do STF acerca do caráter fortemente proporcional e partidário de nossa democracia, contrariando estudos empíricos de cientistas políticos que destacam justamente o contrário, ou seja, a importância pessoal do candidato e a importância reduzida dos partidos políticos para a definição dos votos da maioria do eleitorado brasileiro²².

Por outro lado, um importante exemplo de diálogo institucional entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, com um viés mais construtivo, ocorreu no caso do Município de Luís Eduardo Magalhães (ADI nº 2240-BA), no qual, com apoio em uma argumentação lastreada na “força normativa dos fatos” e no “estado de exceção”, o STF decidiu no sentido da inconstitucionalidade da lei estadual responsável pela criação do referido município, no entanto, sem a conseqüente pronúncia de nulidade pelo prazo de 24 meses, tempo este considerado razoável para a deliberação e aprovação pelo Legislativo da lei complementar mencionada no § 4º do art. 18 que disciplinará os requisitos para a criação de novos municípios. O resultado deste diálogo consistiu na aprovação da EC nº 57/08, que convalidou a criação de todos os municípios cujas respectivas leis tenham sido publicadas até 31 de dezembro de 2006, incluindo, assim, o município de Luís Eduardo Magalhães.

O STF encontra-se atualmente diante de uma opção existencial com significativas repercussões institucionais. Um primeiro caminho – que provavelmente continuará a ser trilhado – aponta para um aumento da tensão entre os poderes com a mitigação dos tradicionais postulados do legislador negativo, da separação dos poderes e da suposta “neutralidade” política do Judiciário. Esse percurso, mais conflitivo, pode ser vislumbrado nos recentes casos da Raposa Serra do Sol e *Cesare Battisti* que enfrentam questões técnicas e políticas com grande repercussão, sobretudo, para a relação entre os Poderes Executivo e Judiciário.

Outro caminho, menos provável, consiste na adoção de uma postura mais humilde e cooperativa por parte dos ministros do STF. Segundo esta perspectiva, nas palavras de Cass Sunstein, a interpretação da Constituição deve ser compreendida como um produto de contribuições de diferentes atores²³ (não apenas

²² Neste sentido, confira: MARENCO, André. “Migração partidária”. In: AVRITZER, Leonardo. ANASTASIA, Fátima (Orgs.). *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006, p. 183-187.

²³ SUNSTEIN, Cass. *A Constitution of many minds: why the founding document doesn't mean what it meant before*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2009a.

do Poder Judiciário) e perspectivas teóricas, que, em muitos casos, conduz a uma postura de *self-restraint* por parte dos magistrados em questões controversas. Esse posicionamento, minimalista e, portanto, menos ambicioso, implica uma compreensão da interpretação constitucional não em termos de quem tem a última palavra, mas como um processo dialógico complexo construído em contextos deliberativos a partir de diferentes contribuições provenientes da sociedade civil, de órgãos legitimados por seu conhecimento técnico e dos poderes democraticamente eleitos.

No entanto, diferentemente do sistema norte-americano de judicial review que permite um uso construtivo do silêncio por parte dos *justices* da Suprema Corte com apoio no *writ of certiorari*, possibilitando, assim, a não-apreciação de um caso jurídico pela Suprema Corte sem a necessidade de motivação explícita, o nosso sistema jurídico-constitucional não prevê semelhante mecanismo para o exercício de uma transferência decisória – tendo em vista fins pragmáticos ou democráticos – do Supremo Tribunal Federal para instituições democraticamente eleitas.

Um estudo comparativo de outros arranjos institucionais – por exemplo, o modelo canadense – não tem como objetivo realizar um “transplante” acrítico de institutos, procedimentos e regras estrangeiras para o nosso sistema jurídico, mas possibilitar um exercício de “imaginação institucional” de formas alternativas de controle de constitucionalidade das leis, dotadas de uma caráter mais dialógico e cooperativo, diferentemente do modelo tradicional (e neoconstitucional) de jurisdição constitucional que estimula o unilateralismo decisório e o protagonismo institucional do Supremo Tribunal Federal na definição de temas e questões profundamente controversos e complexos na sociedade brasileira.

Com relação a este ponto, revela-se especialmente importante o exame e a sistematização das atuais técnicas de decisão em sede de jurisdição constitucional que possibilitam, de fato, o diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e os demais Poderes de Estado, tais como as sentenças declaratórias de inconstitucionalidade acompanhadas da modulação de seus efeitos, a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, o apelo ao legislador e as sentenças modificativas de perfil aditivo.

Deste modo, a partir do problema identificado – ou seja, o risco de uma progressiva caminhada de nosso sistema político rumo à “juristocracia” – será possível construir uma proposta alternativa de atuação das Cortes Supremas,

especialmente do Supremo Tribunal Federal, em questões controversas sobre a interpretação da Constituição, cujas principais características serão o seu caráter dialógico e institucionalmente cooperativo.

Os dois modelos de função judicial – o perfeccionismo e o minimalismo – promovem diferentes resultados no tocante às relações institucionais entre os Poderes Judiciário, Legislativo, Executivo e a sociedade civil. Deste modo, os dois modelos de função judicial não possuem apenas repercussões hermenêuticas distintas, representando, também, duas compreensões diferentes sobre qual estratégia judicial – protagonismo dos tribunais ou “diálogo institucional” – deve ser adotada pelos magistrados das Cortes Constitucionais em suas relações com os demais Poderes de Estado e com a sociedade civil no que se refere à definição da “última palavra” sobre temas morais, políticos, econômicos, ambientais e científicos profundamente complexos e controvertidos;

O perfeccionismo judicial possui como fundamento filosófico-teórico o construtivismo jurídico, possibilitando, assim, uma análise dos pressupostos epistemológicos e filosóficos compartilhados por John Rawls, Ronald Dworkin, James Flemming, Robert Alexy e Carlos Santiago Nino;

O neoconstitucionalismo, particularmente em relação às suas principais teses hermenêuticas e no tocante ao protagonismo institucional dos tribunais constitucionais, pode ser compreendido como uma versão do perfeccionismo judicial. O modelo construtivista ou perfeccionista de função judicial desconsidera os limites epistemológicos, a falibilidade judicial, a insuficiência de conhecimento científico especializado em temas complexos e interdisciplinares, a sobrevalorização dos efeitos sociais das decisões judiciais e a repercussão, muitas vezes negativa, de tais decisões na participação e exercício da “imaginação institucional” pela sociedade civil e na atuação dos órgãos eleitos democraticamente.

O minimalismo judicial, ao defender que as questões constitucionais controvertidas do ponto de vista moral, político, econômico, ambiental ou social sejam decididas de modo “circunscrito” e sem “acordos teóricos profundos”, abre um importante espaço para que tais questões possam ser decididas pelos órgãos eleitos democraticamente – inclusive com a participação da sociedade civil – promovendo e estimulando, assim, as virtudes democráticas da deliberação pública e da

participação dos cidadãos. Há, no entanto, “problemas com o minimalismo”²⁴, ou seja, em certos contextos decisórios o minimalismo pode fornecer diretrizes equivocadas conduzindo, deste modo, os magistrados à tomada e justificação de uma decisão errada.

Os modelos perfeccionista e minimalista de função judicial são tipos ideais no sentido *weberiano*, isto é, na realidade não é possível identificar um magistrado *integralmente* perfeccionista ou minimalista em todas as suas decisões. A opção por um ou outro modelo depende, dentre outros fatores, do contexto decisório, das possíveis repercussões da decisão e dos direitos fundamentais ou bens jurídicos coletivos envolvidos na questão que é objeto de controvérsia constitucional.

Os dois modelos supramencionados permitem esclarecer e compreender duas estratégias judiciais (distintas em sua ambição teórica, institucional e decisória) assumidas pelos ministros do STF na definição das relações entre o Poder Judiciário, os órgãos democraticamente eleitos e as instituições qualificadas pelo conhecimento técnico (*expertise*), capazes de iluminar diferentes estratégias de argumentação em casos importantes como os da fidelidade partidária (MS nº 26.602, 26.603 e 26.604), da cláusula de barreira (ADI nº 1.351 e 1.354), da inelegibilidade (ADPF nº 144), da pesquisa com células-tronco embrionárias (ADI nº 3.510), do amianto (Medida cautelar em ADI nº 3937-7 SP), dos municípios (ADI nº 2.240).

²⁴ SUNSTEIN, Cass. Problems with minimalism. *Stanford Law Review*, v. 58, p.1899-1918, 2006a.

1. TEORIA DA DECISÃO, CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

No presente capítulo serão definidas algumas variáveis analíticas que orientarão o desenvolvimento da tese e auxiliarão na compreensão, aplicação e definição das limitações presentes nos dois principais modelos hermenêuticos de função judicial: o perfeccionismo e o minimalismo judicial. Neste sentido, serão analisados os conceitos de judicialização da política, ativismo – e suas dimensões – e, ainda, o de auto-restrição judicial, assim como as múltiplas causas (históricas, políticas e institucionais), relações e distintas consequências produzidas tanto pela judicialização quanto pelo ativismo em sistemas jurídicos democráticos, livres e pluralistas.

Em seguida, serão apresentados e discutidos os conceitos fundamentais da perspectiva institucionalista nos âmbitos das Ciências Sociais e do Direito, tais como: o que significa o termo instituição, institucionalização, as possíveis relações entre estrutura, instituições e comportamento individual ou coletivo, bem como os conceitos de desenho, arquitetura e jardinagem institucional. Em seguida, após aplicar tais conceitos na análise jurídica, será defendida uma perspectiva complementar à tradicional hermenêutica constitucional, qual seja: o conceito de hermenêutica institucional.

O presente arcabouço teórico revelar-se-á muito importante para o desenvolvimento de orientações normativas gerais sobre a utilização de cada um dos modelos de função judicial – o juiz como visionário ou como arquiteto institucional – tendo em vista as características do contexto decisório e das limitações institucionais empíricas enfrentadas pelos atores políticos e jurídicos no enfrentamento e resolução de casos constitucionais difíceis caracterizados por sua complexidade e grande controvérsia social.

1.1 A judicialização da política e o ativismo judicial

A expansão do protagonismo político dos tribunais nas democracias contemporâneas, ao menos no ocidente, constitui um fenômeno que caracteriza este início de século. “Revoluções constitucionais” vêm sacudindo, inclusive, os últimos bastiões da democracia majoritária, tais como os sistemas políticos da África do Sul,

Reino Unido, Canadá, Israel e Nova Zelândia²⁵. Inúmeros são os fatores apontados pelos cientistas políticos, sociólogos e juristas, responsáveis pela ampliação e consolidação deste processo.

Ernani Rodrigues de Carvalho, seguindo as reflexões de Tate e Vallinder²⁶, elenca seis condições para o surgimento e a consolidação da judicialização da política: a existência de um sistema político democrático, a separação dos poderes, o exercício dos direitos políticos, o uso dos tribunais pelos grupos de interesse, o uso dos tribunais pela oposição e, por último, a inefetividade das instituições majoritárias²⁷.

Marcus Faro de Castro, por sua vez, menciona, dentre outros, a constitucionalização do Direito após a segunda guerra mundial, o resgate do tema sobre a legitimação dos direitos humanos, o exemplo institucional da Suprema Corte norte-americana e a tradição europeia (kelseniana) de controle concentrado de constitucionalidade das leis como fatores importantes para a explicação do fenômeno da judicialização²⁸.

Luiz Werneck Vianna, Maria Alice R. de Carvalho, Manuel P. C. Melo e Marcelo B. Burgos destacam o fenômeno de “clientelização da cidadania²⁹” em um contexto de descrédito em relação ao Estado Social e às instituições democráticas, responsável pela promoção de um deslocamento do eixo Legislativo-partidos para a via judiciária, estimulando, assim, o esvaziamento da esfera pública e o crescimento de demandas individuais e coletivas pela implementação dos direitos fundamentais³⁰. Os autores apontam uma tensão entre a dimensão política de

²⁵ Cf. HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2004.

²⁶ Cf. TATE, C., VALLINDER, T. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York University Press, New York, 1997, p. 01-37.

²⁷ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, 23, 2004, p. 117-120.

²⁸ CASTRO, Marcos Faro. O STF e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 34, p. 147-156, junho de 1997.

²⁹ VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 23.

³⁰ Cf. VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999: “Agora, no trabalho que o leitor tem em mãos, o Judiciário, antes um Poder periférico, encapsulado em uma lógica com pretensões autopoieticas inacessíveis aos leigos, distante das preocupações da agenda pública e dos atores sociais, se mostra uma instituição central à democracia brasileira, quer no que se refere à sua expressão propriamente política, quer no que diz respeito à sua intervenção no âmbito social” (p. 09).

cidadania ativa e a concretização de direitos pela via judiciária. Assim, “a ‘substituição’ de um Estado *benefactor* por uma justiça providencial e de moldes assistencialistas, não será propícia à formação de homens livres e nem à construção de uma democracia de cidadãos livres”³¹.

Por outro lado, a judicialização revela-se um importante instrumento de luta política para a efetivação de direitos em um contexto de déficit de representatividade e de ausência de sintonia entre as “bandeiras” e demandas sociais e a atuação ideológica e estratégica dos partidos políticos e sindicatos. Deste modo, seguindo uma atitude de resignação frente às dificuldades e restrições estruturais e culturais para o exercício e consolidação prática das virtudes públicas inscritas na cidadania, o autores concluem:

Contudo, a mobilização de uma sociedade para a defesa dos seus interesses e direitos, em um contexto institucional em que as maiorias efetivas da população são reduzidas, por uma estranha alquimia eleitoral, em minorias parlamentares, não pode desconhecer os recursos que lhe são disponíveis a fim de conquistar uma democracia de cidadãos. Do mesmo modo, uma vida associativa ainda incipiente, por décadas reprimida no seu nascedouro, não se pode recusar a perceber as novas possibilidades, para a reconstituição do tecido da sociabilidade, dos lugares institucionais que lhe são facultados pelas novas vias de acesso à justiça.³²

Boaventura de Souza Santos relaciona o crescente protagonismo dos tribunais com o desmantelamento do Estado social de Direito, Estado-Providência ou Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*). A expansão do poder judicial emerge de dois fatores sócio-econômicos que encontraram grande difusão principalmente ao longo da década de 90 no século passado: por um lado, a consolidação de um novo modelo de desenvolvimento econômico baseado nas regras de mercado e nos contratos privados e, portanto, a correlativa necessidade de um Judiciário eficaz, rápido e independente capaz de conferir estabilidade e previsibilidade às relações econômicas em rápido crescimento; por outro lado, a precarização e flexibilização de direitos econômicos e sociais passa a influenciar uma maior demanda pela garantia de direitos por intermédio dos tribunais.

O desmantelamento do Estado social é acompanhado pela redução do caráter universal das políticas públicas – e pela diminuição de sua efetividade –

³¹ VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 43, grifo no original.

³² VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 43.

transformando-as, progressivamente, em políticas públicas cada vez mais seletivas³³. Conforme afirmação de Boaventura de Souza Santos:

As pessoas, que têm consciência dos seus direitos, ao verem colocadas em causa as políticas sociais ou de desenvolvimento do Estado, recorrem aos tribunais para as protegerem ou exigirem a sua efectiva execução. Como me referiu um magistrado deste país uma boa parte de seu trabalho é dar medicamentos. As pessoas vão a tribunais exactamente para poderem ter acesso a medicamentos que de outra maneira não teriam. Essa informação é corroborada em qualquer breve análise que se faça dos noticiários jurídicos no Brasil onde, cada vez mais, são publicadas vitórias de cidadãos que, através do poder judiciário, obtêm o acesso a tratamentos especializados e a exames médicos gratuitos. Temos, assim, o sistema judicial a substituir-se ao sistema da administração pública, que deveria ter realizado espontaneamente essa prestação social.³⁴

O grande risco da atuação do Poder Judiciário no campo da definição e concretização de políticas públicas é a ausência de uma visão institucional de conjunto, atenta às interações institucionais e às repercussões financeiras e estruturais nos demais atores públicos e privados e, em especial, ao relevante perigo – previsível, porém não intencional – de “captura” das políticas públicas individualizadas (e assistemáticas) promovidas pelo Judiciário por parte de segmentos sociais inseridos na classe média, perpetuando-se, assim, a exclusão daqueles que não têm acesso à justiça nem o conhecimento mínimo acerca dos seus direitos fundamentais.

Luiz Werneck Vianna, em artigo publicado em coletânea sobre o relevo da Constituição na vida social brasileira, elabora uma análise histórica de nossa tradição republicana descrente em relação ao potencial emancipatório da democracia representativa em razão de nossa peculiar formação histórico-cultural alicerçada sobre os pilares do patrimonialismo e do corporativismo. O autor aponta a importância da inovação processual introduzida em 1985 com a lei que dispôs sobre a ação civil pública (Lei nº 7.347/85) que determinou “a criação de uma nova arena de participação, cujo território, conquanto seja externo à arena clássica da democracia representativa, nasce com a vocação de intervir em matéria de políticas públicas”³⁵.

³³ SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007. p. 09-41.

³⁴ SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007. p. 19.

³⁵ VIANNA, Luiz Werneck. O Terceiro Poder na Carta de 1988 e a tradição republicana: mudança e conservação. In: OLIVEN, R. G. et al. *A Constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo: Aderaldo & Rothschild Editores; ANPOCS, 2008. p. 93-94.

Vianna chama a atenção para a emergência e consolidação, após 1988, da “representação funcional” – do Poder Judiciário, do Ministério Público e também do Poder Executivo – sobre a tradicional representação democrática. Dentre os fatores elencados pelo autor, todos significativos para a progressiva judicialização da vida social brasileira, destacam-se: a revolução processual em torno dos direitos coletivos e difusos promovida pela introdução da ação civil pública (inspirada nas *class actions* do direito norte-americano); a influência do constitucionalismo ibérico sobre a *intelligentsia* constitucional pátria, assim como a expansão do controle judicial de constitucionalidade das leis na Europa, América Latina, Leste Europeu, Ásia e África, após lutas de independência nacional contra potências colonizadoras e a queda do muro de Berlim; o frágil acordo político-social construído na assembléia constituinte em torno de uma proposta *keynesiana* de capitalismo organizado caracterizado pela regulação social e econômica e, logo após, o seu imediato ocaso em razão da expansão global e consolidação nos anos 90 do neoliberalismo por meio de sucessivas reformas constitucionais. Segundo o autor:

A Constituição visa, pois, o futuro e se empenha programaticamente, ao definir os direitos sociais, no terreno das políticas públicas. A jurisdicização desses direitos vincula o legislador ordinário aos seus comandos, cabendo à sociedade provocar o Judiciário, mediante novos institutos criados pela Constituição, para garantir a sua aplicabilidade. Nesse preciso sentido, a judicialização da política se apresenta, entre nós, como uma derivação da vontade do constituinte, ao mobilizar o médium do direito como recurso de sua engenharia a fim de tornar viável a sua concepção de constituição como obra aberta³⁶.

Para o legislador constituinte, o Judiciário “deveria tornar-se uma arena de fato da democracia participativa, capilarmente aberta à sociedade, garantidora e via de concretização dos amplo direitos nela previstos”³⁷. Em suma, conforme Luiz Werneck Vianna, os juízes – e demais agentes do sistema judiciário – passam a cumprir “as funções de engenheiro social ou de terapeuta, quando não o de prestadores de serviço de cidadania”³⁸.

³⁶ VIANNA, Luiz Werneck. O Terceiro Poder na Carta de 1988 e a tradição republicana: mudança e conservação. In: OLIVEN, R. G. et al. *A Constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo: Aderaldo & Rothschild Editores; ANPOCS, 2008. p. 99.

³⁷ VIANNA, Luiz Werneck. O Terceiro Poder na Carta de 1988 e a tradição republicana: mudança e conservação. In: OLIVEN, R. G. et al. *A Constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo: Aderaldo & Rothschild Editores; ANPOCS, 2008. p. 102.

³⁸ VIANNA, Luiz Werneck. O Terceiro Poder na Carta de 1988 e a tradição republicana: mudança e conservação. In: OLIVEN, R. G. et al. *A Constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo: Aderaldo & Rothschild Editores; ANPOCS, 2008. p. 103.

O Poder Judiciário brasileiro, segundo tal perspectiva, transformou-se em equivalente funcional do Estado de Bem-Estar Social. Este processo de judicialização e de funcionalização da representação encontra raízes profundas na prevalência de uma cultura republicana – sempre ameaçada pelos resquícios patrimonialistas e corporativistas que permeiam as práticas políticas brasileiras – ratificada pelas opções institucionais dos constituintes e reiterada pelos legisladores ordinários (por intermédio da ampliação do acesso à justiça), bem como pela permanente suspeita da representatividade, capacidade de processamento de novas demandas sociais e eficiência do Poder Legislativo no tocante à garantia e promoção dos direitos fundamentais³⁹.

De um ponto de vista positivo-institucional, Luís Roberto Barroso aponta a redemocratização do país, a constitucionalização abrangente e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade como principais causas do fenômeno da judicialização⁴⁰.

Todos os fatores mencionados, em maior ou menor intensidade, encontram-se presentes nos sistemas político e jurídico brasileiros na atualidade. De acordo com José Eisenberg, inspirado também na definição formulada por Tate e Vallinder⁴¹, a judicialização da política é um processo complexo composto por dois movimentos distintos:

(1.) refere-se a um processo de expansão dos poderes de legislar e executar leis do sistema judiciário, representando uma transferência do poder decisório do Poder Executivo e do Poder Legislativo para os juízes e tribunais – isto é, uma politização do judiciário; (2.) a disseminação de métodos de tomada de decisão típicos do Poder Judiciário nos outros Poderes. Em nosso juízo, este segundo movimento é mais bem descrito como uma “tribunalização” da política, em oposição à judicialização representada pelo primeiro movimento⁴².

Ran Hirschl define esse processo como “juristocracia” (*juristocracy*), ou seja, como a progressiva transferência de poderes decisórios das instituições

³⁹ VIANNA, Luiz Werneck. O Terceiro Poder na Carta de 1988 e a tradição republicana: mudança e conservação. In: OLIVEN, R. G. et al. *A Constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo: Aderaldo & Rothschild Editores; ANPOCS, 2008. p. 104 et seq.

⁴⁰ Cf. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 22 de dezembro de 2008. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/static/text/72894.1>>. Acesso em: 06 jan. 2009.

⁴¹ TATE, C., VALLINDER, T. *The Global Expansion of Judicial Power*, cit., p. 01-37.

⁴² EISENBERG, José. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 47.

representativas para o Judiciário⁴³. Este fenômeno é acompanhado e alimentado por uma mudança na ideologia jurídica, consistente em uma crítica crescentemente realizada pelas principais elites políticas, jurídicas e econômicas à premissa majoritária que define a democracia em sua dimensão popular. Haveria, assim, uma convergência entre distintos interesses políticos, econômicos e jurídicos na defesa da “democracia constitucional”, por um lado, e no ataque à “democracia ou premissa majoritária”, por outro.

Hirschl assume uma metodologia de análise que procura afastar o tema em questão dos debates normativos usuais neste campo de investigação⁴⁴, procurando estudar empiricamente as origens e consequências das “revoluções constitucionais”, isto é, da consolidação histórica do novo constitucionalismo (*new constitutionalism*) em diferentes sociedades. Além disso, Hirschl destaca uma nova dimensão da judicialização que passa a denominar de “judicialização da mega-política”, na qual se verifica “a transformação das Cortes Supremas em uma parte crucial do aparato nacional de tomada de decisões políticas em seus respectivos países⁴⁵”. Constituem exemplos de judicialização da mega-política as decisões de tribunais constitucionais ou cortes supremas sobre temas *puramente* políticos, tais como a judicialização dos processos eleitorais, dilemas fundamentais de justiça transicional, corroboração de transformações em regimes políticos, prerrogativas do Poder Executivo com relação ao planejamento macroeconômico ou à política de segurança nacional, dentre outros.

Em seguida, Ran Hirschl enumera três postulados responsáveis pela orientação metodológica de sua abordagem sobre o tema da judicialização da política. O primeiro postulado metodológico afirma que a transferência progressiva de poderes do Legislativo para o Judiciário, assim como para outras instâncias administrativas de decisão cujos representantes não são eleitos democraticamente – agências administrativas independentes ou agências reguladoras, por exemplo –

⁴³ HIRSCHL, *op. cit.*, p. 01.

⁴⁴ O principal representante do debate em sua versão *normativa* é Ronald Dworkin, pois, segundo Hirschl, “nenhum dos seis livros de Dworkin sobre constitucionalismo cita qualquer estudo empírico sobre as origens e consequências da constitucionalização e da revisão judicial” (HIRSCHL, *op. Cit.*, p. 03).

⁴⁵ HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. *Fordham Law Review*, v. 75, 2006, p. 727.

não pode ser estudada separadamente das lutas políticas, econômicas e sociais que modelam o sistema jurídico-político de uma determinada sociedade.

Em segundo lugar, as instituições políticas e jurídicas (bem como as suas reformas) promovem efeitos distributivos diferenciados, isto é: elas tendem, inevitavelmente, a privilegiar mais alguns grupos e indivíduos do que outros. Por último, em regra, os diferentes atores políticos, econômicos e jurídicos tendem a agir estrategicamente no sentido de apoiar a consolidação de estruturas institucionais que beneficiarão na maior medida possível os seus próprios interesses particulares ou corporativos⁴⁶.

Essas premissas metodológicas deslocam a análise da judicialização da política e do ativismo judicial, em especial as suas origens e consequências, de um debate puramente normativo e filosófico, muito comum na literatura jurídica, para uma abordagem político-institucional, enriquecendo a interpretação dessa temática. Os postulados metodológicos supramencionados ampliam o escopo da análise de tal modo a vislumbrar os interesses corporativos ou particulares inscritos em uma opção por um arranjo legal-institucional mais ou menos favorável à “juristocracia” ou ao “governo dos juízes”. Neste sentido, a hipótese explicativa desenvolvida pelo autor consiste na tese central da preservação hegemônica (*hegemonic preservation thesis*). Segundo Hirschl:

O poder judicial não cai do céu; ele é politicamente construído. Acredito que a constitucionalização dos direitos e o fortalecimento do controle de constitucionalidade das leis resultam de um pacto estratégico liderado por elites políticas hegemônicas continuamente ameaçadas, que buscam isolar suas preferências políticas contra mudanças em razão da política democrática, em associação com elites econômicas e jurídicas que possuem interesses compatíveis⁴⁷.

A abordagem realista do fenômeno da judicialização da política permite afirmar que a progressiva transferência de poderes para o Judiciário nas democracias contemporâneas “serve aos interesses de uma Suprema Corte que procura ressaltar sua influência política⁴⁸”. Segundo Alec Stone Sweet, há um interesse institucional dos tribunais em “resolver conflitos legislativos sobre

⁴⁶ Cf. HIRSCHL, *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*, cit., p. 38 et seq.

⁴⁷ *Idem*, p. 49.

⁴⁸ *Idem*, p. 49.

constitucionalidade, mantendo e reforçando, ao mesmo tempo, a legitimidade política da revisão constitucional para o futuro⁴⁹”. O interesse dos ministros na legitimação do próprio tribunal para a resolução – ativista e criativa – de problemas e questões controvertidas no futuro⁵⁰ pode ser vislumbrado, de modo claro, no voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes na ADI 1351-DF:

(...) é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causam entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional⁵¹.

Para Alec Stone Sweet, a judicialização da política constitui, também, uma tendência de difusão das técnicas de argumentação e de adjudicação típicas do Direito Constitucional para outros poderes, ou seja:

(...) o processo pelo qual os legisladores absorvem as normas de conduta da adjudicação constitucional, a gramática e o vocabulário do Direito Constitucional (...). Em uma política judicializada, o discurso legal é responsável pela mediação entre o debate partidário e as estruturas de exercício do poder legislativo⁵².

Além disso, a judicialização promove o “entrincheiramento constitucional de direitos⁵³” e, neste sentido, tanto o Executivo quanto o próprio Poder Legislativo podem, mediante o apoio (deliberado) a esta estratégia de transferência de poderes, retirar temas controvertidos do debate público, onde dificilmente seriam decididos em sentido favorável, seja porque não há consenso possível, seja porque os custos da decisão pelo Judiciário são politicamente menos custosos⁵⁴.

⁴⁹ SWEET, Alec Stone. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. New York: Oxford University Press, 2000, p. 199-200.

⁵⁰ O posicionamento do Min. Gilmar Mendes em seu voto na ADI 1351 antecipa o ativismo judicial assumido pelo ministro em outros dois casos importantes, o do direito de greve dos servidores públicos (MI 670 e 708) e o da fidelidade partidária (MS nº 26602, 26603 e 26604).

⁵¹ Trecho do voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes na ADI 1351-DF (cláusula de barreira), p. 53, disponível em www.stf.jus.br.

⁵² SWEET, *op. cit.*, p. 203.

⁵³ HIRSCHL, *op. cit.*, p. 44.

⁵⁴ *Idem*, p. 39.

Assim, a judicialização de questões políticas, econômicas ou sociais polêmicas pode reduzir os custos (eleitorais ou de apoio político) de uma decisão controvertida ou, ainda, obstaculizar a abertura de um debate sobre políticas públicas ou reformas políticas à participação do Poder Legislativo e da sociedade civil, por exemplo. Essas premissas metodológicas constituem importantes instrumentos analíticos para a investigação da visibilidade conferida ao Poder Judiciário, particularmente às decisões do Supremo Tribunal Federal na atualidade, assim como das consequências de tal protagonismo na mobilização e participação democráticas da sociedade civil.

Oscar Vilhena Vieira sugere o termo “supremocracia” para caracterizar a centralidade e a competência superlativa do Supremo Tribunal Federal no arranjo político-institucional brasileiro. Assim, o neologismo “supremocracia” possui um sentido duplo para o autor: em primeiro lugar, refere-se ao poder do STF em relação às demais instâncias do Poder Judiciário, que teve o seu papel político reforçado pelas Leis nº 9.868/99 e 9.882/99 e pela Emenda Constitucional nº 45/05 responsável pela introdução da súmula vinculante e da repercussão geral, ambos mecanismos processuais de centralização e verticalização decisória no âmbito do STF. Em segundo lugar, refere-se à relação do STF com os demais poderes estatais. Com o advento da Constituição de 1988, “dada a ambição constitucional e a larga esfera de atribuições do Tribunal, o Supremo passa a ser responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias”⁵⁵. Deste modo, afirma Oscar Vilhena Vieira:

Se esta é uma atribuição comum a outros tribunais constitucionais ao redor do mundo, a distinção do Supremo é de escala e de natureza. Escala pela quantidade de temas que no Brasil têm natureza constitucional e são reconhecidas pela doutrina como passíveis de judicialização; de natureza pelo fato de não haver qualquer obstáculo para que o Supremo aprecie atos do poder constituinte reformador. Neste sentido a Suprema Corte indiana talvez seja que partilhe o status *supremocrático* do Tribunal brasileiro, muito embora tenha deixado para trás uma posição mais ativista.⁵⁶

⁵⁵ VIEIRA, Oscar V. Supremocracia. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 488.

⁵⁶ VIEIRA, Oscar V. Supremocracia. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 488.

De acordo com Luís Roberto Barroso, a judicialização significa que “questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário”⁵⁷. O autor aponta causas de natureza diversas para a explicação do fenômeno da judicialização.

Primeiramente, o reconhecimento da importância dos magistrados e tribunais, bem como sua independência institucional, como elemento fundamental para a consolidação e funcionamento das democracias contemporâneas.

Em segundo lugar, aduz-se a crise de legitimidade e, portanto, de representatividade dos órgãos democráticos e, portanto, uma desilusão em relação à política partidária e majoritária.

Em terceiro lugar, atores políticos, em muitos casos, preferem repassar, de modo deliberado, o custo político de certas decisões controvertidas, sem perspectiva realista de consenso social, para o Poder Judiciário como, por exemplo, questões como a da união estável homoafetiva, interrupção de parto de fetos anencéfalos e demarcação de terras indígenas com grande repercussão política e econômica.

No caso brasileiro, em particular, o fenômeno foi potencializado em razão do caráter analítico e abrangente de nosso texto constitucional, além do sistema híbrido de controle judicial de constitucionalidade – inspirado nos modelos norte-americano e europeu – desenhado institucionalmente pela Constituição de 1988⁵⁸. Essa formulação institucional híbrida intensifica-se no tocante aos seus efeitos contramajoritários em função do amplo elenco de legitimados constitucionais introduzidos pela Carta Política de 1988 e o considerável espectro de ações diretas disponíveis.

Ao mesmo tempo, Oscar Vilhena Vieira, ao justificar o vigor da “supremocracia” no sistema jurídico-político brasileiro, explicita as competências superlativas do Supremo Tribunal Federal a partir da congregação de três funções em uma única instituição, enquanto que na maioria dos sistemas jurídicos tais funções encontram-se repartidas e atribuídas a instituições diferentes, quais sejam: as funções de tribunal constitucional, foro judicial especializado e tribunal de

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. p. 06.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 06-07.

apelação de última instância judicial⁵⁹. Neste sentido, Luís Roberto Barroso ilustra a enorme diversidade de temas complexos e controvertidos apreciados pelo STF:

Como consequência, quase todas as questões de relevância política, social ou moral foram discutidas ou já estão postas em sede judicial, especialmente perante o Supremo Tribunal Federal. A enunciação que se segue, meramente exemplificativa, serve como boa ilustração dos temas judicializados: (i) instituição de contribuição dos inativos na Reforma da Previdência (ADI 3105/DF); (ii) criação do Conselho Nacional de Justiça na Reforma do Judiciário (ADI 3367); (iii) pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510/DF); (iv) liberdade de expressão e racismo (HC 82424/RS – caso Ellwanger); (v) interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF); (vi) restrição ao uso de algemas (HC 91952/SP e Súmula Vinculante nº 11); (vii) demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3388/RR); (viii) legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais (ADI 3330); (ix) vedação ao nepotismo (ADC 12/DF e Súmula nº 13); (x) não recepção da Lei de Imprensa (ADPF 130/DF). A lista poderia prosseguir indefinidamente, com a identificação de casos de grande visibilidade e repercussão, como a extradição do militante italiano Cesare Battisti (Ext 1085/Itália e MS 27875/DF), a questão da importação de pneus usados (ADPF 101/DF) ou da proibição do uso do amianto (ADI 3937/SP). Merece destaque a realização de diversas audiências públicas, perante o STF, para debater a questão da judicialização de prestações de saúde, notadamente o fornecimento de medicamentos e de tratamentos fora das listas e dos protocolos do Sistema Único de Saúde (SUS)⁶⁰.

Outro tema intimamente relacionado com a questão da judicialização da política é o do ativismo judicial. No decorrer dos capítulos será utilizada uma definição normativamente inerte, isto é, descritiva, de “ativismo judicial”. A prática jurídica e estudos recentes mostram que magistrados ativistas podem tanto adotar um posicionamento progressista quanto uma decisão conservadora⁶¹. Ao mesmo tempo, não é possível afirmar, de antemão, que uma atitude ativista seja sempre a atitude correta ou incorreta diante de todos os casos jurídicos possíveis, especialmente em casos constitucionais difíceis.

Neste sentido, em uma primeira acepção, o ativismo judicial será medido pela frequência com que um determinado magistrado ou tribunal invalida as ações (normas e atos normativos) de outros poderes de Estado, especialmente do Poder Legislativo⁶². Ou seja, com que frequência os tribunais “retiram a decisão das mãos

⁵⁹ VIEIRA, Oscar V. Supremocracia. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.489-493.

⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. p. 08.

⁶¹ Cf., por exemplo: SMITH, Stephen F. Taking lessons from the left?: judicial activism on the right. *The Georgetown Journal of Law and Public Policy*, nº 58, p. 56-80, 2002-2003.

⁶² Cf. SUNSTEIN, Cass. *Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005, p. 41-44.

dos eleitores⁶³". Além disso, também será considerado ativista o magistrado ou tribunal que procura suprir omissões (reais ou aparentes) dos demais poderes⁶⁴ com suas decisões, por exemplo, no tocante à definição ou concretização de políticas públicas ou regulamentação das regras do jogo democrático.

No entanto, o conceito de ativismo judicial é polissêmico e bastante complexo, admitindo uma pluralidade de formas e de manifestações concretas. William P. Marshall enumera sete dimensões do ativismo judicial⁶⁵ que, em breve síntese, são:

a) ativismo contra-majoritário: consiste na relutância dos tribunais em aceitar as decisões dos poderes democraticamente eleitos.

b) ativismo não-originalista: define-se pela desconsideração do originalismo na interpretação judicial, implicando a não observância dos limites estritos do texto legal e da intenção do legislador.

c) ativismo de precedentes: refere-se à rejeição pelo magistrado dos precedentes consolidados pelo tribunal.

d) ativismo jurisdicional: marcado pela resistência das cortes em aceitar os limites formais – ou seja, de competência – legalmente estabelecidos para a sua atuação institucional.

e) ativismo criativo: resultante da criação (ou aplicação ao caso) de novos direitos e teorias na doutrina constitucional.

f) ativismo remediador: caracteriza-se pela imposição de obrigações positivas pelo Poder Judiciário aos poderes democraticamente eleitos.

g) ativismo *partisan*: modalidade de ativismo judicial na qual a prestação jurisdicional é norteadada por objetivos específicos de um determinado partido político ou grupo social.

Com relação à classificação proposta por W. P. Marshall, destaca-se a definição de ativismo jurisdicional. No contexto norte-americano, W. Marshall identifica o ativismo jurisdicional com o uso ampliado que os juízes liberais da Suprema Corte promoveram da competência institucional deferida à jurisdição

⁶³ *Id.*, *ibid.*, p. 43.

⁶⁴ Essa definição é mais adequada, por exemplo, para a análise do caso da fidelidade partidária (MS nº 26602, 26603 e 26604 – STF), que será estudado adiante. Por outro lado, a definição imediatamente anterior revela-se mais adequada para a análise do caso da cláusula de barreira (ADIS 1351 e 1354), no qual o STF decidiu pela inconstitucionalidade de alguns dispositivos da Lei 9.906/95 (Lei dos Partidos Políticos).

⁶⁵ MARSHALL, William. Conservatism and the seven sins of judicial activism. *University of Colorado Law Review*, 2002, p. 104.

constitucional nos Estados Unidos. Deste modo, a tese defendida é a de que o Supremo Tribunal Federal, em importantes casos jurídicos, “vem redefinindo os limites de sua própria competência jurisdicional, alcançando áreas e temas que talvez não se contivessem no traçado original da Constituição, alterando, assim, seu próprio peso no concerto político da relação entre os poderes”⁶⁶.

Segundo Elival da Silva Ramos, o ativismo pode ser definido como “o desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional”⁶⁷, conferindo à expressão um sentido negativo, crítico, cuja nota singular consiste na distorção do exercício e repartição das funções estatais conforme preconizados pelo princípio da separação de poderes. Neste sentido, argumenta o autor:

Se, por meio de exercício ativista, se distorce, de algum modo, o sentido do dispositivo constitucional aplicado (por interpretação descolada dos limites textuais, por atribuição de efeitos com ele incompatíveis ou que devessem ser sopesados por outro poder etc.), está o órgão judiciário deformando a obra do próprio Poder Constituinte originário e perpetrando autêntica mutação constitucional, prática essa cuja gravidade fala por si só. (...) É de se ressaltar, portanto, que o ativismo judicial em sede de controle de constitucionalidade pode agredir o direito vigente sob dois prismas diversos: pela deformação da normatividade constitucional e pela deformação, simultaneamente ou não, do direito infraconstitucional objeto de fiscalização, nessa última alternativa mediante, por exemplo, a indevida declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de dispositivo legal ou de variante exegética a partir dele construída.⁶⁸

Para Luís Roberto Barroso, a noção de ativismo judicial encontra-se relacionada com uma participação maior e mais intensa do Poder Judiciário na definição e concretização de valores e princípios constitucionais, implicando uma maior interferência dos tribunais na esfera de atuação dos demais poderes estatais⁶⁹.

O ativismo judicial pode se manifestar em diferentes linhas de decisão, tais como: (a) a aplicação da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de intermediação legislativa elaborada pelo legislador ordinário, como nos casos difíceis que culminaram na imposição da fidelidade partidária e vedação do nepotismo; (b) a declaração de

⁶⁶ VALLE, V. L. (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 40.

⁶⁷ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 138.

⁶⁸ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 141-142.

⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*, p. 10.

inconstitucionalidade de atos normativos produzidos pelo Poder Legislativo com apoio em critérios menos rígidos do que a clara violação do texto constitucional, de que são exemplos os casos da cláusula de barreira e da verticalização das coligações partidárias; e, ainda, (c) a imposição de prestações positivas ou de abstenções ao Poder Executivo, tanto na hipótese de inércia do legislador – por exemplo, nos casos sobre o direito de greve dos servidores públicos e a criação de municípios “inconstitucionais” – como diante da constatação de políticas públicas insuficientes, por exemplo, casos jurídicos que versam sobre o direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e financiamento de tratamentos experimentais ou de elevado custo no exterior⁷⁰. Segundo o autor, “todas essas hipóteses distanciam juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do direito vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio direito”⁷¹.

É possível e desejável analiticamente a distinção entre a judicialização da política e o ativismo judicial. O ativismo judicial pode ser descrito como uma atitude, decisão ou comportamento dos magistrados no sentido de revisar temas e questões – *prima facie* – de competência de outras instituições. O ativismo pode, também, assumir uma ou mais formas - inclusive simultaneamente - dentre aquelas apontadas por W. Marshall, que foram explicitadas acima. Por sua vez, a judicialização da política, mais ampla e estrutural, cuidaria de macro-condições jurídicas, políticas e institucionais que favoreceriam a transferência decisória do eixo Poder Legislativo – Poder Executivo para o Poder Judiciário.

Assim, segundo C. Neal Tate, o ativismo judicial constitui uma atitude ou comportamento dos juízes no sentido de “participar da elaboração de políticas que poderiam ser deixadas ao arbítrio de outras instituições mais ou menos hábeis (...) e, por vezes, substituir decisões políticas deles derivadas por aquelas derivadas de outras instituições”⁷².

Em síntese, a judicialização da política é um fato que decorre, dentre outros fatores, de condições estruturais inerentes ao sistema jurídico-político como, por

⁷⁰ *Ibid.*, p. 10-11.

⁷¹ *Ibid.*, p. 11.

⁷² TATE, C. N.; VALLINDER, T. (Ed.). *The global expansion of Judicial Power*. Nova York: Nova York University Press, 1997, p. 33.

exemplo, o caráter fortemente contramajoritário do desenho institucional brasileiro que confere enorme centralidade ao protagonismo e à última palavra institucional do Supremo Tribunal Federal. O ativismo judicial constitui, por sua vez, “uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”⁷³. Com apoio na distinção acima, argumenta Luís Roberto Barroso:

Nesse contexto, a judicialização constitui um *fato* inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial⁷⁴.

A postura oposta ao ativismo judicial é a auto-contenção judicial. A auto-contenção judicial pressupõe três linhas fundamentais de ação: (a) em primeiro lugar, juízes e tribunais evitam aplicar diretamente a Constituição por intermédio da incidência e eficácia jurídica imediata de valores e princípios constitucionais, aguardando, assim, a mediação legislativa capaz de concretizar, esclarecer e atualizar o significado do texto constitucional; (b) em segundo lugar, procuram utilizar critérios mais rígidos, em um sentido formalista, para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos estatais; (c) por último, procura-se evitar, salvo em casos excepcionais, a interferência na definição, controle de critérios – relação meio-fim – e execução de políticas públicas⁷⁵.

A distinção metodológica fundamental entre o ativismo judicial e a auto-contenção (ou auto-restrição) judicial encontra-se no fato de que o ativismo judicial, quando exercido de um modo legítimo, “procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados)”⁷⁶. A auto-restrição judicial caracteriza-se, ao contrário, pela abertura de um amplo espaço de liberdade de escolha para as opções políticas

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. p. 11.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 09, grifo no original.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 11.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 11.

definidas pelos poderes democraticamente eleitos, cultivando uma deferência *prima facie* em relação às ações e omissões, intencionais ou não, dos poderes Legislativo e Executivo no tocante à regulamentação de temas complexos do ponto de vista econômico, político, científico, cultural ou social.

As condições estruturais promotoras da judicialização estão presentes formalmente em nosso sistema jurídico desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, sendo que apenas recentemente a temática ganhou o holofote dos meios de comunicação de massa e o interesse generalizado de juristas, jornalistas e cientistas sociais. Diante de tal fato, é possível afirmar a precedência, no caso brasileiro, do ativismo judicial sobre o fenômeno de judicialização da política, na qualidade de condição subjetiva necessária para a intensificação da judicialização no sistema político brasileiro.

1. 2 Hermenêutica constitucional e instituições

Tradicionalmente as teorias hermenêuticas centram a sua análise na relação entre o intérprete, a realidade (ou contexto) social e o texto a ser interpretado, ao explicitar e sistematizar métodos, técnicas, instrumentos ou princípios para a delimitação do sentido e do alcance, ou seja, a fixação⁷⁷ do significado de um texto normativo, transformando-o, neste processo complexo, em norma jurídica⁷⁸. Normas jurídicas, portanto, “não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”⁷⁹.

O intérprete não apenas constrói sentido, mas também reconstrói possíveis significados tendo em vista a existência de sentidos convencionais incorporados ao

⁷⁷ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João B. Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 387: “Quando o Direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita de fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar estas normas. A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior.”

⁷⁸ Segundo BARROSO, Luis R. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 194-195, grifo no original: “Enunciado normativo é o texto ainda por interpretar. Já a *norma* é produto da incidência do enunciado normativo sobre os fatos da causa, fruto da interação entre texto e realidade. Da aplicação do enunciado normativo à situação da vida objeto de apreciação é que surge a norma, regra de direito que dará solução do caso concreto. Por essa visão, não existe norma em tese, mas somente norma interpretada. Enunciados normativos são fontes do direito, obra do legislador, no mais das vezes. Já as normas são produto da atuação judicial. Portanto, *enunciado normativo não é o mesmo que norma*.”

⁷⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 22.

uso lingüístico e pressupostos como *background* comunicativo intersubjetivo (no sentido do “mundo da vida” habermasiano ou de acordo com o “jogo de linguagem” explicitado por Wittgenstein) pela comunidade do discurso⁸⁰. Em síntese, assevera Humberto Ávila sobre o conceito de interpretação jurídica:

Daí dizer que interpretar é construir a partir de algo, por isso significa reconstruir: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados núcleos de sentidos, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual.⁸¹

Em regra, as teorias hermenêuticas são marcadas por debates metodológicos com elevado grau de abstração, tais como a natureza da interpretação jurídica⁸², força argumentativa dos diferentes elementos do processo interpretativo – texto, intenção subjetiva do autor, significado convencional original ou atual, fins, objetivos ou propósitos subjacentes ao texto normativo⁸³ – além de sua relação com valores e princípios abstratos de justificação – coerência, universalidade, segurança jurídica

⁸⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 25.

⁸¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 25.

⁸² Por exemplo, o debate teórico entre formalistas, que identificam a interpretação com a descoberta ou revelação de um significado pré-constituído; realistas ou céticos, corrente doutrinária segundo a qual o ato de interpretar significa constituir, criar ou atribuir um sentido novo ao texto normativo ou, ao menos, escolher discricionariamente um sentido dentre muitos existentes sem a pressuposição de uma resposta correta anterior ao processo interpretativo; e, por fim, teorias intermediárias entre o formalismo e o realismo como as preconizadas por Herbert Hart por intermédio da distinção entre casos fáceis e casos difíceis (*hard cases*) com fundamento no reconhecimento de uma “textura aberta” da linguagem jurídica ou a teoria do direito como interpretação defendida por Ronald Dworkin a partir dos ideais de integridade, tese da única resposta correta e coerência construtiva como alternativa intermediária à dicotomia entre a descoberta objetiva e a criação subjetiva de significado. Sobre o debate confira, em especial: GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 129-152; GUASTINI, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid: Trotta, 2008; HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Trad. de A. Ribeiro Mendes. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 137-168; RODRÍGUEZ, César. *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores: Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1997.

⁸³ Com particular ênfase na apresentação das teses interpretativas e sistematização das principais teorias hermenêuticas no âmbito constitucional, confira: BARBER, Sotirios A. FLEMING, James E. *Constitutional interpretation: the basic questions*. New York: Oxford, 2007. Os autores apresentam sete abordagens teóricas principais no âmbito da hermenêutica constitucional: 1) textualismo (*textualism*), que ressalta o significado literal, claro e preciso dos conceitos constitucionais como fonte de interpretação; 2) consensualismo (*consensualism*), apoiado sobre o significado social corrente dos conceitos constitucionais; 3) abordagem filosófica (*philosophic approach*), que destaca a natureza filosófica das coisas, bens ou fins em relação às quais os vocábulos positivados na constituição se referem ou a melhor compreensão dos conceitos incorporados em tais palavras; 4) originalismo (*originalism*), que preconiza a pesquisa das intenções subjetivas (originalismo amplo) ou dos sentidos originais compartilhados (originalismo estrito) pela “geração fundadora” (*founding fathers* e ratificadores da constituição norte-americana e de suas emendas); 5) estruturalismo (*structuralism*), centrado na análise do arranjo institucional das agências, poderes estatais e suas relações; 6) doutrinalismo (*doctrinalism*) e minimalismo (*minimalism*), apoiados nas doutrinas jurídicas construídas pelos tribunais e seus precedentes judiciais e 7) pragmatismo (*pragmatism*), que postula uma abordagem interpretativa que leve em consideração as consequências sócio-econômicas e as preferências das forças políticas dominantes.

ou consequências – e, ainda, temáticas valorativas exteriores à relação “intérprete-texto normativo” como democracia, legitimidade, dignidade humana, igualdade, direitos fundamentais, dentre outros. Além dos temas apontados, cabe ressaltar, ainda, a importância dos debates sobre a teoria da norma jurídica – e seus desdobramentos em regras, princípios jurídicos⁸⁴ e postulados normativos aplicativos⁸⁵ ou princípios instrumentais de interpretação⁸⁶ e aplicação do direito – bem como as contribuições provenientes das diferentes matrizes de teorias da argumentação jurídica⁸⁷.

A título de exemplo, cabe destacar algumas propostas de definição de “hermenêutica ou interpretação constitucional” compatíveis com a descrição exposta acima. Segundo Konrad Hesse, “o objetivo da interpretação é chegar ao resultado constitucionalmente ‘correto’ através de um procedimento racional e controlável, [...] criando, dessa forma, certeza e previsibilidade jurídicas, ao invés de acaso, de simples decisão por decisão”⁸⁸. A interpretação constitucional para o autor é sinônimo de *concretização* que, por sua vez, pressupõe “a ‘compreensão’ do conteúdo da norma a ‘concretizar’, não podendo desvincular-se nem da ‘pré-compreensão’ do intérprete nem do problema concreto a resolver”⁸⁹. A teoria hermenêutica de Konrad Hesse enquadra-se no modelo tradicional que ressalta a relação entre sujeito, texto e contexto, sem expor uma análise institucional acerca dos limites cognitivos, informativos, motivacionais e institucionais da racionalidade jurídica e, em particular, aquela desenvolvida pelos magistrados em sua atividade jurisdicional cotidiana.

⁸⁴ Cf. sobre o debate acerca da distinção entre regras e princípios: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 85-120; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004; DWORKIN, Ronald. Modelo de regras I. In: DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 23-72; GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo, 2009.

⁸⁵ Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. Em especial, p. 87-128.

⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 297-305.

⁸⁷ Cf. SERNA, Pedro (Dir.). *De la argumentación jurídica a la hermenêutica: revisión crítica de algunas teorías contemporâneas*. Granada: Comares, 2005.

⁸⁸ HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 103.

⁸⁹ HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 103.

Inocência Mártires Coelho, no mesmo sentido, ao definir a atividade interpretativa, constitucional e geral, destaca as dimensões lingüística, axiológica, contextual e compreensiva⁹⁰ do fenômeno hermenêutico, com explícito apoio à criatividade judicial por intermédio de uma postura ativista⁹¹, sem mencionar, entretanto, quaisquer considerações de ordem institucional.

Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, reconhecem que o denominado “novo constitucionalismo” pode ser caracterizado, em contraposição ao Estado de Direito legalista, pelos seguintes traços significativos: “a) mais Constituição do que leis; b) mais juízes do que legisladores; c) mais princípios do que regras; d) mais ponderação do que subsunção; e e) mais concretização do que interpretação⁹²”. Em síntese, os autores asseveram que “a doutrina da interpretação é o núcleo essencial da Teoria da Constituição e do Direito Constitucional, assim como da Teoria do Estado e, de certa forma, até mesmo da própria Teoria do Direito⁹³”. Assim como nos exemplos anteriores, os diferentes debates sobre as teorias, métodos e princípios hermenêuticos constituem o foco central de investigação metodológica, sem desenvolver, no entanto, análises comparativas sobre a *expertise* institucional e legitimidade na alocação de poder decisório dos eventuais intérpretes jurídicos, em especial, administradores públicos, legisladores e magistrados.

Sotirios A. Barber e James E. Fleming ao apresentarem as principais questões relativas à interpretação constitucional, já apontam a necessidade metodológica de complementar a dimensão hermenêutica com investigações de ordem institucional, ainda que esta perspectiva não seja aprofundada em detalhes ao longo de sua reflexão:

O que é a Constituição? Como deve ser interpretada? Quem pode, com autoridade, interpretá-la? Em particular, nós consideramos que nenhuma teoria sobre interpretação constitucional pode evitar a necessidade de realizar julgamentos

⁹⁰ COELHO, Inocência Martins. *Interpretação constitucional*. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 39-54.

⁹¹ COELHO, Inocência Martins. *Interpretação constitucional*. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 55-60.

⁹² MENDES, G. F. COELHO, I. M. BRANCO, P. G. G. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 127.

⁹³ MENDES, G. F. COELHO, I. M. BRANCO, P. G. G. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 129.

morais sobre o significado da Constituição e se nossos compromissos inscritos no sistema constitucional atribuem a responsabilidade primária pela realização de tais julgamentos às legislaturas ao invés das cortes.⁹⁴

Luís Roberto Barroso, em importante artigo, apresenta três críticas endereçadas à expansão da intervenção judicial na vida brasileira: em primeiro lugar, uma crítica político-ideológica que pode ser sintetizada na chamada “dificuldade contramajoritária”⁹⁵; em segundo lugar, uma crítica quanto à capacidade institucional que “envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria⁹⁶” e, por último, uma crítica relativa à limitação do debate, tendo em vista que “a primeira consequência drástica da judicialização é a elitização do debate e a exclusão dos que não dominam a linguagem nem têm acesso aos *locus* de discussão jurídica⁹⁷”.

A crítica que interessa imediatamente é a segunda, que vislumbra a importância da capacidade institucional e da consideração dos efeitos sistêmicos para a interpretação e aplicação das normas constitucionais a casos difíceis caracterizados por sua complexidade temática. Neste sentido, afirma Luís Roberto Barroso:

Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou de conhecimento específico. Também o risco de *efeitos sistêmicos* imprevisíveis e indesejáveis pode recomendar uma posição de cautela e de deferência por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça, sem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público⁹⁸.

⁹⁴ BARBER, Sotirios A. FLEMING, James E. *Constitutional interpretation: the basic questions*. New York: Oxford, 2007. p. 12, grifo no original, tradução nossa: “*What is the Constitution? How should it be interpreted? Who may authoritatively interpret it?* In particular, we consider whether any theory of constitutional interpretation can avoid the need to make moral judgements about the meaning of the Constitution and whether our constitutional scheme commits the primary responsibility for making such judgements to legislatures rather than to courts.”

⁹⁵ BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2ª ed. New Haven and London: Yale University Press, 1986. p. 16-23.

⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. p. 13.

⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. p. 14.

⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. p. 13, grifo no original.

Na atualidade um grupo de teóricos do direito tem proposto uma virada institucionalista (*institutionalist turn*) na hermenêutica jurídica e, em particular, no âmbito da hermenêutica constitucional. Adrian Vermeule propõe uma tese metodológica fundamental, segundo a qual “a análise institucional é indispensável para qualquer modelo de interpretação jurídica”⁹⁹. Neste sentido, há uma importante mudança na indagação central erguida pelas teorias interpretativas atentas à virada institucionalista, qual seja, “como o texto deve ser interpretado?” para a questão central que passa a ser: “quais procedimentos decisórios uma instituição particular deve utilizar, levando em consideração suas capacidades institucionais, para interpretar um determinado texto normativo?”. A análise metodológica institucionalista proposta por Adrian Vermeule e Cass Sunstein considera que boa parte dos debates teóricos altamente abstratos, subjetivos e valorativos revela-se pouco efetivo – até mesmo fútil¹⁰⁰ – para a resolução dos desacordos profundos que perpassam as diferentes correntes teóricas da hermenêutica constitucional.

A teoria hermenêutica deve levar em consideração as capacidades institucionais dos juízes, limitações eventuais no tocante à agregação e processamento de informações, falibilismo decisório, custos do erro e custos da decisão especialmente em colegiados de magistrados. A virada institucionalista preconiza, ainda, a atenção com relação aos efeitos dinâmicos ou sistêmicos da opção por um modelo interpretativo e sua repercussão em atores públicos e privados, tais como a produção de incerteza, incentivos positivos ou negativos de diferentes ordens, imprevisibilidade e impossibilidade de planejamento nas esferas pública e privada¹⁰¹. A partir da ênfase no estudo das duas dimensões supramencionadas – capacidades institucionais e efeitos sistêmicos – há o desenvolvimento de uma proposta que defende “um tipo de virada institucionalista no modo de pensar questões interpretativas”¹⁰².

⁹⁹ VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006. p. 01.

¹⁰⁰ Cf. SUNSTEIN, Cass R. VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Public Law and Legal Theory Working Paper*, n. 28, p. 01-55, 2002, p. 02, grifo nosso: “Part of our goal here is to demonstrate the *futility* of efforts to show that abstract ideals can resolve disagreements about appropriate interpretive methods”.

¹⁰¹ SUNSTEIN, Cass R. VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Public Law and Legal Theory Working Paper*, n. 28, p. 01-55, 2002, p. 02.

¹⁰² SUNSTEIN, Cass R. VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Public Law and Legal Theory Working Paper*, n. 28, p. 01-55, 2002, p. 02.

É importante destacar que as perspectivas hermenêutica e institucionalista não são antagônicas, mas complementares. A perspectiva institucional destaca o caráter enviesado e idealizado tradicionalmente elaborado pela hermenêutica constitucional ao sobrevalorizar as capacidades institucionais do Poder Judiciário, ao mesmo tempo em que assume uma postura de permanente suspeita acerca dos limites da racionalidade deliberativa do Legislativo ou da racionalidade técnica das agências administrativas. Conforme a reflexão de Adrian Vermeule e Cass Sunstein: “é impossível derivar regras interpretativas diretamente de *first-best* princípios [abstratos], sem responder a *second-best* questões [operacionais] sobre *performance* institucional”¹⁰³. Deste modo, a apreciação das capacidades institucionais e dos efeitos sistêmicos deve integrar, de modo necessário, o referencial teórico de qualquer proposta de teoria da interpretação jurídica e, em particular, de hermenêutica constitucional.

Vermeule formula duas teses fundamentais em seu livro “*Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*”, que, em conjunto, oferecem um argumento institucional para uma defesa contingente do formalismo jurídico¹⁰⁴. A defesa é contingente – e não necessária – porque depende da análise de variáveis contextuais, tais como, o grau de generalidade ou especialização do conhecimento técnico dos atores institucionais envolvidos e questões relativas à alocação e repartição de poder entre diferentes instituições. Neste sentido, o formalismo representa uma “resposta sensível e altamente pragmática aos limites institucionais de juízes generalistas e capacidades institucionais do Congresso”¹⁰⁵.

O formalismo jurídico defendido pelo autor é apresentado em uma nova versão, distinta do formalismo conceitualista e abstrato representado pela chamada “jurisprudência dos conceitos”¹⁰⁶, ou seja: para o formalismo jurídico proposto por

¹⁰³ SUNSTEIN, Cass R. VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Public Law and Legal Theory Working Paper*, n. 28, p. 01-55, 2002, p. 23.

¹⁰⁴ No Brasil, posicionamento teórico semelhante é defendido por Noel Struchiner ao propor uma defesa contingente do formalismo jurídico a partir de uma análise institucionalista. Cf. STRUCHINER, Noel. Posturas interpretativas e modelagem institucional: a dignidade (contingente) do formalismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 463-482.

¹⁰⁵ SUNSTEIN, Cass R. VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Public Law and Legal Theory Working Paper*, n. 28, p. 01-55, 2002, p. 03.

¹⁰⁶ Sobre as principais teses da corrente metodológica intitulada “jurisprudência dos conceitos”, denominação conferida ao formalismo alemão do século XIX, confira: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 84-85: “Com Puchta, antigo discípulo de Savigny, desenvolve-se a genealogia dos conceitos, que propõe uma

Adrian Vermeule, os juízes devem seguir o significado claro e preciso dos textos jurídicos, onde os mesmos possuam um sentido claro e específico; e devem ser deferentes em relação às interpretações propostas pelas legislaturas e agências administrativas, nas hipóteses em que os significados dos textos normativos não forem claros nem precisos¹⁰⁷.

A partir das reflexões de Frederick Schauer sobre a natureza das regras em termos de autoridade e alocação de poder, seu funcionamento e limitações¹⁰⁸, a perspectiva formalista refere-se a uma particular estratégia decisória que os tribunais devem seguir, com fundamento em uma autocrítica prévia acerca de suas próprias limitações institucionais, segundo a qual os casos jurídicos devem ser decididos, prioritariamente, com suporte em regras, enfatizando, portanto, os valores da segurança, previsibilidade e certeza jurídicas e em aderência aos significados ordinários dos dispositivos legais e constitucionais construídos por intermédio dos precedentes judiciais¹⁰⁹.

Conforme definição proposta por Noel Struchiner, “o formalismo é a defesa de um atitude ou disposição interpretativa segundo a qual o texto de uma formulação normativa, ou melhor, o texto da totalidade de formulações normativas deve ser levado a sério pelos responsáveis pela tomada de decisões jurídicas”¹¹⁰. A defesa contextual do formalismo decorre da percepção de que em certos cenários complexos de tomada de decisão a não observância das regras jurídicas poderia revelar-se mais prejudicial do que sua estrita observância, mesmo considerando o fato de que as regras – enquanto generalizações prescritivas probabilísticas – são

busca de conceitos em princípios gerais, mediante operação lógico-indutiva e lógico-dedutiva: por indução chega-se aos princípios, para depois, por dedução, descer às suas ramificações múltiplas. De acordo com a Jurisprudência dos Conceitos, denominação dada mais tarde a este método de criação e interpretação do direito, o papel da ciência jurídica é o de verificar como suas proposições encontram-se reciprocamente condicionadas, por meio de um processo de derivação que remonta à genealogia de cada uma. Com isso, a obra de Puchta pode ser reconhecida como uma das expressões mais bem acabadas do tratamento abstrato e sistematizador conferido ao direito. (...) O direito era tido como fruto de um desdobramento lógico-dedutivo entre premissas capazes de gerar por si sós uma conclusão que servisse de juízo concreto para cada decisão. Com isso, nota-se um considerável, e até nefasto, isolamento das regras jurídicas do seu meio circundante.”

¹⁰⁷ VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006. p. 01-12.

¹⁰⁸ Cf. SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in Law and in life*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

¹⁰⁹ SUNSTEIN, Cass R. VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Public Law and Legal Theory Working Paper*, n. 28, p. 01-55, 2002, p. 28.

¹¹⁰ STRUCHINER, Noel. Posturas interpretativas e modelagem institucional: a dignidade (contingente) do formalismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 464.

sempre imperfeitas (ou seja, são sobreinclusivas ou subinclusivas) na medida em que invariavelmente não são capazes de concretizar as suas próprias justificações¹¹¹.

Neste sentido, a dignidade do formalismo reside na verificação de que em certos contextos decisórios, em função de limitações institucionais empíricas dos intérpretes e aplicadores do direito, a opção por uma estratégia de decisão apoiada em regras pode revelar-se como a segunda melhor opção diante de uma alternativa melhor, ideal, entretanto inatingível, segundo a qual as regras podem sempre ser corrigidas, superadas ou excepcionadas tendo em vista a obtenção de um resultado justo do ponto de vista moral e político¹¹².

É clara a diferença entre o formalismo enquanto uma estratégia consequencialista (ou pragmatista) de aperfeiçoamento do sistema jurídico tendo em vista as limitações particulares de uma determinada instituição – no caso, o Poder Judiciário – e o formalismo jurídico abstrato, conceitual e reducionista da complexidade do fenómeno jurídico atribuído, de modo caricatural ou dramatizado¹¹³, ao positivismo jurídico, segundo o qual, o direito é completo, consistente e preciso¹¹⁴. Noel Struchiner ressalta que o formalismo jurídico não é

¹¹¹ STRUCHINER, Noel. Posturas interpretativas e modelagem institucional: a dignidade (contingente) do formalismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 464.

¹¹² STRUCHINER, Noel. Posturas interpretativas e modelagem institucional: a dignidade (contingente) do formalismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 464-465. Com apoio nas reflexões de Frederick Schauer sobre a natureza das regras e seu funcionamento em diferentes contextos decisórios, o autor descreve dois modelos de tomada de decisão: o particularista e o formalista. “O primeiro modelo de tomada de decisões é o modelo particularista. Neste modelo, nenhuma consideração do caso em jogo é excluída *a priori*. Qualquer fato, argumento, ou razão que seja importante ou relevante para alcançar o melhor resultado é incluído dentro do cálculo decisório. As regras funcionam apenas como sugestões (*rules of thumb*). Quando indicam resultados contrários àqueles aos quais se chegaria caso se fizesse uma análise que levasse em consideração todos os fatores relevantes, não é necessário aplicá-las. O modelo particularista não só admite a possibilidade de correção, mas clama pela correção da regra sempre que a mesma não é capaz de gerar o resultado correto. Deste modo, aquele que toma as decisões é um alfaiate que pode ajustar a linguagem da regra da maneira que desejar. (...) No outro extremo, é possível conceber um modelo radicalmente formalista de tomada de decisões. Dentro deste modelo, toma-se uma decisão prévia, por atacado, no sentido de considerar a linguagem da regra o objeto último de referência dos atos de aplicação normativa. (...) É feita uma opção prévia pelo entrincheiramento da linguagem contida nas regras”. (p. 470-471).

¹¹³ STRUCHINER, Noel. Algumas proposições fulcrais acerca do Direito: o debate jusnaturalismo vs. Juspositivismo. In: MAIA, Antonio C. et al. (Orgs.). *Perspectivas atuais da filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 399 et seq.

¹¹⁴ Cf. STRUCHINER, Noel. Algumas proposições fulcrais acerca do Direito: o debate jusnaturalismo vs. Juspositivismo. In: MAIA, Antonio C. et al. (Orgs.). *Perspectivas atuais da filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 408. Segundo o autor, o formalismo jurídico enquanto uma determinada concepção sobre a composição, estrutura e funcionamento do ordenamento jurídico, é composto por duas teses fundamentais: “1) O direito é composto exclusivamente ou predominantemente por normas promulgadas explícita e deliberadamente por órgãos legislativos e não por normas consuetudinárias ou jurisprudenciais. 2) Esse sistema

uma tese necessária e, portanto, incapaz de definir o positivismo jurídico¹¹⁵. Neste sentido, o formalismo jurídico não é um conceito unívoco, possuindo, portanto, diferentes significados dependentes do contexto no qual a expressão é utilizada¹¹⁶.

O mais importante é que a tese metodológica – institucionalista – e a tese substancial, isto é, a defesa do formalismo jurídico contemporâneo são teses independentes e, portanto, é possível aceitar a primeira e não compartilhar a segunda em determinados contextos decisórios já que a relação conceitual entre ambas não é necessária.

Neste sentido, é possível que em determinados contextos de decisão nos quais os juízes não possuem um conhecimento específico sobre uma questão controvertida do ponto de vista moral, político, econômico, científico ou ambiental, a opção formalista seja uma boa resposta institucional diante dos problemas da limitação, sistematização e processamento de informações, insulamento e homogeneidade social e profissional, falibilismo decisório, custos da decisão, entre outras limitações à racionalidade jurisdicional¹¹⁷.

de normas possui as seguintes propriedades: O sistema é fechado, ou seja, o conjunto de normas promulgadas pelo legislativo é exaustiva do direito; o sistema é completo, isto é, não existem lacunas no sistema de normas; o sistema é consistente, o que significa que não há contradições e antinomias normativas; e as normas do sistema são precisas, não existe nenhuma espécie de indeterminação lingüística, como ambigüidades sintáticas ou intoxicações semânticas como a vaguidade e a textura aberta da linguagem”.

¹¹⁵ Cf. STRUCHINER, Noel. Algumas proposições fulcrais acerca do Direito: o debate jusnaturalismo vs. Juspositivismo. In: MAIA, Antonio C. et al. (Orgs.). *Perspectivas atuais da filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 409: “O positivismo jurídico também não pode ser identificado com o formalismo. Os principais positivistas contemporâneos, como Hart, Carrió, Raz, Alchourron e Bulygin, se destacam justamente por explicitarem as insuficiências do sistema jurídico (mostrando a existência indelével de imprecisões lingüísticas e antinomias no direito) e a necessidade de se recorrer, em certos casos, a critérios que estão fora do direito (critérios que não contam como direito válido) para justificar uma decisão jurídica”.

¹¹⁶ Cf. STRUCHINER, Noel. Formalismo jurídico. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 363-366. O autor enumera, sem pretensão de exaustividade, seis sentidos para a expressão “formalismo jurídico”: 1. O formalismo jurídico como uma posição sobre a estrutura e composição do Direito, normalmente identificada como uma expressão do positivismo jurídico (formalismo estrutural); 2. O formalismo jurídico como a negação de uma escolha quando ela de fato existe (formalismo metodológico); 3. Formalismo como falta de opções oferecidas pelo Direito. É possível imaginar um sistema jurídico extremamente rígido e insensível às sutilezas de um mundo em constante mudança, ou seja, um sistema jurídico que não fornece escolhas, já que existe uma interpretação literal de suas normas e não incorpora mecanismos ou instrumentos de flexibilização no caso de sobreinclusão ou subinclusão de suas normas. Aqui não se pode falar de formalismo como o não reconhecimento de uma escolha quando ela de fato existe, já que nesse caso o sistema não dá opções; 4. Formalismo jurídico como a não consideração e aspectos políticos na decisão judicial; 5. Formalismo jurídico como a não utilização de argumentos consequencialistas na decisão judicial; 6. Formalismo jurídico como a ideia de que as decisões jurídicas devem ser produzidas de forma mecânica e de que a aplicação mecânica das regras é justa.” (p. 365-366).

¹¹⁷ Cf. VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006. p. 05: “The basic idea, only apparently paradoxal, is that judges acting under conditions of grave uncertainty and bounded rationality should restrict the range of information they attempt to collect and reduce the complexity of their behavioral repertoire, on the ground that further increments of information, complexity, and flexibility produce definite costs for only speculative gains”.

Por outro lado, tribunais ou agências executivas especializadas, magistrados confiantes no tocante ao domínio da temática sob exame, assim como o suporte à eventual decisão com apoio em precedentes construídos em instâncias inferiores, pode justificar uma atitude não formalista, ou seja, uma postura interpretativa teleológica, dinâmica, atenta às consequências e à história legislativa e, também, prospectiva (*forward-looking perspective*) tendo em vista necessidades econômicas, políticas, científicas, ambientais e sociais futuras¹¹⁸.

Adrian Vermeule propõe uma crítica ao chamado *first-best conceptualism*, ou seja, a tentativa de deduzir regras operacionais (*operating-level rules*) de interpretação, direcionadas para a solução do caso concreto, diretamente de compromissos conceituais abstratos (*high-level conceptual commitments*) como, por exemplo, compromissos valorativos com a democracia, dignidade da pessoa humana, constitucionalismo, liberdade ou igualdade¹¹⁹. O maior problema é a ocorrência de *second-best effects* a partir da adoção irrefletida do *first-best conceptualism*, isto é: intérpretes *reais* situados em instituições *reais* podem errar, em função de limitações cognitivas, motivacionais e institucionais concretas, na tomada de suas decisões ao adotarem as premissas ou compromissos abstratos – e suas respectivas conclusões operacionais – com suporte na teoria interpretativa escolhida *in abstracto*.

Deste modo, o melhor procedimento decisório – bem como suas regras interpretativas correspondentes – variará empiricamente em função das capacidades institucionais, contexto decisório em questão e produção de efeitos sistêmicos¹²⁰.

¹¹⁸ Cf. VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006. p. 74-75: “A court interpreting under tight constraints of time and information may do better to ignore or subordinate interpretive sources, like legislative history, whose large volume and unfamiliar components could often provoke judicial error, and whose marginal informational payoff is low. For similar reasons a court staffed by generalist judges might do better, all else equal, by sticking to the apparent or common meaning of texts and by eschewing empirically ambitious innovations in statutory policy. A specialized court, by contrast, would often better with antiformalist interpretive techniques that give free play to the court’s superior appreciation of legislative intentions, interest-group deals, statutory policies, and social and economic consequences”.

¹¹⁹ VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006. p. 02.

¹²⁰ Cf. VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006. p. 06: “Judges can know the limits of their own knowledge, and when they do, they can make a second-order decision to follow the rules that are best in light of their limited competence as first-order decisionmakers”.

Consoante Vermeule, em conclusão, “a teoria normativa da interpretação jurídica volta-se para questões empíricas e conclusões factuais”¹²¹.

A virada institucionalista proposta por Adrian Vermeule procura denunciar, outrossim, a chamada “*nirvana fallacy*” (falácia do nirvana), ou seja, a sobrevalorização das capacidades institucionais do Poder Judiciário, assim como o respectivo êxito interpretativo dos juízes na definição do significado e atualização do texto constitucional. Segundo o autor, o perigo da falácia supramencionada consiste em oferecer “uma falsa análise institucional que compara o pior retrato de uma instituição com a melhor imagem de outra”¹²².

Adrian Vermeule enumera três modalidades de teorias caracterizadas pela “cegueira institucional” (*institutional blindness*) ou, em razão dos diferentes graus de intensidade, pelo menos dotadas de “miopia” em relação às preocupações institucionais: (a) *out-and-out philosophizing*, ou seja, teorias que derivam um modelo interpretativo diretamente de premissas não institucionais, tais como conceitos políticos ou morais altamente abstratos e justificados sob uma perspectiva puramente filosófica. Vermeule cita a teoria interpretativa do direito como integridade proposta por Ronald Dworkin como representante deste primeiro tipo; (b) *stylized institutionalism* (institucionalismo “estilizado”, no sentido de idealizado), segundo o qual há uma análise institucional comparativa, no entanto, ainda elaborada em termos abstratos ou idealizados, que assume como pressupostos teóricos versões ideais ou normativas do Poder Legislativo, Poder Judiciário ou agências administrativas; e, por último, (c) *asymmetrical institutionalism* (institucionalismo assimétrico), modalidade de “miopia institucional” mais comum no âmbito da hermenêutica constitucional e jurídica, responsável pela apresentação depreciativa, pessimista (ou realista) de uma instituição ao mesmo tempo em que explicita um retrato ou imagem positiva, otimista, idealizada – e até messiânica – de outra. O autor inclui o procedimentalismo de John Hart Ely como representante do institucionalismo assimétrico ao preconizar uma modalidade de ativismo judicial fortalecedora da representatividade democrática que, por sua vez, sobrevaloriza e idealiza a responsabilidade política dos tribunais e sua função corretiva das

¹²¹ VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006. p. 02.

¹²² VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006. p. 17.

imperfeições no tocante ao funcionamento igualitário e representativo das instituições democráticas¹²³.

Vermeule aprofunda a análise ao explicitar algumas considerações institucionais que necessariamente devem acompanhar as escolhas interpretativas formuladas, por exemplo, pelos magistrados em casos constitucionais difíceis. Em primeiro lugar, o autor ressalta a importância em estudar a classificação e os diferentes comportamentos das regras e princípios em termos de custos da decisão e alocação de autoridade institucional entre *principals* (principais) e *agents* (agentes). Regras, segundo esta perspectiva, “economizam em informações e reduzem, ainda, a incerteza jurídica e os custos da decisão judicial, pelos menos ao curto prazo¹²⁴”.

Neste sentido, em termos de alocação de poder, as regras investem os formuladores em uma posição de autoridade, exigindo maior informação e competência decisória *ex ante*, enquanto princípios requerem uma agregação e processamento de informações, bem como competência decisória *ex post*, no momento da aplicação da norma ao caso concreto¹²⁵.

Em segundo lugar, incentivos, motivações e custos de fiscalização e decisão devem ser levados em consideração. Assim, a formulação de regras consiste em uma estratégia eficiente para a diminuição do custo de monitoramento das opções e comportamentos dos agentes (executores) pelos principais (formuladores), principalmente em situações de suspeita (motivacional) em relação aos agentes.

Em terceiro lugar, há a importante questão acerca dos efeitos sistêmicos entre os poderes estatais e suas relações com a sociedade civil. Adrian Vermeule argumenta que “a teoria política positiva enfatiza que os juízes optam por doutrinas [interpretativas] em um contexto de antecipação das reações de outras instituições produtoras de normas”¹²⁶. Esta terceira consideração é particularmente importante para o debate sobre possíveis estratégias de diálogo institucional entre tribunais e

¹²³ VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006. p. 17.

¹²⁴ VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006. p. 68.

¹²⁵ VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006. p. 69.

¹²⁶ VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006. p. 70.

legislaturas, em especial diante da dificuldade na construção intencional de articulações e incentivos interinstitucionais.

Retornando brevemente à tese substancial do autor – isto é, a defesa contingente do formalismo jurídico enquanto estratégia decisória de auto-restrição judicial – é importante, neste momento, sistematizar as principais variáveis institucionais responsáveis pelo maior ou menor atrativo do formalismo ou antiformalismo jurídicos enquanto estratégias para a solução de casos difíceis. Preliminarmente é relevante indagar qual estratégia decisória, em um determinado contexto ou temática, é capaz de produzir mais erros e eventuais injustiças. A resposta para a questão é bastante complexa, pois envolve a articulação de juízos de valor, assim como a incomensurabilidade dos respectivos padrões valorativos empregados em tais julgamentos. Em seguida, a variável intitulada “capacidade institucional” pode ser desmembrada em dois componentes: um cognitivo e outro motivacional. Agentes bem motivados, porém dotados de informações limitadas, incoerentes, desatualizadas ou equivocadas, produzirão resultados indesejáveis. Ao mesmo tempo, agentes (públicos) bem informados, porém “capturados” por interesses privados, partidários ou corporativos, produzirão resultados incompatíveis com os objetivos fundamentais de criação e atuação de uma determinada instituição social.

Os efeitos sistêmicos também podem ser divididos em duas variáveis institucionais: (a) erros e sua correção e (b) custos da decisão e incerteza. Em primeiro lugar, deve ser investigado se e quando a estratégia decisória escolhida produz erros e, ao mesmo tempo, se tais erros podem ser corrigidos por outras instituições de modo eficiente; em segundo lugar, deve-se pesquisar o grau de contribuição da estratégia decisória escolhida para o aumento ou diminuição da incerteza, da capacidade de planejamento dos atores públicos e privados e se, finalmente, a estratégia escolhida tende a transformar o planejamento em algo excessivamente custoso ou até impossível¹²⁷.

Adrian Vermeule aprofunda e desenvolve em obra posterior, intitulada “*Law and the limits of reason*”, algumas das principais teses explicitadas em “*Judging under uncertainty*”. Vermeule continua a ressaltar o fato que “a razão é um produto

¹²⁷ VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006. p. 76-79.

escasso” e a racionalidade encontra-se necessariamente limitada pelos custos intrínsecos de coleta, valoração e processamento de informações, erros decorrentes de abstrações cognitivas, preconceitos, pela força do auto-interesse e pelas distorções promovidas pelas emoções e instintos¹²⁸. Tendo em vista a escassez e os limites da racionalidade, ergue-se o seguinte questionamento: como a autoridade para a produção de normas deve ser repartida entre juízes, legisladores e administradores e como as instituições devem ser desenhadas¹²⁹? O autor elabora uma crítica ao legalismo epistêmico (*epistemic legalism*), ou seja, à tese que prefere a produção judicial de normas à produção normativa realizada por outras instituições. A partir de uma análise comparativa interinstitucional, os defensores dessa tese – amplamente dominante na teoria jurídica contemporânea – afirmam que os limites inerentes à racionalidade suportam um papel central ou predominante para os tribunais no tocante à produção de normas jurídicas. Em sentido contrário, assevera Vermeule: “O número relativamente pequeno de juízes nas cortes principais, a limitação de sua base informacional, sua homogeneidade profissional, suas competências gerais mais do que especiais, tudo assegura que a razão judicial é, ela mesma, acentuadamente limitada¹³⁰”.

A perspectiva institucionalista no âmbito da teoria do direito, entretanto, não é recente. É possível distinguir versões “clássicas” do institucionalismo jurídico de propostas teóricas mais atuais, denominadas, de um modo bastante amplo, “neoinstitucionalismos” que, por sua vez, possuem desdobramentos específicos em diferentes disciplinas e áreas do conhecimento, para além do âmbito jurídico¹³¹. O institucionalismo clássico remonta às obras de pensadores tais como Maurice

¹²⁸ VERMEULE, Adrian. *Law and the limits of reason*. New York: Oxford University Press, 2009. p. 01.

¹²⁹ VERMEULE, Adrian. *Law and the limits of reason*. New York: Oxford University Press, 2009. p. 02.

¹³⁰ VERMEULE, Adrian. *Law and the limits of reason*. New York: Oxford University Press, 2009. p. 03.

¹³¹ Cf. WEINBERGER, Ota. Institucional (teoria do direito). In: ARNAUD, André-Jean (Ed.). *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 412-413. O neoinstitucionalismo não é, no entanto, uma continuação do institucionalismo clássico. O neoinstitucionalismo apóia-se no referencial teórico proposto por John Searle e sua distinção entre fatos brutos (naturais) e institucionais. Esta perspectiva ressalta o estudo dos objetos com função institucionalizada, considerando suas relações, reconhecimento social e seu papel no âmbito das instituições. Assim, “o conhecimento jurídico não se limita à exegese de textos jurídicos, mas diz respeito, também à realidade institucional do direito e à função social das prescrições” (p. 413). Cf. também sobre o pensamento de John Searle e sua importância para a epistemologia jurídica: ARAÚJO, Marcelo de. John Searle e a ontologia do mundo social: subsídios para uma teoria acerca do objeto do conhecimento jurídico. In: NETTO, Fernando Gama de Miranda (Org.). *Epistemologia & Metodologia do Direito*. Campinas: Millenium, 2011, p. 17-32.

Hauriou¹³² e Santi Romano¹³³ que, em comum, possuíam como alvo de críticas o normativismo jurídico e o formalismo positivista representado pela jurisprudência dos conceitos¹³⁴. Na segunda metade do século XX, há o desenvolvimento de uma teoria institucionalista do direito por Neil MacCormick e Ota Weinberger, segundo a qual a “instituição representa, assim, uma porção de ser que não pode ser concebido da mesma forma que o ser dos corpos físicos ou, ainda, dos organismos vivos: trata-se de uma realidade tipicamente humana, cultural, que é normativamente fundada e possibilitada pela formulação de normas ou regras e adquire significado em relação a estas”¹³⁵.

Para os autores, em sua crítica ao normativismo jurídico (que vislumbrava o direito essencialmente como um fenômeno normativo), o direito é um fato, mas não um fato de psicologia social, e sim um fato institucional¹³⁶. Fatos institucionais referem-se a entidades que dependem da vontade, do desígnio ou de convenções humanas e, portanto, são distintas dos fatos empíricos, dos eventos naturais, que

¹³² HAURIOU, Maurice. *A teoria da instituição e da fundação*: ensaio de vitalismo social. Trad. José I. C. Mendes Neto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. Para o autor, “uma instituição é uma ideia de obra ou de empresa que se realiza e dura juridicamente num meio social; para a realização dessa ideia, organiza-se um poder que lhe confere órgãos; por outro lado, entre os membros do grupo social interessado na realização da ideia, produzem-se manifestações de comunhão dirigidas pelos órgãos do poder e reguladas por procedimentos”. (p. 19). A título de conclusão, destaca-se o seguinte trecho da obra de Maurice Hauriou: “É realmente do lado das instituições corporativas, das quais faz parte o Estado, e do lado da operação de fundação dessas instituições, que deve ser procurado o fundamento de continuidade nas coisas sociais. As instituições corporativas, enquanto vivem e asseguram nelas e em torno delas a continuidade de sua ideia diretriz e de sua ação, tanto de modo objetivo como de modo subjetivo, sustentam e mantêm em torno delas, por meio de seu poder, todas as situações jurídicas que precisam durar. Como elas mesmas devem sua existência a uma operação de fundação que se repete e continua, é ao amálgama dos três elementos da operação de fundação – a ideia diretriz, o poder, as manifestações de comunhão consensuais – elementos que se encontram na própria instituição, que se deve a duração e a continuidade”. (p. 52).

¹³³ ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. Santa Catarina: Fundação Boiteux, 2008. Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 3ª ed. rev. Bauru, SP: EDIPRO, 2005. p. 28-37: “Disto se vê que para Romano, os elementos constitutivos do conceito do direito são três: a sociedade, como base de fato sobre a qual o direito ganha existência; a ordem, como fim a que tende o direito; e a organização, como meio para realizar a ordem. Pode-se dizer, em síntese, que para Romano existe direito quando há uma organização de uma sociedade ordenada ou, em outras expressões análogas, uma sociedade ordenada através de uma organização, ou uma ordem social organizada. Esta sociedade ordenada e organizada é aquilo que Romano chama de instituição.” (p. 29)

¹³⁴ Cf. FARALLI, Carla. *A filosofia contemporânea do direito*: temas e desafios. Trad. Candice P. Gullo. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 27: “Tanto o velho quanto o novo institucionalismo [de Neil MacCormick e Ota Weinberger] se apresentam, portanto, como reações ao positivismo jurídico: o primeiro, ao positivismo da ‘jurisprudência dos conceitos’; o segundo, à tradição kelseniano-hartiana”.

¹³⁵ FARALLI, Carla. *A filosofia contemporânea do direito*: temas e desafios. Trad. Candice P. Gullo. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 31.

¹³⁶ Cf. MACCORMICK, Neil. *Institutions of Law*: an essay in legal theory. New York: Oxford University Press, 2007. P. 11: “The world of human beings is one that includes not only sheer physical facts and realities, but also institutional facts. By way of preliminary definition, these are facts that depend on the interpretation of things, events, and pieces of behavior by reference to some normative framework”.

independem da atividade social de atribuição de significado por parte dos homens¹³⁷. O direito, segundo essa perspectiva, é definido como uma ordem normativa institucional, ou seja, uma espécie de ordem caracterizada “pela presença de normas publicizadas e decisões em textos autênticos (isto é, de alguma forma oficial ou autorizada), de tal maneira que compreender e interpretar tais textos torna-se uma parte implícita de manutenção da ordem”¹³⁸.

Não há consenso entre os pesquisadores da área de ciências sociais sobre uma classificação uniforme acerca das distintas versões ou escolas do pensamento neoinstitucionalista na atualidade. As diferentes correntes do neoinstitucionalismo alcançaram grande expansão nas décadas de 80 e 90, entretanto, no mesmo período não produziram um pensamento teórico e metodológico unificado. Peter A. Hall e Rosemary C. R. Taylor identificaram, na realidade, três diferentes métodos de análise no interior do referencial teórico neoinstitucionalista, que foram designadas pelos autores de institucionalismo histórico, institucionalismo da escolha racional e institucionalismo sociológico¹³⁹.

Os três métodos objetivam investigar e explicar o papel desempenhado pelas instituições na determinação de resultados sociais e políticos. Neste sentido, as três perspectivas metodológicas procuram responder duas questões fundamentais na análise institucionalista: em primeiro lugar, como construir a relação entre instituição

¹³⁷ FARALLI, Carla. *A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios*. Trad. Candice P. Gullo. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 30.

¹³⁸ MACCORMICK, Neil. Ainda sobre instituições e direitos. In: TEIXEIRA, A. V. OLIVEIRA, E. S. (Orgs.). *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*. Barueri, SP: Manole, 2010, p. 254-269. p. 257.

¹³⁹ Cf. HALL, Peter A. TAYLOR, Rosemary C. R. As três versões do neo-institucionalismo. *Lua Nova*, n. 58, p. 193-224, 2003. A definição de instituição é diferente de acordo com o método ou escola institucionalista em questão. Para o institucionalismo histórico, uma instituição pode ser definida como o conjunto de “procedimentos, protocolos, normas e convenções oficiais e oficiosas inerentes à estrutura organizacional da comunidade política ou da economia política. (...) Em geral, esses teóricos têm a tendência a associar as instituições às organizações e às regras ou convenções editadas pelas organizações formais” (p. 196). Segundo o institucionalismo da escolha racional, que destaca a análise das instituições políticas formais, “as instituições estruturam essa interação [estratégica] ao influenciarem a possibilidade e a seqüência de alternativas na agenda, ou ao oferecerem informações ou mecanismos de adoção que reduzem a incerteza no tocante ao comportamentos dos outros, ao mesmo tempo que propiciam aos atores ‘ganhos de troca’, o que os incentivará a se dirigirem a certos cálculos ou ações precisas. Trata-se de um enfoque ‘calculador’ clássico para explicar a influência das instituições sobre a ação individual” (p. 206). Por último, para o institucionalismo sociológico, de acordo com um enfoque culturalista, as instituições incluem “não só as regras, procedimentos ou normas formais, mas também os sistemas de símbolos, os esquemas cognitivos e os modelos morais que fornecem ‘padrões de significação’ que guiam a ação humana”. (p. 209). Para os autores, o grande desafio na atualidade é intensificar os debates, questionamentos e eventuais intercâmbios entre as três perspectivas neoinstitucionalistas.

e comportamento; em segundo lugar, como explicar o processo pelo qual as instituições surgem ou se modificam¹⁴⁰.

Apesar das preocupações em comum, o desenvolvimento de cada método operou-se de modo isolado, no interior de cada disciplina, sem alcançar o desenvolvimento conjunto de marco teórico comum. Independentemente das disciplinas, é possível apontar duas grandes oposições que atravessam as perspectivas supramencionadas, quais sejam: o peso atribuído na gênese e nas transformações institucionais aos conflitos de interesse e de poder ou à coordenação e cooperação entre os indivíduos e, ainda, o papel desempenhado pelo cálculo estratégico baseado no auto-interesse reflexivo ou pelas representações culturais e morais nas relações entre as instituições e os comportamentos individuais e coletivos¹⁴¹.

Robert E. Goodin elenca, ao lado do novo institucionalismo histórico, sociológico e na ciência política, ainda o neoinstitucionalismo na economia e na teoria social, em um sentido mais amplo¹⁴². Goodin propõe uma consolidação do novo constitucionalismo a partir das diferentes contribuições de cada disciplina e explicita um conjunto de proposições gerais que são pressupostas pelos diferentes institucionalismos descritos pelo autor:

1. Agentes individuais e grupos perseguem seus respectivos projetos em um contexto que é coletivamente limitado.

¹⁴⁰ HALL, Peter A. TAYLOR, Rosemary C. R. As três versões do neo-institucionalismo. *Lua Nova*, n. 58, p. 193-224, 2003, p. 194.

¹⁴¹ THÉRET, Bruno. As instituições entre as estruturas e as ações. *Lua Nova*, n. 58, p. 225-255, 2003, p. 226.

¹⁴² GOODIN, Robert E. Institutions and their design. In: GOODIN, R. E. *The theory of institutional design*. New York: Cambridge University Press, 1996. p. 01-19. Cf. sobre outras propostas de classificação do neoinstitucionalismo em função das diferentes disciplinas científicas: ROMERO, Jorge Javier. Estudio introductorio - los nuevos institucionalismos: sus diferencias, sus cercanías. In: POWELL, Walter W. DIMAGGIO, Paul J. (Comp.). *El nuevo institucionalismo en la análisis organizacional*. Trad. Roberto R. R. Mazzoni. México: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 07-29; DIMAGGIO, Paul J. POWELL, Walter W. Introducción. In: POWELL, Walter W. DIMAGGIO, Paul J. (Comp.). *El nuevo institucionalismo en la análisis organizacional*. Trad. Roberto R. R. Mazzoni. México: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 33-75: "La teoría institucional presenta una paradoja. El análisis institucional es tan antiguo como la exortación de Émile Durkheim a estudiar 'los hechos sociales como cosas', y no obstante es suficientemente novedoso para ser precedido por la palabra nuevo em mucha bibliografía contemporánea. El institucionalismo tiene la intención de representar un enfoque distintivo del estudio de los fenómenos sociales, económicos y políticos; sin embargo, frecuentemente es más fácil ponerse de acuerdo sobre lo que no es que sobre lo que es. Hay varias razones para esta ambigüedad: los estudiosos que han escrito sobre las instituciones a menudo las han definido de manera casual; el institucionalismo tiene distintos significados em diferentes disciplinas; incluso dentro de la teoría de La organización, los 'institucionalistas' difieren em el relativo énfasis que dan a las características micro y macro, em sus ponderaciones de los aspectos cognoscitivo y normativo de las instituciones, y em la importancia que atribuen a los intereses y las redes de relaciones em la creación y difusión de las instituciones". (p. 33).

2. Tais limitações assumem a forma de instituições – padrões organizados de normas e papéis socialmente construídos, e de comportamentos socialmente esperados dos ocupantes desses papéis, que são criados e recriados ao longo do tempo.
3. Embora sejam restritivas, tais limitações, no entanto, são vantajosas em vários outros aspectos aos indivíduos e grupos na busca de seus próprios projetos particulares.
4. Os mesmos fatores contextuais que limitam as ações de indivíduos e grupos também modelam seus desejos, preferências, e motivações desses agentes individuais e coletivos.
5. Tais limitações possuem, de um modo característico, origens históricas, enquanto resíduos de ações e escolhas passadas.
6. Tais restrições incorporam, preservam e conferem diferentes recursos de poder em relação a diferentes indivíduos e grupos.
7. Ação individual e coletiva, limitada contextualmente e modelada socialmente, é o motor que direciona a vida social.¹⁴³

Segundo Sven Steinmo, “em um sentido amplo, instituições são simplesmente regras. Como tais, constituem a fundação de todo comportamento político. Algumas são formais (como as normas constitucionais) outras são informais (como normas culturais), entretanto sem instituições não é possível política organizada”¹⁴⁴. Para o autor, as instituições estruturam a política porque 1.) definem quem está apto a participar em uma determinada arena política; 2.) modelam as diferentes estratégias dos atores políticos e 3.) influenciam o que os atores acreditam ser possível e desejável (ou seja, suas preferências)¹⁴⁵.

De acordo com Robert E. Goodin, de um ponto de vista externo, uma instituição social é, em sua caracterização geral, “um estável, valorativo, recorrente padrão de comportamento”¹⁴⁶. A institucionalização pode ser descrita como o “processo pelo qual organizações e procedimentos adquirem valor e estabilidade”¹⁴⁷. Segundo Jon Elster, “uma instituição apresenta como se fora duas faces. Parece agir, escolher e decidir como se fora um grande indivíduo, mas também é criada e

¹⁴³ GOODIN, Robert E. Institutions and their design. In: GOODIN, R. E. *The theory of institutional design*. New York: Cambridge University Press, 1996. p.19-20, tradução livre.

¹⁴⁴ STEINMO, Sven. The new institutionalism. In: CLARCK, Barry. FOWERAKER, Joe (Ed.). *The encyclopedia of democratic thought*. London: Routledge, 2001.

¹⁴⁵ STEINMO, Sven. The new institutionalism. In: CLARCK, Barry. FOWERAKER, Joe (Ed.). *The encyclopedia of democratic thought*. London: Routledge, 2001.

¹⁴⁶ GOODIN, Robert E. Institutions and their design. In: GOODIN, R. E. *The theory of institutional design*. New York: Cambridge University Press, 1996. p. 21.

¹⁴⁷ GOODIN, Robert E. Institutions and their design. In: GOODIN, R. E. *The theory of institutional design*. New York: Cambridge University Press, 1996. p. 22.

formada por indivíduos. Cada face merece atenção”¹⁴⁸. Neste sentido, assevera Elster:

As instituições nos afetam de muitas maneiras: forçando-nos ou induzindo-nos a agir de certas maneiras; forçando-nos a financiar atividades pelas quais não pagaríamos de outro modo; capacitando-nos a fazer coisas que não poderíamos fazer de outro modo; por tornar mais difícil fazer coisas do que seria de outro modo; e mudando o contexto de negociação entre partes privadas¹⁴⁹.

Jon Elster considera a dimensão interna das instituições, ou seja, as interações sociais entre os indivíduos que as compõem o objeto fundamental de análise sociológica: “Falar sobre instituições é apenas falar sobre indivíduos que interagem uns com os outros e com pessoas de fora das instituições. Seja qual for o resultado da interação, ele deve ser explicado em termos dos motivos e oportunidades desses indivíduos”¹⁵⁰. A proposta teórica de Jon Elster aplica o denominado individualismo metodológico que pode ser definido como um método de compreensão e de explicação da vida social que considera os sistemas e instituições sociais como nada mais do que um conjunto de indivíduos que estabelecem relações entre si e com outros indivíduos que integram outros sistemas ou instituições sociais¹⁵¹. O autor enfatiza, desse modo, mais a dimensão individual, comportamental do que a dimensão estrutural ou exterior do conceito de instituição social.

Bruno Théret, por sua vez, procura destacar a contraposição entre a perspectiva institucionalista e a postura metodológica apregoada pelo individualismo metodológico descrito acima:

O institucionalismo, que passa por uma fase de renovação em todas as ciências sociais, distingue-se de outros paradigmas intelectuais, especialmente as ortodoxias do individualismo metodológico, ao apontar para a necessidade de se levar em conta, a fim de compreender a ação dos indivíduos e suas manifestações coletivas,

¹⁴⁸ ELSTER, Jon. *Peças e engrenagens das ciências sociais*. Trad. Antônio Trânsito. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994. p. 174.

¹⁴⁹ ELSTER, Jon. *Peças e engrenagens das ciências sociais*. Trad. Antônio Trânsito. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994. p. 175.

¹⁵⁰ ELSTER, Jon. *Peças e engrenagens das ciências sociais*. Trad. Antônio Trânsito. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994. p. 186.

¹⁵¹ JOHNSON, Allan G. Individualismo metodológico . In: JOHNSON, A. G. *Dicionário de sociologia: guia prático da linguagem sociológica*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997. p. 130.

as mediações entre as estruturas sociais e os comportamentos individuais. *Essas mediações são precisamente as instituições.*¹⁵²

Théret propõe uma concepção mediana e sintética de instituição capaz de agregar em uma mesma definição as dimensões de cooperação, competição e conflito que atravessam o fenômeno. Deste modo, define o autor:

A instituição é, dessa perspectiva, o que permite manter, estabelecendo limites, a tensão dinâmica entre os princípios do conflito e da cooperação, que são constitutivos das transações: as regras comuns aceitas pelos agentes nas transações introduzem princípios de ordem que permitem que elas sejam operadas e reproduzidas no tempo.

(...) Nessa perspectiva, mais do que constrangimentos coletivos que pesam sobre os comportamentos, as instituições são encaradas como redes cognitivas capazes de estimular a ação individual; ou seja, estruturas de estímulo. (...) É por isso que as instituições não são necessariamente obstáculos à inovação, mas podem, ao contrário, estimular a mudança, inclusive uma mudança radical.¹⁵³

O debate sobre o conceito de instituição, sua criação, transformações e evolução não é apenas teórico em função de seu acentuado grau de abstração e tendência à formulação de generalizações explicativas. Em regra, as transformações institucionais são lentas na medida em que representam respostas adaptativas aos estímulos ambientais e demandas sociais. Transformações intencionais ou criações deliberadas de instituições são situações excepcionais de “engenharia” ou de “desenho institucional” que, em regra, não podem ser reconduzidas à intenção de um designer ou arquiteto institucional, pois constituem o resultado da interação entre múltiplas intencionalidades, em cooperação ou em conflito, provenientes de diferentes atores individuais e coletivos¹⁵⁴.

Situações de transição política em sociedades pós-conflito, seja pela via democrática ou por um caminho revolucionário, ensejam a singular oportunidade histórica de aproximação efetiva ao modelo ideal de *design* institucional intencional com o objetivo de reformar antigas e construir novas instituições sociais indispensáveis à consolidação do novo regime político¹⁵⁵. Consoante Claus Offe, “se

¹⁵² THÉRET, Bruno. As instituições entre as estruturas e as ações. *Lua Nova*, n. 58, p. 225-255, 2003, p. 225.

¹⁵³ THÉRET, Bruno. As instituições entre as estruturas e as ações. *Lua Nova*, n. 58, p. 225-255, 2003, p. 249-250.

¹⁵⁴ Cf. GOODIN, Robert E. Institutions and their design. In: GOODIN, R. E. *The theory of institutional design*. New York: Cambridge University Press, 1996. p. 28: “The Myth of the Intentional Designer (...) is greatly to be avoided in theories of institutional design. Typically, there is no single design or designer. There are just lots of localized attempts at partial design cutting across one another, and any sensible scheme for institutional design has to take account of that fact”.

¹⁵⁵ Sobre a importância das reformas institucionais como uma dimensão da justiça de transição, confira: ZYL, Paul Van. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito. *Revista Anistia Política e Justiça de*

considera geralmente que a criação de instituições, ou a construção de instituições sociais, políticas e econômicas novas e ‘melhores’ constitui o problema prático central que enfrentam as sociedades à medida que emergem de um passado completamente desacreditado, como no caso de sociedades pós-autoritárias e, em especial, as posteriores ao comunismo¹⁵⁶. De acordo com Claus Offe, as instituições possuem uma dupla natureza, ao mesmo tempo social e funcional:

Os atores sociais geram e sancionam instituições e estas, por sua vez, geram agentes sociais capazes de respeitar as normas sociais. As instituições estabelecem parâmetros, tanto normativos quanto cognitivos, com respeito ao que se considera normal, o que deve ser esperado, em que se pode confiar, quais direitos e deveres correspondem a qual posição e o que tem sentido na esfera social ou comunicativa para os quais resulta válida uma instituição¹⁵⁷.

As instituições cumprem, em primeiro lugar, uma função de socialização, no sentido de que servem como exemplo e repositórios sobre como os indivíduos ou grupos sociais devem comportar-se e relacionar-se entre si e o que podem esperar legitimamente um dos outros. A segunda função é sistêmica ou de eficácia externa, ou seja, ela deve funcionar de modo adequado tendo em vista o cumprimento da tarefa ou objetivo para o qual foi criada. Deste modo, argumenta o autor, “uma instituição que funciona alivia os atores de suas preocupações sobre objetivos e estratégias, já que é possível confiar em um curso de ação institucionalmente prescrito que produzirá efeitos benéficos ou, pelo menos, aceitáveis”¹⁵⁸.

Conforme destacado por Adrian Vermeule, a razão é uma mercadoria escassa e tal assertiva não é menos verdadeira para aqueles atores institucionais que se colocam na posição de arquitetos ou *designers* institucionais. Para Pettit, o desenhista institucional é todo aquele que tem interesse no modo como está organizada a vida social e se encontra em posição de propor mudanças projetadas

Transição, Brasília, n. 1, p. 32-55, jan./jul. 2009; Confira, também, sobre as diferentes decisões materiais e procedimentais inseridas no contexto de reformulação ou construção de instituições em sociedades pós-conflito: SILVA, Alexandre Garrido da. VIEIRA, José Ribas. Justiça transicional, direitos humanos e a seletividade do ativismo judicial no Brasil. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Brasília, n. 2, p. 234-267, jul./dez. 2009.

¹⁵⁶ OFFE, Claus. El diseño institucional em los procesos de transición de Europa del Este. In: GOODIN, Robert E. (Comp.). *Teoría del diseño institucional*. Trad. María L. Melon. Barcelona: Gedisa, 2003, p. 251.

¹⁵⁷ OFFE, Claus. El diseño institucional em los procesos de transición de Europa del Este. In: GOODIN, Robert E. (Comp.). *Teoría del diseño institucional*. Trad. María L. Melon. Barcelona: Gedisa, 2003, p. 252.

¹⁵⁸ OFFE, Claus. El diseño institucional em los procesos de transición de Europa del Este. In: GOODIN, Robert E. (Comp.). *Teoría del diseño institucional*. Trad. María L. Melon. Barcelona: Gedisa, 2003, p. 253.

para alcançar uma reforma institucional¹⁵⁹. Philip Pettit elabora, também, uma proposta de definição da expressão “desenho institucional”:

Quando falo de desenho institucional, não faço alusão ao desenho e redenho de estruturas meramente formais (por exemplo, estruturas constitucionais para a organização do Parlamento ou dos tribunais). Utilizo essa frase para incluir intervenções em todos os acordos que coordenam a conduta dos indivíduos dentro da sociedade. Tais acordos incluem os procedimentos estabelecidos constitucional ou legalmente, mas também abarcam questões que estão apenas sujeitas a normas e convenções conscientes ou que estão fixadas unicamente por pressões e perspectivas tácitas ou registradas ocasionalmente¹⁶⁰.

As teorias do desenho institucional apresentam, no entanto, um importante risco que é o da hiperracionalidade¹⁶¹. Claus Offe lembra que, em regra, situações históricas de desenho institucional deliberado e intencional são escassas e, normalmente, dependentes de um colapso ou crítica radical em relação às instituições anteriores. Além disso, o que caracteriza uma instituição é justamente a sua estabilidade reproduzida ao longo do tempo, ou seja, “*path dependency*” (dependência em relação ao passado)¹⁶².

O oposto à perspectiva de *path dependency* é a hiperracionalidade. A hiperracionalidade deve ser questionada em função da constatação de que novas propostas de desenho institucional são projetadas, em regra, a partir de reproduções de outras antigas ou, então, com suporte em traduções, “transplantes” e adaptações de modelos institucionais construídos em outros contextos sociais. Em muitos casos, não há o compartilhamento das mesmas bases políticas, culturais, morais, jurídicas, econômicas e sociais que permitirão o sucesso do desenho institucional prescrito de modo formalmente racional. Em oposição à noção de desenho institucional, Claus Offe introduz o conceito de “jardinagem institucional”:

No que diz respeito à primeira dessas deficiências [a hiperracionalidade], a situação ideal para a ‘fundação’ de instituições parece ser aquela na qual não é necessário nenhum *desenho explícito*, mas que exista uma rica vegetação de padrões institucionais herdados que já gozam de adesão por parte dos atores pertinentes,

¹⁵⁹ PETTIT, Philip. El diseño institucional y la elección racional. In: GOODIN, Robert E. (Comp.). *Teoría del diseño institucional*. Trad. María L. Melon. Barcelona: Gedisa, 2003, p. 77.

¹⁶⁰ PETTIT, Philip. El diseño institucional y la elección racional. In: GOODIN, Robert E. (Comp.). *Teoría del diseño institucional*. Trad. María L. Melon. Barcelona: Gedisa, 2003, p. 76.

¹⁶¹ OFFE, Claus. El diseño institucional em los procesos de transición de Europa del Este. In: GOODIN, Robert E. (Comp.). *Teoría del diseño institucional*. Trad. María L. Melon. Barcelona: Gedisa, 2003, p. 264 et seq.

¹⁶² OFFE, Claus. El diseño institucional em los procesos de transición de Europa del Este. In: GOODIN, Robert E. (Comp.). *Teoría del diseño institucional*. Trad. María L. Melon. Barcelona: Gedisa, 2003, p. 261.

uma adesão que pode ser cultivada ainda mais através de uma atividade que foi descrita como '*jardinagem* institucional'¹⁶³.

A título de conclusão do presente capítulo, é relevante destacar a necessidade de uma transformação metodológica – e, portanto, fundamental – no âmbito da teoria hermenêutica no campo jurídico: a integração necessária entre questões hermenêuticas, centradas na relação entre sujeito, texto e contexto e questões institucionais preocupadas com as capacidades institucionais e efeitos sistêmicos produzidos pela opção interpretativa por uma teoria hermenêutica em particular e cientes das limitações cognitivas, motivacionais, custos do erro e de decisão dos intérpretes em questão.

Deste modo, torna-se imperiosa a transição da perspectiva interpretativa, normativa e abstrata da hermenêutica constitucional tradicional para uma proposta de hermenêutica institucional, que completa a primeira e confere realismo, concretude empírica e operacionalidade ao debate sobre os diferentes modelos de interpretação constitucional em competição no âmbito da teoria do direito e da teoria constitucional.

¹⁶³ OFFE, Claus. El diseño institucional em los procesos de transición de Europa del Este. In: GOODIN, Robert E. (Comp.). *Teoría del diseño institucional*. Trad. María L. Melon. Barcelona: Gedisa, 2003, p. 274.

2. PERFECCIONISMO JUDICIAL E CONSTRUTIVISMO JURÍDICO: O JUIZ VISIONÁRIO

O Min. Carlos Ayres Brito, em seu importante voto no *leading case* da pesquisa com células-tronco embrionárias, definiu o papel desempenhado pelo STF na qualidade de “uma casa de fazer destino” responsável pela tomada de decisões existenciais com grande repercussão social, moral e política, que dividem a sociedade, “pois o que está em debate [no caso] é mais que a natureza da concepção ou do biológico início do *homo sapiens*. (...) É também preciso pôr como alvo da nossa investigação de Direito Positivo a natureza mesma da maternidade”¹⁶⁴.

Por sua vez, o Min. Luiz Fux, em entrevista poética concedida no dia de sua posse como ministro do STF, afirmou que “assemelhado às atividades sacras, cumpre ao juiz substituir o falso pelo verdadeiro, combater o farisaísmo, desmascarar a impostura, proteger os que padecem e reclamar a herança dos deserdados pela pátria”¹⁶⁵.

Na qualidade de simples exemplos extraídos de discursos jurisdicionais (votos, por exemplo) e extra-jurisdicionais (entrevistas), ambas as afirmações retratam uma pintura “heróica”, idealizada ou valorativa, dos membros e da instituição Poder Judiciário e, em particular, do Supremo Tribunal Federal. Ao mesmo tempo, constituem exemplos significativos que desconsideram as limitações empíricas – institucionais e humanas – existentes no âmbito da racionalidade jurídica e, conseqüentemente, também jurisdicional.

Nos Estados Unidos a perspectiva perfeccionista é associada à atuação ativista de Earl Warren, entre 1953 e 1969, na qualidade de *Chief Justice* da Suprema Corte norte-americana. Segundo a descrição elaborada por Leda Boechat Rodrigues: “Sem o entrave de um tecnicismo exacerbado (...) sobre os limites do poder judicial, Warren viu sempre a Suprema Corte como um verdadeiro centro de poder, que poderia, através de suas decisões constitucionais, forçar a mudança de

¹⁶⁴ Voto do Min. Carlos Ayres Brito na ADI 3510, p. 56, grifo no original, disponível em www.stf.jus.br.

¹⁶⁵ FUX, Luiz. Nós, os juízes. *Folha de São Paulo*, Tendências/Debates, 03 de março de 2011. De acordo com o Min. Luiz Fux: “Os juízes, na tarefa árdua de julgar as agruras da vida humana, suas misérias e aberrações, devem ser olímpicos na postura, na técnica, na independência e na sensibilidade, além da enciclopédica formação cultural que se lhes exige”.

rumos nos Estados Unidos, libertar forças sociais progressistas e melhorar a sorte do homem comum”¹⁶⁶.

No debate norte-americano, o modelo perfeccionista de função judicial é apoiado, especialmente, por magistrados e pensadores liberais. Os juízes perfeccionistas são, normalmente, ambiciosos em suas decisões. Pretendem reconhecer novos direitos ou conferir-lhes novos (e criativos) significados a partir de princípios positivados ou implícitos no texto constitucional. Perfeccionistas interpretam o texto constitucional a partir de questões políticas e morais profundas, ou seja, “pretendem fazer da Constituição o melhor que ela pode ser”¹⁶⁷.

Os casos constitucionais difíceis são decididos com apoio em amplas (*wide*) e profundas (*deepest*) considerações sobre teoria política, teoria constitucional, teoria do Estado e filosofia jurídica, tais como os temas acerca dos limites da liberdade de expressão, a importância dos partidos políticos nas democracias contemporâneas, considerações sobre a justiça social, a liberdade religiosa, o princípio da igualdade entre os sexos, o mandato legislativo, direitos reprodutivos, a constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias, dentre outros.

Em síntese, segundo esta perspectiva, nestes casos constitucionais controversos os tribunais devem elaborar “juízos interpretativos independentes” sobre o significado do texto constitucional com apoio em argumentos de princípios¹⁶⁸. Os discursos de magistrados perfeccionistas tendem a ser fortemente prescritivo, principiológico e marcado por uma propensão à moralização do Direito e da decisão judicial.

O enfrentamento de tais questões profundamente controvertidas na sociedade é realizado com o objetivo de delinear *standards* de orientação para casos semelhantes no futuro, possuindo, assim, amplos efeitos prospectivos. Votos ou decisões de magistrados perfeccionistas procuram posicionar-se sobre como

¹⁶⁶ RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte de Warren (1953-1969): revolução constitucional*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p. 40. Prossegue a autora em sua caracterização de Earl Warren: “Cada um de seus votos (...) era como uma norma criada de novo – uma apresentação do problema naquele caso, quase dando a impressão de que não existiam precedentes ou teorias em contrário, como inevitavelmente acontece. Muitas vezes a argumentação parece mais ética do que legal, e por vezes ele aparentemente punha a análise de lado, porque o caso constituía para ele um ultraje” (p. 41).

¹⁶⁷ SUNSTEIN, Cass. *Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005, p. xii.

¹⁶⁸ SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999, p. 07.

serão decididas outras questões no futuro (relacionadas ou não com o caso), exercendo, assim, forte orientação e apelo persuasivo sobre a atuação dos demais poderes. O seu discurso é, em regra, fortemente abstrato, permeado por considerações axiológicas, preocupado com o futuro e também amplo, no sentido de abordar outros temas ou questões que não seriam indispensáveis para a solução do caso sob exame.

Historicamente, o perfeccionismo exerceu grande influência na Suprema Corte norte-americana principalmente sob a presidência do *Chief Justice* Earl Warren, por exemplo, no caso *Brown v. Board of Education*, oportunidade em que foi declarada inconstitucional a segregação racial nas escolas norte-americanas e a doutrina do *separate but equal*. Já sob a presidência de Warren Burger, cabe mencionar outro *leading case*, o célebre *Roe v. Wade*, no qual a Suprema Corte reconheceu, pela primeira vez, o direito constitucional ao aborto. Atualmente, segundo Cass Sunstein, após sucessivas indicações republicanas para as cortes federais nas últimas décadas, o perfeccionismo encontra-se refugiado principalmente nas faculdades de Direito, exercendo pouca influência na Suprema Corte norte-americana¹⁶⁹.

Dois exemplos podem ser citados como representantes do modelo perfeccionista. Em primeiro lugar, a leitura moral da Constituição proposta por Dworkin. Em segundo lugar, o neoconstitucionalismo, cujas teses vêm encontrando grande difusão na doutrina e, sobretudo, na prática jurídica de interpretação do texto constitucional na atualidade¹⁷⁰. A leitura moral da Constituição defendida por Ronald Dworkin é a principal representante do perfeccionismo no debate constitucional norte-americano. Segundo Dworkin:

A leitura moral propõe que todos nós – juízes, advogados e cidadãos – interpretemos e apliquemos esses dispositivos abstratos considerando que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça¹⁷¹.

Assim, a leitura moral insere “a moralidade política no próprio âmago do direito constitucional¹⁷²”. Para Dworkin, a interpretação jurídica é essencialmente

¹⁶⁹ SUNSTEIN, *Radicals in robes, cit.*, p. 33.

¹⁷⁰ Neste sentido, confira o importante artigo: BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *RDA*, v. 240, abr./jun. 2005.

¹⁷¹ DWORKIN, Ronald. “A leitura moral e a premissa majoritária”. In: DWORKIN, Ronald. *A leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 02.

política e deveria ser amplamente reconhecido tanto pela teoria quanto pela prática do Direito que “valer-se de uma teoria política não é uma corrupção da interpretação, mas parte do que significa interpretação¹⁷³”. O modelo do juiz Hércules, responsável pela complexa articulação entre Direito, filosofia e política para a solução de um caso concreto é, em síntese, a melhor imagem do juiz perfeccionista.

O discurso dos juízes perfeccionistas em casos constitucionais difíceis é *principialista*, pois pretende explicitar naquele caso concreto os princípios e valores jurídicos responsáveis por lançarem “a melhor luz” sobre o problema e que, por fim, acabarão por informar a decisão. Além disso, a leitura moral encontra-se, segundo o autor, profundamente arraigada na própria *práxis* constitucional norte-americana, embora de modo irrefletido. Deste modo, a leitura moral é um exemplo de perfeccionismo na medida em que os *hard cases* constitucionais somente podem ser solucionados a partir de uma “melhor leitura construtivista” de princípios políticos e morais fundamentais que definem, de um modo coerente, a autocompreensão dos cidadãos que pertencem a uma determinada comunidade política historicamente considerada.

Não é difícil visualizar o neoconstitucionalismo como uma manifestação do perfeccionismo acima delineado. O neoconstitucionalismo também defende uma leitura “moralizante” da Constituição, ao concebê-la como uma ordem normativa responsável pela concretização de valores pré-estatais, ou seja, como uma “ordem material ou concreta de valores”. A teoria neoconstitucional defende, entre outras teses, uma Constituição “onipresente” e “expansionista” definida em termos axiológicos ou principialistas, marcada, sobretudo, pela eficácia direta e irradiante dos direitos fundamentais, pela argumentação jurídica e pela metodologia da ponderação.

2. 1. Significados do perfeccionismo

O vocábulo “perfeccionismo” possui diferentes significados nos âmbitos da filosofia política, jurídica e teoria constitucional. James E. Fleming, em importante

¹⁷² *Id.*, *ibid.*, p. 02.

¹⁷³ DWORKIN, Ronald. “De que maneira o Direito se assemelha à literatura?” In: DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes: 2001, p. 246-247.

ensaio crítico sobre a teoria minimalista proposta por Cass Sunstein, enumera oito sentidos para a teoria perfeccionista¹⁷⁴.

Em primeiro lugar, há um sentido do vocábulo perfeccionismo tradicionalmente utilizado no âmbito da Filosofia Política. Carlos Santiago Nino define o perfeccionismo nesta acepção como “a concepção segundo a qual é uma missão legítima do Estado fazer com que os indivíduos aceitem e materializem ideais válidos de virtude pessoal¹⁷⁵”. John Rawls elabora uma distinção entre “liberalismo político” (*political liberalism*) e “liberalismo perfeccionista” (*perfectionist liberalism*), classificando o último como uma modalidade de perfeccionismo filosófico, isto é, uma doutrina filosófica abrangente que “inclui concepções do que é valioso na vida humana, bem como ideais de virtude e caráter pessoais, que definem grande parte de nossa conduta não-política (no limite, nossa vida como um todo)¹⁷⁶”.

Segundo Maria Clara Dias, o perfeccionismo representa, em linhas gerais, “uma perspectiva moral que busca responder à indagação do que seja uma boa vida¹⁷⁷” e, sob um ponto de vista político, significa que o Estado deve promover ou sancionar uma determinada concepção ética de bem individual ou coletivo, opondo-se, portanto, ao princípio fundamental do liberalismo político – no sentido propugnado por John Rawls e Ronald Dworkin – que é a neutralidade estatal ante a prioridade valorativa da autonomia individual.

O segundo sentido, sugerido por Cass Sunstein, pode ser encontrado na obra de John Hart Ely¹⁷⁸ e em sua defesa do *judicial review* enquanto teoria destinada a reforçar e aperfeiçoar os compromissos normativos e institucionais de correto funcionamento da democracia representativa ou majoritária. Os defensores desta versão são chamados por Sunstein de perfeccionistas democráticos (*democratic*

¹⁷⁴ FLEMING, James E. The incredible shrinking constitutional theory: from the partial constitution to the minimal constitution. *Fordham Law Review*, v. 75, p. 2885-2920, 2007.

¹⁷⁵ NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos: um ensayo de fundamentación*. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1989, p. 413.

¹⁷⁶ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2ª Ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 222.

¹⁷⁷ DIAS, Maria Clara. Perfeccionismo. In: *Dicionário de Filosofia Moral e Política*. Instituto de Filosofia da Linguagem. Mimeo.

¹⁷⁸ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

perfectionists) ao insistir que “a Suprema Corte deve atuar de modo agressivo quando os pré-requisitos da democracia estão em risco¹⁷⁹”. Neste sentido, Ely compreende a constituição norte-americana como um documento que garante, em primeiro lugar, “uma estrutura duradoura para a contínua resolução das disputas entre diferentes cursos de ação política¹⁸⁰”, destacando, com especial ênfase, “questões procedimentais e estruturais, e não [...] identificar e preservar valores substantivos específicos¹⁸¹”.

A Suprema Corte deve adotar, assim, uma orientação “antitruste” – em oposição a uma orientação “reguladora” preocupada em identificar valores substantivos últimos – destinada a garantir que todos tenham voz e igual participação no processo, podendo atuar de modo legítimo em duas situações com objetivo de garantir o correto funcionamento das pré-condições democráticas do sistema representativo: (a) em primeiro lugar, quando os incluídos no processo deliberativo obstruem os canais de mudança política de modo a manter sua inclusão e perpetuar a exclusão de grupos políticos e sociais adversários; (b) em segundo lugar, quando os representantes majoritários sistematicamente põem em situação de desvantagem alguma minoria, devido à hostilidade, preconceito ou recusa deliberada em reconhecer interesses comuns e, portanto, negam de modo reiterado a proteção que o sistema representativo dispensa a outros grupos¹⁸².

Em terceiro lugar, James E. Fleming aponta uma versão substancialista do perfeccionismo, em oposição ao perfeccionismo procedimental de John Hart Ely, que defende uma “teoria substantiva e perfeccionista da Constituição (*substantive Constitution-perfecting theory*), uma teoria que não reforça apenas as liberdades procedimentais (relacionadas com a democracia deliberativa), mas também liberdades substantivas (relacionadas com a autonomia deliberativa) incorporada em

¹⁷⁹ SUNSTEIN, Cass. *Radicals in robes: why extreme right-wing courts are wrong for America*. New York: Basic Books, p. 38.

¹⁸⁰ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 119.

¹⁸¹ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 122. Na página 131 da presente obra, Ely resume os dois temas fundamentais presentes na constituição norte-americana desde o começo: “a garantia de um processo político aberto a todos, em condições de igualdade, e a conseqüente imposição aos representantes do dever de dedicar tanto à maioria quanto às minorias a mesma consideração e respeito”.

¹⁸² ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 137.

nossa Constituição e pressuposta por nossa democracia constitucional¹⁸³”. Fleming ressalta o elemento “confiança” inscrito na democracia constitucional em oposição à “desconfiança” sobrevalorizada pela teoria de John Hart Ely em sua versão representativa da democracia. Deste modo, a democracia constitucional, em oposição à perspectiva majoritária, deve assegurar e respeitar não apenas as pré-condições procedimentais para a correção da democracia deliberativa, mas também os pré-requisitos necessários para a autonomia deliberativa.

Em síntese, “a Constituição deve ser interpretada como incorporando um esquema de liberdades básicas que são pré-condições para a confiança dos resultados dos processos políticos¹⁸⁴”. Este sentido é denominado por Cass Sunstein de “perfeccionismo de direitos” (*rights perfectionism*), pois defende que a constituição deve ser interpretada no sentido de “proteger os elementos essenciais da dignidade humana, incluindo o direito de realizar as escolhas mais fundamentais [por exemplo, as liberdades de escolha sexual e reprodutiva] de modo livre de constrangimentos por parte do governo¹⁸⁵”.

Em quarto lugar, o perfeccionismo pode ser compreendido como uma determinada teoria sobre a interpretação constitucional. Neste sentido, a Constituição deve ser interpretada em sua “melhor luz construtiva” (*best construtive light*), transformando-a “no melhor que ela pode ser” (*to make the best it can be*) com fundamento nos materiais jurídicos existentes. A presente modalidade de perfeccionismo intitula-se “perfeccionismo interpretativo” (*interpretive perfectionism*), sendo tradicionalmente relacionada com a perspectiva de Ronald Dworkin e sua defesa do conceito de integridade¹⁸⁶ e de sua proposta de leitura moral da Constituição norte-americana¹⁸⁷.

¹⁸³ FLEMING, James E. The incredible shrinking constitutional theory: from the partial constitution to the minimal constitution. *Fordham Law Review*, v. 75, p. 2885-2920, 2007, p. 2888-2889.

¹⁸⁴ FLEMING, James E. The incredible shrinking constitutional theory: from the partial constitution to the minimal constitution. *Fordham Law Review*, v. 75, p. 2885-2920, 2007, p. 2889.

¹⁸⁵ SUNSTEIN, Cass. *Radicals in robes: why extreme right-wing courts are wrong for America*. New York: Basic Books, p. 39.

¹⁸⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 271-332.

¹⁸⁷ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo B. Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 01-60.

James Fleming, em importante obra na qual estabelece um diálogo crítico com Cass Sunstein, defende esta perspectiva ao propor uma teoria constitucional perfeccionista, inspirada no pensamento de John Rawls, capaz de assegurar os compromissos normativos da democracia constitucional e da autonomia deliberativa¹⁸⁸. Cass Sunstein denomina esta versão como “perfeccionismo de primeira ordem” (*first-order perfectionism*) que pressupõe “cortes olímpicas” (*Olympian courts*), infalíveis e capazes de prever a repercussão social e econômica de suas decisões, “capazes de gerar uma melhor gama de direitos e instituições, criando, ao mesmo tempo, as pré-condições para a democracia e a autonomia¹⁸⁹”. James E. Fleming confere especial significado para a noção de “autonomia deliberativa”, segundo a qual a proteção judicial e o reconhecimento de novos direitos fundamentais individuais – inclusive direitos implícitos no texto e na prática constitucionais – devem abarcar todas as decisões existenciais tomadas pelos indivíduos no exercício plenamente autônomo de sua capacidade para escolha e concretização de uma determinada concepção de bem.

Em quinto, há um tipo de perfeccionismo que James E. Fleming atribui à obra de Henry P. Monaghan, em seu artigo intitulado “*Our Perfect Constitution*”, no sentido de “teorias constitucionais que defendem que a Constituição, propriamente entendida, exige os resultados recomendados pela teoria política normativa defendida pelo teórico¹⁹⁰”. Esta modalidade de perfeccionismo é mais ampla do que o perfeccionismo interpretativo (*interpretive perfectionism*), por não considerar com a devida atenção os limites determinados pelas dimensões de adequação (*fit*) e justificação (*justification*) ao material jurídico constitucional pré-existente. Em regra, este sentido destaca a visão de que o texto constitucional, assim como o material jurídico infra-constitucional existente (leis, precedentes e costumes), corretamente interpretados produzirão resultados hermenêuticos em sintonia com as demandas e parâmetros normativos estipulados por teorias políticas de justificação de matriz liberal.

¹⁸⁸ Cf. FLEMING, James E. *Securing constitutional democracy: the case of autonomy*. Chicago: University of Chicago Press, 2006, p. 89-111.

¹⁸⁹ SUNSTEIN, Cass. Second-order perfectionism. *Public Law and Legal Theory Working Paper*, n. 144, p. 01-25, dec. 2006, p. 03.

¹⁹⁰ FLEMING, James E. The incredible shrinking constitutional theory: from the partial constitution to the minimal constitution. *Fordham Law Review*, v. 75, p. 2885-2920, 2007, p. 2890.

Em sexto lugar, há uma dimensão do perfeccionismo liberal que James Fleming intitula “*taking rights seriously liberalism*” que ressalta não o conteúdo dos direitos fundamentais constitucionais, mas o seu caráter rígido, entrincheirado, imune a restrições na hipótese de colisões com políticas (*policies*) orientadas pela promoção de metas ou bens coletivos. Ronald Dworkin pode ser incluído como um representante desta corrente (em um sentido fraco¹⁹¹) ao conferir prioridade aos argumentos de princípios frente aos argumentos baseados em políticas, cabendo ao Judiciário atuar como fórum de princípio e guardião por excelência dos direitos individuais liberais concebidos como trunfos frente considerações de bem-estar geral da comunidade¹⁹². Fleming identifica uma versão forte desta dimensão do perfeccionismo liberal, denominada “*rights-absolutist liberals*”¹⁹³ (liberais defensores dos direitos em um sentido absoluto), perspectiva esta marcada pelo caráter anti-pragmático, crítico do utilitarismo liberal, absolutamente contrária à ponderação (*balancing*) entre direitos individuais, bens e interesses coletivos como segurança nacional, combate ao terrorismo, saúde pública, *etc.*

Em sétimo lugar, Fleming relaciona o perfeccionismo com o ativismo judicial agressivo em termos de proteção de direitos e liberdades individuais. Em um sentido político liberal, o perfeccionismo ativista opõe-se a uma postura de deferência do Poder Judiciário em relação aos resultados legislativos dos processos de deliberação democrática¹⁹⁴.

Por último, há um significado amplo do perfeccionismo apontado por James E. Fleming ao aduzir que “toda teoria é, em última instância, perfeccionista no sentido de que seus proponentes argumentam que a adoção e aplicação da referida teoria aperfeiçoará a ordem constitucional, fazendo com que a Constituição seja o

¹⁹¹ James E. Fleming não classifica Ronald Dworkin como um representante da corrente intitulada “rights-absolutist liberals”, definida adiante.

¹⁹² DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís C. Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 101: “Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral -, e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais”.

¹⁹³ FLEMING, James E. The incredible shrinking constitutional theory: from the partial constitution to the minimal constitution. *Fordham Law Review*, v. 75, p. 2885-2920, 2007, p. 2891.

¹⁹⁴ FLEMING, James E. The incredible shrinking constitutional theory: from the partial constitution to the minimal constitution. *Fordham Law Review*, v. 75, p. 2885-2920, 2007, p. 2891.

melhor que ela pode ser em um sentido geral¹⁹⁵”. Neste sentido, todo modelo ou abordagem teórica de interpretação constitucional – leitura moral, pragmatismo, formalismo, minimalismo ou originalismo, por exemplo – são também perfeccionistas por defenderem uma perspectiva hermenêutica que promoverá a melhor leitura – ou a interpretação correta – do texto constitucional. Cass Sunstein elabora uma distinção entre perfeccionismo de primeira ordem, já apresentado, e o perfeccionismo de segunda ordem (*second-order perfectionism*), ou seja, “uma forma de perfeccionismo que atenta para os limites institucionais daqueles encarregados de interpretar a Constituição¹⁹⁶”.

O perfeccionismo, conforme exposto, possui diferentes significados na filosofia moral, filosofia política, teoria da constituição e hermenêutica constitucional. Em seguida, serão apresentadas três dimensões do perfeccionismo levando em consideração três distintos objetos de análise conceitual: a Constituição, instituições em geral e, em particular, a instituição judiciária.

2. 2. Dimensões do perfeccionismo

É possível distinguir três dimensões do perfeccionismo tendo em vista três diferentes objetos de análise: o perfeccionismo constitucional, institucional e judicial. O perfeccionismo constitucional consiste na perspectiva teórica que defende que o texto constitucional deve ser interpretado em um sentido moral amplo, à luz da moralidade política definida como uma “comunidade de princípios¹⁹⁷”, justificando o material jurídico existente em sua melhor luz construtiva¹⁹⁸ (*in their best constructive light*).

O perfeccionismo institucional, por sua vez, representa uma dimensão do perfeccionismo em geral que sobrevaloriza as capacidades interpretativas, informativas, motivacionais e decisórias de uma determinada instituição social,

¹⁹⁵ FLEMING, James E. The incredible shrinking constitutional theory: from the partial constitution to the minimal constitution. *Fordham Law Review*, v. 75, p. 2885-2920, 2007, p. 2891.

¹⁹⁶ SUNSTEIN, Cass. Second-order perfectionism. *Public Law and Legal Theory Working Paper*, n. 144, p. 01-25, dec. 2006, p. 05.

¹⁹⁷ DWORKIN, Ronald. *Império do Direito*. Tradução de Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 254 *et seq.*

¹⁹⁸ DWORKIN, Ronald. *Império do Direito*. Tradução de Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. XI.

desconsiderando os importantes problemas acerca dos déficits de agregação e processamento de informações de diferentes áreas, falibilismo decisório, efeitos sistêmicos não previstos produzidos pelas decisões sobre outros atores e instituições sociais e, ainda, déficits de legitimação em termos de justificação de suas decisões. Esta perspectiva, em síntese, procurar descrever e definir as instituições a partir de uma reconstrução filosófica de seus elementos normativos, enfatizando, assim, uma imagem ideal ou contrafática das mesmas.

O perfeccionismo judicial é uma espécie do perfeccionismo institucional que representa o principal objeto de análise teórica ao longo do presente capítulo. Neste sentido, podemos citar a perspectiva de Ronald Dworkin como exemplo de teoria interpretativa idealizadora do Poder Judiciário sem maiores preocupações institucionais, ou seja, alheia à chamada “virada institucionalista”¹⁹⁹ (*institutionalist turn*). Segundo Cass Sunstein e Adrian Vermeule, “a questão [para Dworkin] é como um juiz ideal lida com problemas interpretativos – não como um juiz real, que opera como parte de um colegiado decisório integrado por múltiplos atores e que devem proceder em face da incerteza”²⁰⁰.

A dimensão judicial do perfeccionismo preconiza, assim, uma aproximação seletiva entre a atividade jurisdicional e a atividade dos filósofos. A aproximação seletiva não significa, no entanto, a confusão entre a função judicial e a postura filosófica. Temas constitucionais controvertidos devem ser analisados, justificados e decididos com suporte em considerações profundas, amplas e coerentes de ordem filosófica, tornando mais estreitas as relações entre Direito, Filosofia Política, Teoria Política e Teoria da Justiça. Os juízes, especialmente no campo do Direito Público, decidem questões, resolvem problemas e abordam assuntos que são objetos freqüentes dos estudos da filosofia.

No âmbito constitucional, a abordagem e o posicionamento sobre questões filosóficas profundamente controvertidas são inevitáveis, inclusive em casos difíceis decididos ou sob análise pelo Supremo Tribunal Federal (por exemplo, interrupção de parto na hipótese de fetos anencéfalos, reconhecimento da união estável

¹⁹⁹ Cf. VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Massachusetts, Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 63-85. Segundo o autor, teorias hermenêuticas abstratas precisam ser complementadas com uma análise operacional sobre as capacidades institucionais (cognitivas, motivacionais, etc) dos atores envolvidos, os efeitos sistêmicos produzidos, a repercussão sobre atores privados e sociedade em geral, assim como os problemas da incerteza, erro e custos da decisão.

²⁰⁰ SUNSTEIN, Cass R. VERMEULE, Adrian. *Interpretation and institutions*. Public Law and Legal Theory Working Paper, n. 28, p. 01-55, 2002, p. 15.

homoafetiva, pesquisa com células-tronco embrionárias, ações afirmativas em instituições públicas, discurso de ódio e liberdade de expressão, dentre outros). Segundo Dworkin, juízes e filósofos têm muito em comum: ambos analisam, sistematizam e explicitam conceitos e princípios fundamentais sobre os quais a moralidade política e o próprio sistema jurídico estão assentados²⁰¹.

Entretanto, Dworkin não recomenda que os juízes devam se transformar em especialistas em filosofia ou discípulos de uma determinada corrente filosófica. Além disso, em uma sociedade democrática os acórdãos e sentenças judiciais não podem compartilhar a linguagem excessivamente técnica – em muitos casos, também hermética – típica das teorias e dos debates acadêmicos na filosofia. Defende, assim, uma transformação na cultura jurídica no sentido de acolher como argumentos relevantes não apenas aqueles baseados no direito positivo (argumentos jurídicos), mas também argumentos filosóficos de ordem moral²⁰².

Segundo o autor, a necessidade de uma postura filosófica mais sensível por parte dos juristas decorre de três considerações de ordem prática, experimentadas pelos operadores do direito em seu cotidiano de atividade profissional: em primeiro lugar, o reconhecimento de que os conceitos utilizados em casos difíceis são complexos, indeterminados e avaliativos e que não é possível uma definição plenamente satisfatória – por exemplo, sob a forma de uma regra jurídica – capaz de imunizá-los contra posteriores revisitações e valorações à luz do contexto concreto do caso e transformações sociais; em segundo lugar, a compreensão de que a adoção de quaisquer “atalhos” (intenção original, significado original, significado convencional, texto normativo) supostamente capazes de evitar a necessidade de argumentos filosóficos – por exemplo, originalismo, textualismo ou formalismo – consistirá em um expediente teórico falho; por último, o entendimento de que é necessário escolher entre os princípios concorrentes para a explicação e justificação de um conceito constitucional, e que as escolhas realizadas dever ser expostas argumentativamente, defendidas e justificadas de modo coerente e transparente²⁰³.

²⁰¹ DWORKIN, Ronald. Must our judges be philosophers? Can they be philosophers? New York Council for the Humanities Scholar of The Year Lecture, 2000, p. 02.

²⁰² DWORKIN, Ronald. Must our judges be philosophers? Can they be philosophers? New York Council for the Humanities Scholar of The Year Lecture, 2000, p. 03

²⁰³ DWORKIN, Ronald. Must our judges be philosophers? Can they be philosophers? New York Council for the Humanities Scholar of The Year Lecture, 2000, p. 04.

Ronald Dworkin argumenta que as Faculdades de Direito constituem um local privilegiado para o desenvolvimento de estudos filosóficos menos abstratos e conscientes das reais implicações sociais dos diferentes princípios políticos e morais em disputa. Em síntese, a proposta do autor consiste em estimular a sensibilidade filosófica dos magistrados – e operadores do direito em geral – em relação à formulação, reconstrução e compreensão dos princípios fundamentais que subjazem à moralidade pública de uma determinada comunidade política²⁰⁴.

O perfeccionismo judicial defende, assim, a importância da argumentação filosófica e das razões morais para a identificação, interpretação e decisão dos principais temas constitucionais presentes nos casos difíceis, quais sejam: dignidade, liberdade, igualdade, propriedade, vida, Estado, responsabilidade, autonomia, entre outros.

Segundo James E. Fleming e Sotirios A. Barber, a Constituição representa para Dworkin uma “carta de conceitos morais abstratos²⁰⁵” e qualquer teoria hermenêutica não pode evitar escolhas e valorações filosóficas, pois “independentemente da abordagem, uma escolha filosófica apresenta-se inevitável em algum nível, e acreditamos que tais escolhas, para serem responsáveis, devem ser explicadas e defendidas, o que significa uma submissão aos processos filosóficos²⁰⁶”. Em suma, Dworkin preconiza uma fusão hermenêutica entre Direito Constitucional e Filosofia Moral²⁰⁷.

As perspectivas teóricas críticas do perfeccionismo pretendem defender a separação entre a função judicial e a atividade ou postura filosófica dos magistrados sobre temas políticos, morais, econômicos, científicos e sociais complexos. Neste sentido, explicita Dworkin, cabe ressaltar o florescimento do “novo formalismo” cujo principal objetivo é reduzir o espaço de discricionariedade do intérprete judicial por intermédio da restrição de escolhas, opções e decisões baseadas em considerações políticas e morais, de ordem filosófica, que transcendam o significado convencional

²⁰⁴ DWORKIN, Ronald. Must our judges be philosophers? Can they be philosophers? New York Council for the Humanities Scholar of The Year Lecture, 2000.

²⁰⁵ BARBER, Sotirios A. FLEMING, James E. *Constitution interpretation: the basic questions*. New York: Oxford University Press, 2007. p. 33.

²⁰⁶ BARBER, Sotirios A. FLEMING, James E. *Constitution interpretation: the basic questions*. New York: Oxford University Press, 2007. p. 62.

²⁰⁷ BARBER, Sotirios A. FLEMING, James E. *Constitution interpretation: the basic questions*. New York: Oxford University Press, 2007. p. 77.

ou ordinário do texto normativo. Dworkin menciona como manifestações do “novo formalismo” o originalismo de Antonin Scalia²⁰⁸, o formalismo de Frederick Schauer²⁰⁹ e o minimalismo judicial proposto por Cass Sunstein. É possível incluir também como perspectivas teóricas vinculadas ao “novo formalismo” a virada institucionalista e a defesa de um “Direito Constitucional codificado” pelo legislador propugnadas por Adrian Vermeule²¹⁰.

As estratégias formalistas de restrição da discricionariedade judicial são variadas²¹¹: de um ponto de vista legislativo, há a preferência por normas jurídicas positivadas sob a forma de regras, caracterizadas por razões peremptórias e excludentes, cujos fins, interesses e valores subjacentes já foram ponderados de antemão pelo legislador ordinário. Segundo uma perspectiva institucionalista, o “novo formalismo²¹²” destaca as vantagens institucionais comparativas dos Poderes Legislativo e Executivo no processo de atualização da Constituição, concretização de seu significado e preenchimento de eventuais lacunas normativas por intermédio de emendas constitucionais e produção de leis infraconstitucionais. Todas as abordagens teóricas supramencionadas procuram responder negativamente à pergunta sobre se os magistrados devem tecer considerações filosóficas mais profundas no momento de delimitação do sentido e do alcance dos textos normativos²¹³, opondo-se, assim, ao perfeccionismo judicial.

²⁰⁸ SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation*. Princeton: Princeton University Press, 1997.

²⁰⁹ SHAUER, Frederick. *Playing by the rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. New York: Oxford University Press, 1993.

²¹⁰ Cf. VERMEULE, Adrian. *Law and the limits of reason*. New York: Oxford University Press, 2009.

²¹¹ VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Massachusetts, Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 01-12. O autor propõe, em síntese, uma nova versão do formalismo jurídico que não remonta ao tradicional formalismo positivista preconizado pela chamada jurisprudência dos conceitos (que Adrian Vermeule define, por sua vez, como uma modalidade de conceitualismo, objeto de crítica pelo autor), que defendia uma dedução lógica das regras jurídicas aplicáveis ao caso concreto a partir de conceitos abstratos ou categorias fundamentais, *a priori*, tais como “natureza dos contratos”, “propriedade” e “Estado de Direito”. Vermeule propõe uma defesa contingente do formalismo, isto é, atenta às particularidades do caso concreto, o qual propõe (a) que juízes devem seguir o significado específico e claro dos textos legais, nas hipóteses em que possuam um sentido claro e específico e (b) prestar deferência às interpretações elaboradas pelo Poder Legislativo e agências executivas, quando os textos legais não possuírem um sentido claro e específico.

²¹² Cf. VERMEULE, Adrian. *Law and the limits of reason*. New York: Oxford University Press, 2009.

²¹³ DWORKIN, Ronald. Must our judges be philosophers? Can they be philosophers? New York Council for the Humanities Scholar of The Year Lecture, 2000, p. 11-14.

2. 3. Fundamentos filosóficos do perfeccionismo judicial

O modelo perfeccionista de função judicial possui uma estreita relação com o construtivismo enquanto um método filosófico que procura superar o clássico debate epistemológico centrado na dicotomia objetividade/relatividade do conhecimento científico, gerando importantes repercussões sobre o debate acerca da natureza do conhecimento jurídico e, portanto, sobre a própria definição do conceito de direito.

Segundo Vittorio Villa, o construtivismo representa uma tentativa de responder aos desafios epistemológicos postos, por um lado, pelo realismo metafísico e, pelo outro, pelo relativismo. Deste modo, seu principal objetivo é oferecer uma terceira via intermediária entre as alternativas propostas pelo realismo e antirrealismo, objetivismo e relativismo²¹⁴ epistemológicos. O construtivismo enquanto teoria epistemológica possui desdobramentos em diferentes áreas do conhecimento, cada qual com métodos particulares²¹⁵. O contexto histórico-filosófico de surgimento do construtivismo pós-positivista insere-se em uma proposta geral de reformulação da filosofia de inspiração analítica após a crise do neopositivismo de caráter lógico-empirista na década de 60 no século passado. Para o autor, o construtivismo pós-positivista é uma teoria geral do conhecimento e não simplesmente uma teoria da ciência, ou seja, não se restringe somente às questões teóricas ao abarcar, outrossim, as questões práticas sobre o agir humano. Duas são as características fundamentais do construtivismo: a noção de pluralismo dos esquemas conceituais e a de vínculos da atividade cognoscitiva. Neste sentido, explicita Villa:

Em substância, o construtivismo pretende configurar o conhecimento como uma atividade que pode articular-se em torno de diversos esquemas conceituais (para cada particular campo da experiência) e que, em consequência, pode desenvolver diversas 'leituras interpretativas' das diferentes porções da realidade, mas o faz de um modo regulamentado por vínculos precisos (não há nunca uma proliferação incontrolada, nem uma rígida uniformidade).²¹⁶

²¹⁴ VILLA, Vittorio. Constructivismo y teoria del derecho. *DOXA*, v. 22, 1999, p. 286.

²¹⁵ Neste sentido, Villa identifica oito significados diferentes para o construtivismo, quais sejam: construtivismo ético-político, construtivismo da ordem social, construtivismo institucional, construtivismo sistêmico, construtivismo social, construtivismo empírico, construtivismo sociológico e construtivismo pós-positivista. Cf. VILLA, Vittorio. *Construttivismo e teorie del diritto*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1999, p. 36-81.

²¹⁶ VILLA, Vittorio. Constructivismo y teoria del derecho. *DOXA*, v. 22, 1999, p. 287.

O construtivismo tem seu ponto de partida na ideia de que o conhecimento racional sempre é produzido a partir de um ponto de vista situado em um determinado contexto. Não é possível, assim, colocar-se em uma espécie de “exílio cósmico” (*cosmic exile*) ou assumir um ponto de vista supostamente divino (*God’s eye view*) como requisito necessário para um conhecimento puramente objetivo. Conforme Vittorio Villa, não dispomos de um ponto de vista externo a partir do qual seja possível determinar objetivamente quais de nossas possíveis descrições correspondem a um mundo que, segundo o realismo metafísico, é integralmente pré-constituído em sua composição (em termos de objetos, propriedades e relações) independentemente de nossa intervenção cognoscitiva²¹⁷.

Ao contrário da perspectiva epistemológica realista que defende a existência de um mundo objetivo pré-constituído e pré-interpretativo²¹⁸, o conhecimento – tanto teórico quanto prático – depende da intermediação de esquemas conceituais, ou seja, “conjuntos de crenças de diversos tipos hierarquicamente organizadas e relativas a uma determinada porção de realidade; crenças que se expressam em conceitos, concepções, teorias, generalizações empíricas, etc)”²¹⁹, que oferecem reconstruções interpretativas de um determinado âmbito da experiência. Segundo a perspectiva construtivista, “a realidade nunca contém auto-descrições: [a realidade] é suficientemente maleável para permitir reconstruções diversas em função do contexto histórico-cultural em que nos movemos”²²⁰. Desta forma, a relação com a realidade nunca é transparente ou de correspondência, posicionando-se o construtivismo, portanto, de modo crítico em relação à tese da verdade como correspondência defendida pelo realismo metafísico. Segundo o paradigma construtivista, não é possível separar o conhecimento (natural ou cultural) da

²¹⁷ VILLA, Vittorio. Constructivismo y teoría del derecho. *DOXA*, v. 22, 1999, p. 287.

²¹⁸ VILLA, Vittorio. Constructivismo y teoría del derecho. *DOXA*, v. 22, 1999, p. 289, grifo no original, tradução nossa. Para o autor, o realismo metafísico propõe uma concepção de linguagem em um sentido descritivo (*descriptivista*): “uma concepção segundo a qual a linguagem cognoscitiva genuína é a que se esforça para refletir e reproduzir a realidade tal como ela é (a metáfora da *mente como espelho*)”. Em sentido diverso, o construtivismo afirma que “descrições puras” não existem: “toda descrição descende de um esquema interpretativo, com apoio em uma prévia reconstrução seletiva de campo. A mente não é um espelho, mas um *refletor*: lança feixes de luzes artificiais que somente podem iluminar alguma coisa ao preço de deixar outras no escuro”.

²¹⁹ VILLA, Vittorio. Constructivismo y teoría del derecho. *DOXA*, v. 22, 1999, p. 287.

²²⁰ VILLA, Vittorio. Constructivismo y teoría del derecho. *DOXA*, v. 22, 1999, p. 288.

interpretação. Consoante Vittorio Villa, a interpretação – em geral, mas também a jurídica em particular – significa:

(...) 'um processo através do qual com a ajuda de certas categorias e de certos pressupostos de 'fundo' atribui-se a certo elemento ou dado (ou a um conjunto de elementos ou dados), um determinado significado no interior de uma rede de noções interconectadas entre si'. Neste sentido, pode ser dito perfeitamente que a atividade interpretativa acompanha sempre o conhecimento, desde a fase de *individualização de objetos singulares* que formam parte de certo campo da experiência, passando pela fase de *reconhecimento de suas propriedades relevantes*, até a fase de *busca por princípios e leis* que guiam sua classificação e, em algumas ocasiões (para certo tipo de objetos), seu 'comportamento'²²¹.

À primeira vista o construtivismo pós-positivista pode ser vislumbrado como uma concepção relativista em razão da natureza plural e contextual dos esquemas conceituais anteriormente mencionados. Contudo, tal perspectiva não é uma concepção relativista²²², já que para o construtivismo as crenças de caráter cognoscitivo (em especial, sobre questões práticas) são sustentadas por um consenso compartilhado pelos membros de uma comunidade a partir de critérios intrínsecos ao próprio esquema conceitual. Assim, o esquema conceitual em torno do qual é articulado o conhecimento pressupõe uma interpretação seletiva e reconstrutiva de um determinado campo da experiência (por exemplo, valores e sentimentos morais compartilhados), que resulta na construção – a partir do esquema conceitual – dos objetos que integram o próprio conhecimento²²³.

De acordo com Villa, o caráter anti-relativista da teoria do conhecimento construtivista fundamenta-se na existência de vínculos epistêmicos – coerência, equilíbrio reflexivo, etc – que orientam a seleção e justificação dos esquemas conceituais de um ponto de vista interno – mediante o recurso ao critério de coerência entre os diferentes elementos que integram o esquema conceitual – e de um ponto de vista externo, que remete a elementos parcialmente exteriores ao esquema conceitual (teorias e pressupostos metodológicos, filosóficos e de sentido

²²¹ VILLA, Vittorio. Constructivismo y teoría del derecho. *DOXA*, v. 22, 1999, p. 288.

²²² VILLA, Vittorio. Constructivismo y teoría del derecho. *DOXA*, v. 22, 1999, p. 289, grifo no original, tradução nossa. Segundo o autor: “o construtivismo (...) sustenta frequentemente que os resultados epistemológicos relativistas não outra coisa que o reflexo de compartilhar premissas objetivas *demasiado fortes* (as do realismo metafísico). O relativista seria, neste sentido, *um objetivista ou um realista desenganado* que aceita em linhas gerais as premissas realistas e descritivas, mas que considera que de fato estas não podem ser aplicadas em geral ou em um determinado domínio de objetos, pelo que está obrigado a ser relativista”.

²²³ VILLA, Vittorio. Constructivismo y teoría del derecho. *DOXA*, v. 22, 1999, p. 291-292.

comum que são compartilhados em um dado momento e que somente podem ser alterados mediante uma transformação radical de paradigma de conhecimento)²²⁴.

Em seguida, o autor discute as transformações no âmbito da teoria do direito a partir da aceitação da concepção epistemológica construtivista, ressaltando, em especial, seu impacto inovador sobre a teoria da interpretação jurídica, elemento distintivo do modelo perfeccionista de função judicial. No campo jurídico, o construtivismo representará uma alternativa ao positivismo jurídico exclusivo e, portanto, crítica de sua concepção descritiva e objetivista do fenômeno jurídico. De acordo com a perspectiva descritivista, o Direito é composto essencialmente por objetos em si existentes (tais como, normas, textos normativos ou fatos sociais), ou seja, com existência e configuração autônomas, independentemente das práticas cognoscitivas, interpretativas e argumentativas referidas a tais objetos. Indiretamente, o descritivismo conduz a uma postura relativista, segundo a qual o Direito é, em última instância, fruto de decisões históricas, convencionais e contingentes adotadas pelas autoridades estatais²²⁵. Neste sentido, o descritivismo no âmbito jurídico admite a existência de diferentes dicotomias – tais como, “descrever” e “adotar uma postura frente ao direito”, “juízos empíricos” e “juízos valorativos sobre o direito”, “descobrir significados pré-existentes” e “criar novos significados” – que, por sua vez, serão objeto de crítica e tentativa de superação metodológica pelo construtivismo jurídico²²⁶.

O construtivismo jurídico ergue a tese de que “as teorias jurídicas não podem pretender jamais representar o Direito ‘tal como é na realidade social’ (qualquer coisa que isto seja)”²²⁷. Ao contrário, as teorias jurídicas, conforme o construtivismo, oferecem reconstruções seletivas e orientadas ao campo da experiência jurídica, substituindo o ideal de verdade como correspondência pela noção de coerência, segundo o qual se verifica a adequação da reconstrução conforme a um conjunto complexo de critérios epistêmicos. Para o Vittorio Villa, o construtivismo é o pressuposto filosófico de teorias jurídicas – pós-positivistas ou adeptas de um

²²⁴ VILLA, Vittorio. Constructivismo y teoría del derecho. *DOXA*, v. 22, 1999, p. 292-293.

²²⁵ VILLA, Vittorio. Constructivismo y teoría del derecho. *DOXA*, v. 22, 1999, p. 294-295.

²²⁶ VILLA, Vittorio. Constructivismo y teoría del derecho. *DOXA*, v. 22, 1999, p. 295.

²²⁷ VILLA, Vittorio. Constructivismo y teoría del derecho. *DOXA*, v. 22, 1999, p. 295.

positivismo inclusivo ou *soft positivism*²²⁸ – que compreendem “o direito como prática social”²²⁹. Segundo Villa, a ideia central dessa perspectiva é a de que:

O Direito é antes de tudo um conjunto de práticas, de caráter cognoscitivo, interpretativo, argumentativo, etc., em vez de um conjunto de objetos; estes últimos são sempre resultados contingentes do trabalho a partir das práticas. A ideia de ‘práticas’ é, em definitivo, logicamente anterior a de objeto.
(...) Neste sentido, poderia ser dito que o Direito existe na medida em que é usado socialmente pelos membros de uma comunidade (...) como critério guia dos comportamentos.²³⁰

Diante de tal perspectiva que identifica o direito como um conjunto interpretativo de práticas sociais²³¹, o construtivismo contribui para a crítica, conforme foi mencionado, de algumas dicotomias tradicionais persistentes no âmbito da teoria do direito. Neste sentido, como alternativa à clássica separação entre descrição e prescrição ou justificação na teoria jurídica, há a introdução da “tese da necessária presença de – alguns tipos – juízos de valor no interior do conhecimento jurídico”²³².

Villa desenvolve o argumento em quatro partes: a primeira parte é denominada “tese mínima sobre os juízos de valor”, de acordo com a qual carece de fundamento a proibição (descritivista e, também, positivista em seu sentido conceitual²³³) imposta pelo princípio da neutralidade – defensor de uma descrição avaliativa – para toda espécie de conhecimento. Em segundo lugar, há o “duplo

²²⁸ Vittorio Villa inclui o positivismo inclusivo de Herbert Hart e seus desenvolvimentos teóricos sobre a natureza das regras sociais e, em especial, sobre a regra de reconhecimento no âmbito jurídico concebida como prática social responsável pela identificação do direito positivo no campo das teorias construtivistas baseadas na prática social: “Como é sabido, para Hart a condição de verdade de afirmações tais como ‘uma determinada regra social x existe em um determinado contexto espaço-temporal e no interior de uma determinada comunidade z’ é caracterizada pelo fato de que em torno dela seja produzida a convergência de atitudes de tipo crítico-reflexivo de uma porção significativa dos membros da comunidade de referência (o ‘ponto de vista interno’ dos participantes). (...) Para Hart, a aceitação da regra constitui o pressuposto de sua existência social” (VILLA, Vittorio. *Constructivismo y teoría del derecho*. DOXA, v. 22, 1999, p. 297).

²²⁹ VILLA, Vittorio. *Constructivismo y teoría del derecho*. DOXA, v. 22, 1999, p. 296.

²³⁰ VILLA, Vittorio. *Constructivismo y teoría del derecho*. DOXA, v. 22, 1999, p. 296.

²³¹ Perspectiva que define de modo preciso, por exemplo, a concepção interpretativa acerca do conceito de direito desenvolvida por Ronald Dworkin que será apresentada adiante.

²³² VILLA, Vittorio. *Constructivismo y teoría del derecho*. DOXA, v. 22, 1999, p. 298.

²³³ A tese do positivismo conceitual, aceita por todo e qualquer positivista e, portanto, a única tese necessária para a definição conceitual do positivismo jurídico, pode ser apresentada nos seguintes termos: “1) Para que um determinado sistema normativo receba o nome de direito, ou que uma determinada norma seja qualificada como jurídica, não é necessário que passe pelo escrutínio de critérios ou testes morais. Para identificar uma norma como jurídica e portanto como existente e válida deve-se investigar suas fontes e não o seu mérito” (Cf. STRUCHINER, Noel. Algumas ‘proposições fulcrais’ acerca do Direito: o debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo. In: MAIA, Antônio C. et al. (Orgs.) *Perspectivas atuais da filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005, p. 409-410).

nível hermenêutico”, pois os valores não estão presentes somente no método de abordagem e de aproximação ao objeto estudado (no caso, as normas jurídicas), mas estão presentes no próprio objeto sob análise. Em seguida, há a reafirmação da tese construtivista segundo a qual “o conhecimento opera sempre através da mediação de esquemas conceituais que ministram reconstruções de campo de caráter interpretativo-seletivo”²³⁴. A quarta e última parte do argumento enuncia a “tese forte sobre os valores”: o jurista deve necessariamente intervir com juízos valorativos quando o objeto de seu conhecimento encontra-se constituído, também, por valores. Segundo Vittorio Villa:

Há em definitivo a necessidade de valores para tratar adequadamente com valores. Os juízos de valor, para o jurista-intérprete, são neste sentido necessários para atribuir um significado preciso a tais valores, para colocá-los em alguma ordem hierárquica, para estabelecer relações de relevância e importância.

O argumento apresentado acima permite vislumbrar a atividade do jurista a partir de um abrandamento da distinção entre descrição e prescrição no direito, possibilitando uma conexão entre a dimensão cognoscitiva do trabalho teórico-analítico do jurista e uma dimensão de crítica reflexiva. Neste sentido, aduz Vittorio Villa, “para o jurista estudar certo direito positivo significa, necessária e contextualmente, considerá-lo também como um objeto de intervenções críticas”²³⁵.

O construtivismo fornece subsídios, também, para a superação de outra importante dicotomia no âmbito da teoria hermenêutica, qual seja: a distinção entre “descobrir um significado pré-existente” e “criar um novo significado”, isto é, a oposição entre as teorias formalista e anti-formalista (realista ou cética) sobre a interpretação jurídica. De um modo inovador, a perspectiva construtivista propõe uma teoria do significado alternativa que reconhece o nexos conceitual entre interpretação e significado²³⁶. Interpretar significa, assim, construir ou reconstruir significados e, ao mesmo tempo, o significado constitui o resultado de um processo complexo de interpretação. Desta forma, a teoria construtivista considera que o “significado tem várias dimensões e nunca é produzido de uma única vez (nem antes nem depois da interpretação)”²³⁷.

²³⁴ VILLA, Vittorio. Constructivismo y teoría del derecho. *DOXA*, v. 22, 1999, p. 299.

²³⁵ VILLA, Vittorio. Constructivismo y teoría del derecho. *DOXA*, v. 22, 1999, p. 300.

²³⁶ VILLA, Vittorio. Constructivismo y teoría del derecho. *DOXA*, v. 22, 1999, p. 301.

²³⁷ VILLA, Vittorio. Constructivismo y teoría del derecho. *DOXA*, v. 22, 1999, p. 301.

No campo da filosofia política, John Rawls contribuiu de modo decisivo para a sistematização, difusão e aplicação do método construtivista tendo em vista a definição de princípios de justiça aptos a reger a estrutura básica de uma sociedade democrática liberal caracterizada pelo fato do pluralismo razoável. Segundo definição de Catherine Audard:

Um traço essencial de uma doutrina construtivista como a teoria da justiça como equidade está em que ela não afirma a existência de fatos morais independentes e anteriores dos quais seus princípios seriam uma aproximação, pois isso teria como consequência a heteronomia. Os princípios de justiça são, ao contrário, o resultado de uma construção que expressa a concepção que têm de si mesmos e da sociedade os cidadãos autônomos de uma democracia.²³⁸

O construtivismo político, apesar de direcionado para a resolução de questões típicas de filosofia política, possui relevantes desdobramentos metodológicos para a análise do fenômeno jurídico, noções de objetividade, razoabilidade e o significado da interpretação jurídica. Segundo o construtivismo político, “depois de obtido o equilíbrio reflexivo (...) os princípios de justiça política (o conteúdo) podem ser representados como o resultado de um certo procedimento de construção (a estrutura)”²³⁹. A perspectiva construtivista possui quatro características fundamentais: em primeiro lugar, os princípios de justiça política constituem o resultado de um processo de construção por intermédio do qual agentes razoáveis, sujeitos a condições restritivas razoáveis, selecionam princípios que disciplinarão a estrutura básica da sociedade definida como um sistema eqüitativo de cooperação social; em segundo lugar, o procedimento de construção situa-se no âmbito da razão prática (isto é, no âmbito das ações e relações humanas) e não no campo da razão teórica (preocupada, por sua vez, com objetos de conhecimento). Em seguida, o construtivismo pressupõe uma concepção de pessoa que, em suas linhas gerais, é identificada com o cidadão razoável – dotado de um senso de justiça e uma concepção do bem – membro de democracias liberais marcadas pelo fato do pluralismo. Por último, substitui a noção forte de verdade (como correspondência) por uma concepção mais fraca de objetividade inscrita na ideia do ‘razoável’. Para John Rawls, o razoável pressupõe um novo ideal de objetividade socialmente construída:

²³⁸ AUDARD, Catherine. Glossário. In: RAWLS, John. *Justiça e democracia*. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 375.

²³⁹ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 134.

Chegamos à ideia de que a objetividade não é dada pelo 'ponto de vista do universo', para empregar a expressão de Sidgwick. A objetividade deve ser compreendida com referência a um ponto de vista social corretamente construído, do qual o contexto fornecido pelo procedimento da posição original é um exemplo. Esse ponto de vista é social sob diversos aspectos. É o ponto de vista publicamente compartilhado pelos cidadãos de uma sociedade bem ordenada, e os princípios que daí decorrem são reconhecidos por eles como vigentes no que diz respeito às reivindicações dos indivíduos e dessas associações. (...) Nesse sentido, o acordo essencial a respeito dos julgamentos de justiça não advém de uma ordem moral anterior e independente, mas da adoção por cada um da mesma perspectiva social determinante.²⁴⁰

O núcleo metodológico do construtivismo é integrado pela noção de equilíbrio reflexivo. Esta noção influenciará, por exemplo, os principais contornos da teoria interpretativa de Ronald Dworkin e, em especial, o importante ideal de integridade política no âmbito do direito. Segundo John Rawls, a avaliação de uma teoria e, conseqüentemente, a sua aprovação e escolha como a mais razoável dentre as alternativas existentes, dependem do necessário alcance de um equilíbrio reflexivo, segundo o qual se procura investigar até que ponto uma doutrina ou concepção teórica, concebida como um todo, identifica e articula entre si as nossas convicções normativas mais firmes e ponderadas, em todos os níveis de generalidade, uma vez realizados todos os ajustes e revisões que pareçam necessários tanto nas convicções quanto nos princípios mais gerais considerados. A concepção teórica que satisfaça esse critério coerentista de objetividade será considerada a doutrina mais razoável e que, portanto, descreverá e justificará os nossos juízos interpretativos ponderados²⁴¹.

Marisa Iglesias Vila, em importante obra sobre o tema, apresenta duas acepções fundamentais da expressão "discrecionalidade judicial". A discrecionalidade forte significa a "possibilidade de eleição entre diferentes cursos de ação igualmente válidos ou admissíveis"²⁴², enquanto que o sentido fraco da expressão designaria "aquelas situações nas quais, ainda que o direito ofereça uma resposta ao caso a ser dirimido, a solução não é óbvia; identificá-la requer um

²⁴⁰ RAWLS, John. O construtivismo kantiano na teoria moral. In: RAWLS, John. *Justiça e democracia*. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 137.

²⁴¹ RAWLS, John. O construtivismo kantiano na teoria moral. In: RAWLS, John. *Justiça e democracia*. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 75.

²⁴² VILA, Maria Iglesias. *El problema de la discreción judicial: una aproximación al conocimiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 28.

processo intelectual complexo”²⁴³. A singularidade da discricionariedade em sentido fraco reside na pressuposição de que existem instrumentos metodológicos para solucionar os problemas semânticos enfrentados pelo intérprete.

O pressuposto filosófico central é o de que, apesar das dificuldades em se definir a solução adequada para o caso já que o material normativo revela-se indeterminado, impreciso, vago, antinômico ou lacunoso, é possível mediante um processo interpretativo-argumentativo alcançar – por meio de construção/reconstrução – uma resposta correta, ou seja, a *melhor* resposta para a solução do caso concreto. Esse enfoque acerca da tese da resposta correta não significa a sua existência prévia, independente do intérprete, pois neste caso haveria um retorno à perspectiva do realismo metafísico. A perspectiva proposta por Ronald Dworkin, segundo Marisa Iglesias Vila, é distinta e caracterizada pelo construtivismo: “[no] contexto da discricionariedade débil (...) o intérprete pode estruturar de modo coerente o conjunto de seu aparato teórico para chegar a uma conclusão interpretativa acerca da resposta jurídica no caso particular”²⁴⁴.

Segundo Marisa I. Vila, “há razões para manter uma visão mais otimista que rechace a ideia de correspondência (...). Esta visão é a que dá um sentido explicativo ao termo ‘verdade’, conectando-o às noções de assertabilidade [ou seja, justificação] e coerência como substitutos da correspondência”²⁴⁵. Neste sentido, um enunciado será verdadeiro quando puder ser justificado e não mais quando corresponder a um mundo exterior natural ou moral. O critério principal de justificação é a coerência que assume a ideia de ajuste ou de equilíbrio entre crenças articuladas e justificadas em sua totalidade como requisito para sua justificação. Assim, uma proposição somente poderá estar justificada por outras proposições no interior de uma estrutura ou esquema conceitual (de conhecimento) compartilhado socialmente. Um conjunto de proposições – teóricas ou práticas – será coerente quando configurar “um todo com sentido unitário e harmônico”²⁴⁶ em

²⁴³ VILA, Maria Iglesias. *El problema de la discreción judicial: una aproximación al conocimiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 26.

²⁴⁴ VILA, Maria Iglesias. *El problema de la discreción judicial: una aproximación al conocimiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 67-68.

²⁴⁵ VILA, Maria Iglesias. *El problema de la discreción judicial: una aproximación al conocimiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 202.

²⁴⁶ VILA, Maria Iglesias. *El problema de la discreción judicial: una aproximación al conocimiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 213.

termos de conexões de caráter indutivo, probabilístico e explicativo ou, em outras palavras, for alcançado um equilíbrio global com relação à “complexa rede de crenças interconectadas de múltiplas formas”²⁴⁷. No sentido acima argumenta a autora:

Por esta razão, uma visão como a do equilíbrio reflexivo é muito atraente porque permite sustentar que há um grupo de crenças mais assentadas, que atuam como justificação de outras menos sólidas, mas que, por sua vez, podem ser derrotadas ou revisadas como consequência de sucessivas incorporações. E isso em prol da coerência global do conjunto como uma estrutura na qual o apoio mútuo entre todas as crenças interrelacionadas permite obter um corpo compacto. Esta parece ser a perspectiva de Dworkin a respeito da justificação de nossas convicções acerca do Direito. Assim, observa, ‘tudo o que pensamos sobre qualquer coisa importante, é uma mistura complexa e estruturada de diferentes classes de crenças e convicções, algumas das quais, em virtude de seu conteúdo, atuam como teste de outras. Nenhuma dessas em concreto é absolutamente fundacional, no sentido de absolutamente privilegiada, de modo que nunca possa ser vencida ao confrontar-se com o resto. Mas como um sistema, estas convicções, entretanto, se controlam e restringem umas às outras de múltiplas formas’²⁴⁸.

De acordo com Ronald Dworkin, em sua crítica ao realismo semântico, a confiabilidade obtida por intermédio da coerência não significa, no entanto, uma justificação objetiva ou fundacionalista compreendida como uma justificação exterior (ou fundamentação) ao esquema conceitual²⁴⁹. Trata-se, ao contrário, de uma justificação interna ao próprio esquema conceitual compreendido em sua totalidade. Em síntese, argumenta Marisa Iglesias Vila: “quando alguém crê ter boas razões para crer que p e não encontra nenhuma razão especial, nem seus interlocutores oferecem boas razões para deixar de crer que p , então, em termos de Dworkin, é melhor que creia”²⁵⁰.

A tese da justificação interna apoiada na noção de coerência insere o conceito de verdade no contexto social de uma prática interpretativa e argumentativa como a jurídica. Determinar o conteúdo dessa prática social é um exercício interno à própria prática. Finalmente, segundo o critério de coerência, o máximo de

²⁴⁷ VILA, Maria Iglesias. *El problema de la discreción judicial: una aproximación al conocimiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 213.

²⁴⁸ VILA, Maria Iglesias. *El problema de la discreción judicial: una aproximación al conocimiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 217-218.

²⁴⁹ Cf. DWORKIN, Ronald. Objectivity and truth: you'd better believe it. *Philosophy and Public Affairs*, v. 25, n. 2, 1996.

²⁵⁰ VILA, Maria Iglesias. *El problema de la discreción judicial: una aproximación al conocimiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 219.

objetividade possível será alcançado na hipótese em que a inter-relação entre nossas convicções e a solidez e complexidade de nosso esquema conceitual permitir chegar a uma justificação satisfatória de nossa prática social ou jurídica, isto é, alcançar a melhor reconstrução argumentativa dessa prática. Este é o núcleo ou fundamento filosófico e metodológico do construtivismo e, portanto, do perfeccionismo judicial.

2. 4. Perfeccionismo judicial e o neoconstitucionalismo

As teorias contemporâneas do direito, explica-nos Albert Calsamiglia, “tendem a oferecer não somente aspectos cognoscitivos referidos a fatos sociais do passado, mas têm também pretensões prescritivas no sentido de oferecer critérios adequados para resolver problemas práticos²⁵¹”. Neste sentido, tem-se presenciado, no decorrer das últimas décadas, a pesquisa e a busca das teorias jurídicas contemporâneas por subsídios conceituais em outras disciplinas, principalmente nos âmbitos da filosofia política e moral. Aleksander Peczenick ressalta que, aliada à perspectiva analítica supramencionada, a filosofia do direito tem procurado “obter uma perspectiva mais profunda vinculando a teoria jurídica com a filosofia moral, a teoria política e a epistemologia²⁵²”.

As teorias recentemente denominadas *neoconstitucionalistas*²⁵³ constituem um exemplo da supracitada reaproximação entre as dimensões descritiva e prescritiva no âmbito da teoria jurídica hodierna. Por um lado, elas objetivam descrever o fenômeno da constitucionalização do ordenamento jurídico marcado, sobretudo, pelo papel de relevo exercido por uma “constituição invasora” em um processo de transformação do sistema jurídico que resulta em sua “impregnação” pelas normas constitucionais, capaz de condicionar tanto a legislação infraconstitucional como a jurisprudência, a doutrina, a ação dos atores políticos e o

²⁵¹ CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *DOXA*, 21, nº 1, p. 209-220, 1998, p. 212.

²⁵² PECZENICK, Aleksander. “Introducción”. In: _____. *Derecho y Razón*. Versión castelhana de Ernesto Garzón Valdés. México: Distribuciones Fontamara, 2000, p. 8.

²⁵³ Sobre o tema destacam-se as seguintes obras: DIMOULIS, Dimitri. DUARTE, Écio Oto (Coords.). *Teoria do Direito Neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008; QUARESMA, R. et al (Coords.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

conjunto das relações sociais de uma dada comunidade política²⁵⁴. Por outro lado, lembra-nos Alfonso Garcia Figuerola, o processo de constitucionalização do ordenamento jurídico não se limitou a transformar o direito positivo, tendo, igualmente, repercutido intensamente sobre o estilo do pensamento de juristas e teóricos do Direito²⁵⁵.

Deste modo, o neoconstitucionalismo acentua o novo caráter adquirido na atualidade pela “teoria ou conjunto de teorias que têm proporcionado uma cobertura justeórica conceitual e/ou normativa à constitucionalização do Direito em termos normalmente não-positivistas²⁵⁶”. O neoconstitucionalismo não-positivista distingue-se da abordagem positivista do Direito – ou positivismo metodológico – eminentemente descritiva e preocupada em identificar de modo avalorativo (ou normativamente inerte) o que é o Direito. Neste sentido, constitui um mínimo denominador comum de tais teorias a insistência na necessidade de superar um modelo teórico que estabeleça que a ciência jurídica deva ocupar-se exclusivamente em descrever o direito formalmente válido segundo a tese positivista das fontes sociais do direito. Consoante Santiago Sastre Ariza, a proposta de uma teoria jurídica eminentemente descritiva supõe uma séria limitação para a própria ciência jurídica, pois esta acabaria por dedicar-se exclusivamente “a realizar um mero *repetitorium* das normas jurídicas que compõem o Direito²⁵⁷”.

Alfonso Garcia Figuerola, referindo-se à teoria do Direito de Robert Alexy, sintetiza que “a própria distinção entre Direito ideal e real, entre o Direito que deve ser e o Direito que é e, em termos mais gerais, entre moral crítica e moral social, tende a debilitar-se²⁵⁸”. A distinção entre o Direito real e o Direito ideal é mitigada,

²⁵⁴ GUASTINI, Ricardo. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano” In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 49 *et seq.*

²⁵⁵ FIGUEROA, Alfonso Garcia. “La teoría del Derecho en tiempos del constitucionalismo” In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 164 *et seq.*

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 164-165.

²⁵⁷ ARIZA, Santiago Sastre. “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo” In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 251. Segundo o autor, o modelo de ciência jurídica que parece exigir o neoconstitucionalismo contrapõe-se àquele tradicionalmente defendido pelo paradigma positivista: “en este sentido, frente al distanciamiento (o la reivindicación del punto de vista externo), a la neutralidad y a la función descriptiva, se opone un modelo en el que las principales características que se predicán de la ciencia jurídica suelen ser el compromiso (o la adopción del punto de vista interno), la ineludible intervención de los juicios de valor en el análisis del Derecho y la prioridad del carácter práctico de la ciencia jurídica frente su presentación como un estudio de carácter científico” (p. 245).

²⁵⁸ FIGUEROA, Alfonso Garcia. “La teoría del Derecho en tiempos del constitucionalismo”, *cit.*, p. 182-183.

por exemplo, pela função assumida pelos princípios nos sistemas jurídicos contemporâneos, ao evocarem principalmente “um ideal [isto é, um estado de coisas a ser alcançado ou salvaguardado] que pode ser otimizado argumentativamente²⁵⁹”.

Neste sentido, assevera José Antonio Seoane:

O caráter nuclear da Constituição revalida a importância dos direitos humanos em sua forma de direitos fundamentais. Assim, favorece que as normas de justiça tenham a estrutura de princípios, mais flexível do que as regras e que a ponderação apareça como o elo metodológico de sua teoria da justiça²⁶⁰.

O neoconstitucionalismo possui um duplo significado em regra olvidado pela doutrina: em uma primeira acepção, tal expressão destaca alguns elementos estruturais dos sistemas jurídico-constitucionais típicos do período histórico posterior ao término da segunda grande guerra, que são descritos pelo neoconstitucionalismo enquanto uma nova *teoria geral* atenta para as transformações *empíricas* decorrentes do fato da constitucionalização do ordenamento jurídico.

Esta primeira acepção ressalta o elemento descritivo ou empírico da teoria neoconstitucionalista e, neste âmbito, há um relativo consenso entre pós-positivistas e positivistas no que se refere à identificação das principais transformações históricas, dogmáticas e institucionais verificadas no Direito Constitucional contemporâneo em inúmeros sistemas jurídicos, inclusive no Brasil, que, ao longo das últimas décadas, passaram a irradiar os seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico²⁶¹. Ambos os posicionamentos identificam transformações significativas em uma ordem jurídica “impregnada” pela supremacia e pela eficácia “expansiva” das normas constitucionais que condicionam, por sua vez, a passagem de um

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 183. O autor ressalta o fato de que a distinção entre o direito real e o direito ideal é quantitativa e não qualitativa e a presença dos princípios jurídicos, que constituem *standards* impregnados por uma forte valorização moral, contribuem para a validade de tal afirmação. Neste sentido, “ciertos principios formales parecen presentar esta virtualidade sobre todo cuando son incorporados a la argumentación de los juristas. Muchos principios (igualdade, buena fé, libertad, justicia) evocan un ideal que puede ser más o menos optimizado argumentativamente, pero que en todo caso crean en el razonamiento de los juristas una *tensión* podrá ser resuelta con una satisfacción del ideal en mayor o menor grado” (p. 183).

²⁶⁰ SEOANE, José Antonio. “Presentación”. In: ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Granada: Editorial Comares, 2005, p. 09.

²⁶¹ Este consenso restringe-se à identificação de tais mudanças histórico-estruturais nos sistemas constitucionais das principais democracias contemporâneas européias e latino-americanas. No entanto, profundas divergências teóricas entre positivistas e não-positivistas persistem na valoração de tais mudanças e na avaliação de suas consequências teóricas e práticas, por exemplo, no âmbito das relações institucionais entre a jurisdição constitucional, a jurisdição ordinária e o legislador democrático, assim como os seus reflexos na metodologia jurídica. Confira, neste sentido, o importante livro: PULIDO, Bernal Carlos. *El neoconstitucionalismo a debate*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales, 2006.

paradigma jurídico centrado no conceito *legalista* de Estado de Direito para um novo paradigma articulado em torno da ideia de um Estado *constitucional* de Direito.

Em segundo lugar, o neoconstitucionalismo designa, à semelhança da tradicional classificação do positivismo jurídico elaborada por Norberto Bobbio²⁶², (a) um método de análise do direito, (b) uma teoria do direito e (c) uma ideologia do direito. Neste sentido, o neoconstitucionalismo em sua dimensão *normativa* ou *prescritiva* refere-se, sobretudo, aos itens (a) e (c), ou seja, propõe uma metodologia e uma ideologia do direito que constituem uma alternativa ao positivismo jurídico.

Riccardo Guastini, em importante ensaio, cuidou de abordar descritivamente o fenômeno de constitucionalização do ordenamento jurídico, definindo-o como “um processo de transformação de um ordenamento ao término do qual o ordenamento em questão resulta totalmente ‘impregnado’ pelas normas constitucionais²⁶³”. Um sistema jurídico *constitucionalizado* caracteriza-se pela existência de uma Constituição “invasora”, capaz de condicionar tanto a legislação quanto a jurisprudência e a doutrina, assim como o conjunto das relações sociais que tem lugar em uma determinada comunidade jurídica.

O ordenamento jurídico encontra-se, segundo tal definição, “impregnado” pela eficácia irradiante das normas constitucionais que atinge os diferentes ramos do Direito, sejam eles de direito público ou privado. Embora centrado no estudo do caso constitucional italiano, suas conclusões são igualmente pertinentes para a análise do fenômeno no Brasil.

O conceito de “constitucionalização” é, por sua vez, gradativo, no sentido de que a implementação parcial ou integral das condições necessárias para a sua realização dá-se segundo um processo histórico que pode ser mais ou menos longo e cambiante de acordo com o sistema jurídico estudado. Riccardo Guastini enumera uma lista contendo sete condições que um ordenamento deve satisfazer para ser considerado “impregnado” pela normativa constitucional, que são, em breve síntese, os seguintes:

(1) a existência de uma Constituição rígida, cujo procedimento de revisão constitucional exija um *quorum* qualificado para modificar ou revogar normas

²⁶² BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Editora Ícone, 1995, p. 131-134.

²⁶³ GUASTINI, Riccardo. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano” In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 49.

constitucionais. A Constituição pode eventualmente conter cláusulas dotadas de intangibilidade (ou cláusulas *superconstitucionais*) frente às deliberações do poder constituinte reformador, constituindo uma espécie de *super-rigidez* constitucional, normalmente para assegurar a inderrogabilidade de certos direitos e garantias fundamentais e de princípios estruturais do Estado Democrático de Direito²⁶⁴;

(2) a existência de uma garantia jurisdicional da Constituição mediante a previsão de alguma modalidade (ou de várias) de controle de constitucionalidade das leis;

(3) o compartilhamento pela comunidade jurídica da tese da força normativa da Constituição, que defende a ideia de que toda norma constitucional é norma jurídica, imperativa e, portanto, suscetível de produzir alguma modalidade de efeito jurídico. Esta condição diz respeito à *ideologia* difundida na cultura jurídica de um determinado país, não guardando relação com a estrutura do ordenamento jurídico. A Constituição é vista como um documento jurídico, dotado de efetividade e, conseqüentemente, incompatível com a vetusta ideia – típica do constitucionalismo europeu anterior ao término da segunda grande guerra – de que suas normas não constituem mais do que um “manifesto político”, cuja concretização constituiria uma tarefa deixada ao julgamento de conveniência e oportunidade do legislador ordinário;

(4) a ideia de “sobreinterpretação” do texto constitucional: uma Constituição é sobreinterpretada quando, após a interpretação de seus dispositivos, não há espaços vazios, isto é, livres de direito constitucional. As normas constitucionais condicionam a interpretação de todas as normas jurídicas: neste sentido, podemos afirmar que toda interpretação jurídica é, direta ou indiretamente, interpretação constitucional. Em suma, as normas constitucionais passam a constituir um “filtro” ou “lente” através do qual todas as normas jurídicas devem ser interpretadas. A Constituição condiciona, tanto negativa quanto positivamente, o espaço de liberdade de conformação do legislador ordinário.

(5) a aplicação *direta* das normas constitucionais: esta condição encontra-se intimamente relacionada com a ideia de força normativa da Constituição. Toda norma constitucional é norma jurídica e, portanto, dotada de imperatividade e suscetível de produzir, em graus diversos, efeitos jurídicos imediatos.

²⁶⁴ Confira, neste sentido, o importante livro: VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 222 et seq.

(6) a interpretação das leis conforme à Constituição, enquanto uma técnica de interpretação das leis à luz das normas constitucionais com o objetivo de manter-lhes a validade jurídica.

(7) a influência da Constituição sobre as relações políticas. Esta condição cuida do fenómeno da *judicialização da política*, segundo o qual certos conflitos de natureza eminentemente política ou envolvendo temas morais profundamente controversos, bastante freqüentes em sociedades democráticas, passam a ser resolvidos pelo Poder Judiciário com fundamento em normas constitucionais.

Riccardo Guastini destaca que as condições (1) e (2) são necessárias para o processo de constitucionalização do ordenamento jurídico, enquanto as condições (3) a (7), quando implementadas, conferem um grau distinto – mais ou menos intenso – de constitucionalização do direito. As condições (3), (4) e (5) encontram-se, por sua vez, intimamente relacionadas.

Com o objetivo de delinear o modelo neoconstitucionalista, aproximando-o do perfeccionismo já apresentado, é importante destacar, em linhas gerais²⁶⁵, as suas principais características²⁶⁶. Assim, o conjunto de teorias denominadas genericamente de neoconstitucionalistas defende:

(a) A compreensão do texto constitucional como uma ordem de valores, concretizada normativamente, por sua vez, por intermédio dos princípios e regras jurídicos;

(b) A interpretação da Constituição não é apenas jurídica, mas também - e sobretudo - moral, cujos resultados condicionam fortemente a liberdade do legislador democrático;

(c) A hermenêutica neoconstitucionalista possui uma forte propensão a extrair, na maior medida do possível, uma eficácia direta e irradiante dos princípios constitucionais, inclusive daqueles não expressamente positivados, sem a

²⁶⁵ Certamente, outras características também podem ser destacadas como, por exemplo, a centralidade metodológica conferida à ponderação e à proporcionalidade para a resolução dos casos difíceis e a aproximação argumentativa entre normas jurídicas e valores.

²⁶⁶ Em razão da apresentação sistemática das principais teses e fundamentos teóricos do neoconstitucionalismo, cabe mencionar os importantes artigos de: BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *RDA*, v. 240, abr./jun. 2005; FIGUEROA, Alfonso Garcia. "La teoría del Derecho en tiempos del constitucionalismo". In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 159-186; assim como o importante livro de: PULIDO, Carlos Bernal. *El neoconstitucionalismo a debate*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales, 2006. Para uma crítica teórica às teses centrais do neoconstitucionalismo, confira: GARCÍA AMADO, Juan Antonio. "Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo". In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 237-264.

intermediação de regras e parâmetros normativos infraconstitucionais para a decisão do caso;

(d) O Poder Judiciário tende a ser visto como a instituição mais adequada²⁶⁷ para a “reconstrução” dos valores e princípios fundamentais que norteiam a comunidade política e que definem, por sua vez, o consenso básico que fundamenta normativamente a Constituição;

(e) Com apoio nas características precedentes, a forma típica de argumentação nas decisões judiciais tende a ser valorativa, centrada em argumentos de princípios, excessivamente abstrata, com amplos efeitos prospectivos e apoiada na busca de acordos políticos, filosóficos ou constitucionais profundos.

As teses supramencionadas são importantes para a classificação dos posicionamentos dos ministros do STF em seus votos como neoconstitucionalistas e, em um sentido mais amplo, como manifestações de uma visão perfeccionista sobre a leitura, interpretação e aplicação do texto constitucional nos casos constitucionais difíceis.

2.5. Representantes teóricos do perfeccionismo

No presente tópico serão analisadas três importantes perspectivas teóricas que podem ser classificadas como representantes da metodologia filosófica construtivista – compreendida como uma alternativa, por um lado, ao objetivismo (descritivismo ou intuicionismo) e, por outro, ao subjetivismo (relativismo ou ceticismo) na abordagem e justificação de questões práticas (éticas, morais e políticas) e, também, na definição do conceito de direito e na compreensão da natureza da interpretação jurídica. Os representantes teóricos do perfeccionismo compartilham, ainda, uma perspectiva de sobrevalorização ou idealização institucional das capacidades, atividades, funções e argumentos do Poder Judiciário em comparação com a descrição e justificação bem mais realistas do Poder Legislativo e do Poder Executivo.

²⁶⁷ Neste sentido, Robert Alexy destaca o papel do Tribunal Constitucional como “representante argumentativo” dos cidadãos; Ronald Dworkin refere-se ao “juiz Hércules” e John Rawls, cuja obra teórica influenciou ambos, defende a função pedagógica em relação ao debate político exercida pela Suprema Corte como “instituição exemplar da razão pública”.

Há, em regra, uma contraposição entre juízes e tribunais “ideais” e eminentemente racionais e razoáveis – retratados segundo uma imagem ou pintura “heróica” – e legisladores e administradores públicos “capturados” pelas paixões, preconceitos, auto-interesse, pressões ambientais (política, econômica e social) e barganha política. Neste sentido, as perspectivas teóricas apresentadas a seguir tendem a abordar as questões interpretativas de modo bastante abstrato, teoricamente ambicioso e filosófico, sem conferir, ao mesmo tempo, a devida atenção para significativas questões institucionais ou operacionais sobre as eventuais limitações de racionalidade enfrentadas pelos atores institucionais em face dos problemas hermenêuticos a serem decididos.

Deste modo, a seguir, serão analisadas – de um ponto de vista filosófico geral e também jurídico – as contribuições de três autores – Robert Alexy, John Rawls e Ronald Dworkin – bem como suas respectivas reflexões sobre a função judicial, objetividade e natureza da interpretação judicial e a legitimação do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos estatais.

2.5.1 Teoria do discurso de Robert Alexy e a representação argumentativa dos cidadãos

2.5.1.1 Filosofia e Direito no pensamento de Robert Alexy

Uma das tarefas fundamentais da filosofia do direito, assim como da reflexão filosófica em geral, é a definição e o esclarecimento das principais ideias, noções e conceitos apresentados e desenvolvidos sobre um determinado tema. Esta preocupação analítica – que não é um fim em si mesma – constitui uma *conditio sine qua non* para a aplicabilidade prática de toda teoria jurídica que, em última instância, sempre visa à sua operacionalidade no cotidiano da prática do direito. O esclarecimento analítico contribui para uma percepção mais cristalina dos distintos pressupostos filosóficos que subjazem pragmaticamente ao emprego dos diferentes conceitos pelos filósofos e juristas. Outro importante papel da filosofia do direito é o de *reconstrução* do caráter normativo necessariamente pressuposto na *práxis* de todos aqueles que *participam* – de modo institucional ou não – do e *no* (*medium*) direito.

Os conceitos de legitimação, fundamentação e justificação encontram-se intimamente relacionados com o ideal de correção das normas e do próprio

ordenamento jurídico desenvolvido por Robert Alexy, tendo em vista que “junto à pretensão de correção, o direito formula, por sua vez, uma pretensão de *fundamentabilidade* (fundamentabilidad)²⁶⁸”. O discurso de legitimação, consoante veremos, é um discurso especializado em fundamentar a validade (e a aplicabilidade *prima facie*) de enunciados normativos e, desse modo, também a sua validade moral e jurídica. A temática da legitimação dos direitos humanos e da Constituição exige, assim, os aportes analítico e normativo da filosofia do direito enquanto arcabouços teóricos indispensáveis para uma análise do fenómeno jurídico entendido *discursivamente*, isto é, como institucionalização da justiça ou da razão prática.

A teoria do discurso desenvolvida e sistematizada no âmbito do direito por Robert Alexy, dentre outras importantes notas distintivas²⁶⁹, apresenta-se como uma teoria *constitucional* ou *constitucionalista* da justiça, segundo a qual, assevera o autor, “a Constituição se converte, deste modo, no primeiro objeto da teoria discursiva da justiça²⁷⁰”. A Constituição, situada no centro do ordenamento jurídico, passa a constituir a base normativa sobre a qual são plasmados os elementos materiais e procedimentais da teoria do discurso, em especial: os direitos humanos básicos sob a forma de direitos fundamentais, uma série de procedimentos institucionais para a criação democrática e adjudicação do direito, bem como uma determinada estrutura política representada pelo Estado constitucional e democrático de direito. Neste sentido, disserta José Antonio Seoane:

As questões de correção e de justiça devem ser racionalmente fundamentadas, e dita fundamentação tem lugar mediante o discurso. São traços essenciais de uma

²⁶⁸ ALEXY, Robert. “Derecho y corrección”. In: ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Traducción de José A. Seoane et al. Granada: Editorial Comares, 2005. p. 35.

²⁶⁹ Consoante a sistematização proposta por José Antonio Seoane, a teoria da justiça elaborada por Robert Alexy pode ser classificada como: (a) uma teoria *jurídica* da justiça, tendo em vista que, ao lado da dimensão ideal e moral do discurso prático, Robert Alexy ressalta a necessidade do direito para a institucionalização da justiça e, portanto, da razão prática; (b) é, também, uma teoria *procedimental* da justiça que, no entanto, tem sofrido uma progressiva “rematerialização” com o destaque conferido pelo autor ao argumento da injustiça e, conseqüentemente, aos direitos humanos básicos e sua importância fundamental para a definição de um conceito não positivista de direito; (c) é uma teoria *liberal analítica* da justiça, cujos elementos centrais são a liberdade, a igualdade e a democracia; (d) é, em outras palavras, uma teoria *justfundamental* da justiça, cujo núcleo está integrado, sobretudo, pelos direitos humanos básicos sob a forma de direitos fundamentais positivados na Constituição; (e) é, outrossim, uma teoria *discursiva* da justiça, centrada na teoria da argumentação e no sistema de regras que a presidem, com implicações teóricas e práticas imediatas para a argumentação jurídica; por último, destaca Seoane, (f) é uma teoria *neokantiana* da justiça, influenciada sobremaneira pelas reflexões de Gustav Radbruch sobre a relação entre o ideal e o conceito de Direito. Confira, no sentido acima: SEOANE, José Antonio. “Presentación”. In: ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Traducción de José A. Seoane et al. Granada: Editorial Comares, 2005. p. 10-12.

²⁷⁰ ALEXY, Robert. “Justicia como corrección”. In: ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Traducción de José A. Seoane et al. Granada: Editorial Comares, 2005. p. 63.

teoria discursiva da justiça a liberdade e a igualdade das pessoas, a neutralidade e a objetividade dos argumentos. Isso conduz a duas notas: o caráter procedimental e o caráter ideal, que no caso da teoria jurídica da justiça são complementados e compensados com o caráter institucional e o caráter material. *Tudo isso desemboca, finalmente, na Constituição, que se converte, assim, no ponto de referência operativo da teoria da justiça de Alexy*²⁷¹.

Neste momento, é importante chamar a atenção do leitor para algumas possíveis aproximações e distinções conceituais, bastante sutis, porém teoricamente muito importantes, entre os vocábulos ou conceitos de “legitimação”, “justificação” e “fundamentação”. Em seguida, será analisado o emprego das expressões mencionadas em dois contextos ou paradigmas filosóficos bastante distintos, porém amplamente confundidos – sobretudo pelos partidários do positivismo jurídico – e tradicionalmente agrupados sob o mesmo rótulo de “renascimento ou retorno do direito natural”.

Segundo esse entendimento, o “renascimento” ou “retorno” do direito natural definiria, em um sentido muito amplo, o resgate do debate filosófico sobre os princípios e valores no âmbito do direito a partir da segunda metade do século passado, capitaneado por autores críticos do positivismo jurídico. Nesse sentido, os autores não positivistas filiados ao recente movimento de reabilitação da racionalidade prática – e aqui privilegiaremos sua vertente neokantiana²⁷² – são tradicionalmente classificados como representantes de um “retorno” do direito natural na atualidade²⁷³. Inadvertidamente, o não positivismo contemporâneo é

²⁷¹ SEOANE, José Antonio. “Presentación”. In: ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Traducción de José A. Seoane *et al.* Granada: Editorial Comares, 2005. p. 9, grifo nosso. Sobre a centralidade da Constituição para a teoria discursiva da justiça, assevera o autor: “El carácter nuclear de la Constitución revalida la importancia de los derechos humanos, en su forma de derechos fundamentales. Asimismo, favorece que las normas de la justicia tengan estructura de principios, más flexible que la de las reglas, y que la ponderación aparezca como el gozne metodológico de la teoría de la justicia” (*id.*, *ibid.*, p. 9).

²⁷² A reabilitação da racionalidade prática no âmbito do direito teve início na década de cinquenta do século passado com autores que resgataram e continuaram a tradição aristotélica de pensamento, em especial Theodor Viehweg e Chaïm Perelman, ambos responsáveis pelo re florescimento da tradição tópica e retórica, bem como da importância dos princípios jurídicos e da teoria da argumentação na filosofia e na metodologia do direito contemporâneas. Confira, sobre as perspectivas tópica e retórica no direito, o excelente livro de: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao Estudo do Direito*. 3ª edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. Por sua vez, a teoria do discurso filia-se a uma segunda vertente do movimento de reabilitação da racionalidade prática, de tradição kantiana, que teve início sobretudo com a “virada kantiana” operada na década de setenta logo após a publicação de *A Theory of Justice* de John Rawls. Nessa década, tivemos a publicação em 1978 da obra *Teoria da Argumentação Jurídica* de Robert Alexy e, cinco anos depois, a publicação do importante livro de Jürgen Habermas intitulado *Consciência Moral e Agir Comunicativo* em 1983, responsável pela sistematização dos fundamentos da ética do discurso desenvolvidos pelo autor, em conjunto com Karl O. Apel, ao longo da década anterior.

²⁷³ Cf. MAIA, Antônio Cavalcanti. DINIZ, Antônio Carlos. “Pós-positivismo”. In: BARRETTO, Vicente de Paula (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo - Rio de Janeiro: UNISINOS; Editora Renovar, 2006. p. 652-653. Segundo os autores, a filosofia do direito pós-positivista propõe-se a tarefa de buscar um lugar teórico para além do jusnaturalismo e do positivismo jurídico. Não obstante, é bastante comum – e também injustificada

interpretado e criticado a partir de sua aproximação e identificação conceitual com o jusnaturalismo, restando obscurecidos os seus diferentes pressupostos filosóficos²⁷⁴.

Os dois paradigmas filosóficos supramencionados são: em primeiro lugar, o paradigma do direito natural, de caráter metafísico e também monológico, ou seja, pertencente ao paradigma da filosofia da consciência. Em segundo lugar, encontramos o paradigma de reabilitação da racionalidade prática, no qual se inclui – entre outras teorias de diferentes matrizes filosóficas – a teoria do discurso de Jürgen Habermas e Robert Alexy, pós-metafísico, construtivista²⁷⁵ e também dialógico (isto é, fundado na argumentação e nos pressupostos normativos inscritos na linguagem cotidiana) e, ao mesmo tempo, crítico do positivismo filosófico e jurídico, por um lado, e do objetivismo ético representado pelo jusnaturalismo no

e imprecisa – a classificação dos principais autores filiados ao não positivismo (Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Santiago Nino, entre outros) como representantes contemporâneos do jusnaturalismo: “neste aspecto, Dworkin não se encontra sozinho. Também outro *avatar* do pós-positivismo, Robert Alexy, é identificado por determinados autores como integrando as fileiras jusnaturalistas por defender teses contrárias a alguns dos principais pressupostos positivistas, a exemplo de sua controvertida teoria da pretensão de correção do direito. Tanto Dworkin quanto Alexy, entretanto, rejeitam tal qualificativo na certeza de que suas ideias perfilam uma terceira via superadora dos paradigmas justeóricos preexistentes, não se confundindo com os marcos positivista e jusnaturalista”.

²⁷⁴ É possível, no entanto, estabelecer uma aproximação *histórica* (isto é, sob o prisma de uma história das ideias) entre o não positivismo de Robert Alexy e a tradição do direito natural. A teoria discursiva do direito e, em especial, o seu argumento da injustiça (que aduz: “a injustiça extrema não é direito”), resgatam e, principalmente, reformulam *construtivamente* a intuição teórica fundamental do jusnaturalismo sobre a existência de direito para além do direito positivo, ou seja, a possibilidade de definição de parâmetros morais – representados pelos direitos humanos básicos – para a avaliação do direito positivo. Além disso, ambos os posicionamentos compartilham um otimismo no potencial iluminista de racionalidade, reflexão e crítica do ser humano na modernidade. A aproximação histórica, porém, não implica uma identificação conceitual ou uma aproximação entre seus distintos pressupostos filosóficos. Confira, em especial: ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos humanos”. In: ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Traducción e introducción de Luis Villar Borda. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 86. No sentido acima podemos interpretar a controversa assertiva de Robert Alexy, *Teoría del discurso y derechos humanos, cit.*, p. 86: “La teoría del discurso rastrea de esse modo en el potencial racional existente en la realidad humana. Ella persigue en este sentido ilustración sobre la naturaleza del hombre y se encuentra en eso, pero solamente en eso, en la tradición del derecho natural”.

²⁷⁵ Não obstante os seus pressupostos eminentemente dialógicos (isto é, fundados em uma filosofia da linguagem), a teoria do discurso aproxima-se também do construtivismo (*construtivism*) rawlsiano desenvolvido em alguns dos principais ensaios deste autor, por exemplo: RAWLS, John. “O construtivismo kantiano na teoria moral”. In: RAWLS, John. *Justiça e democracia*. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 111-139; RAWLS, John. “A teoria da justiça como equidade: uma teoria política, e não metafísica”. In: RAWLS, John. *Justiça e democracia*. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 199-241; bem como o célebre livro: RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2ª edição. São Paulo: Editora Ática, 2000. p. 135-176, no qual dedica um capítulo exclusivo à temática em tela. Jürgen Habermas, inclusive, elabora remissões expressas ao construtivismo de John Rawls para delinear os principais contornos de uma concepção *construtivista* de teoria do discurso. Confira, nesse sentido, em especial: HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: 2004. p. 294, nota nº 32. Veja também sobre o construtivismo rawlsiano a excelente definição elaborada por AUDARD, Catherine. “Glossário”. In: RAWLS, John. *Justiça e democracia*. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 375, grifo nosso: “Um traço essencial de uma doutrina construtivista como a teoria da justiça como equidade está em que *ela não afirma a existência de fatos morais independentes e anteriores dos quais os seus princípios seriam uma aproximação, pois isso teria como consequência a heteronomia*. Os princípios de justiça são, ao contrário, o resultado de uma construção que expressa a concepção que têm de si mesmos e da sociedade os cidadãos autônomos de uma democracia”.

âmbito do direito, por outro. Deste modo, cabe ressaltar que as expressões acima citadas (legitimação, fundamentação e justificação) mudam de significado e, o que é ainda mais importante, erguem diferentes pretensões de “objetividade” – mais fortes ou mais fracas – quando utilizadas em um ou outro paradigma ou contexto filosófico.

Em segundo lugar, faz-se necessária – em tempos de uma filosofia pós-metafísica²⁷⁶ – a definição de um conceito de legitimação dos direitos humanos capaz de resistir, por um lado, aos questionamentos elaborados pelo positivismo jurídico e pelo ceticismo ético e, por outro, às tentações de um retorno metafísico e naturalista típicos de uma estratégia de fundamentação “última” ou “absoluta” de tais direitos²⁷⁷. Consoante Robert Alexy:

A teoria do discurso oferece uma saída a este dilema. Por um lado, aduz o fato de que se pode argumentar de forma racional sobre a justiça. Isto nos leva para além da posição emotivista-subjetivista. Por outro lado, nela não se passa por alto que uma teoria da justiça somente resulta aceitável quando tem suficientemente em conta os interesses e as necessidades, assim como a tradição e cultura de todos os implicados. Isto converte a teoria do discurso na base de uma adequada teoria da justiça²⁷⁸.

Por último, é relevante elucidar o que queremos – e, sobretudo, *o que podemos* – dizer com “objetividade” dos juízos morais e, conseqüentemente, dos princípios e regras que consagram os direitos humanos a partir da diferenciação, sugerida por Jürgen Habermas e também seguida por Robert Alexy, entre a pretensão de *correção* dos juízos práticos ou prescritivos (morais e jurídicos) e a pretensão de *verdade* dos juízos teóricos ou descritivos. A analogia entre *verdade* e *correção* ajudará no esclarecimento e na compreensão da pretensão de

²⁷⁶ O caráter pós-metafísico da filosofia do direito contemporânea reside em sua suspeita acerca do potencial de convencimento de expressões tais como “natureza humana”, “direitos naturais”, fundamentação “absoluta”, *a priori* ou “última” dos princípios de justiça ante o pluralismo político e cultural que define o mundo na atualidade. Confira, no sentido acima, a importante afirmação de John Rawls, *Uma Teoria da Justiça*, cit., p. 23: “Não pretendo que os princípios de justiça propostos sejam verdades necessárias ou que possam ser derivados desse tipo de verdade. Uma concepção de justiça não pode ser deduzida de premissas axiomáticas ou de pressupostos impostos aos princípios; ao contrário, sua justificativa é um problema de corroboração mútua de muitas considerações, do ajuste de todas as partes numa visão única coerente”.

²⁷⁷ Cf. ALEXY, Robert. “Justicia como corrección”. In: ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Traducción de José A. Seoane et al. Granada: Editorial Comares, 2005. p. 58-59, grifo nosso: “existen numerosas teorías sobre la fundamentación de las normas. Uno de los extremos lo integran las teorías emotivistas, subjetivistas, relativistas e decisionistas. Charles L. Stevenson es un destacado representante de esse sector. El otro extremo lo constituyen las teorías racionalistas, objetivistas, absolutistas y cognitivistas. Un notable representante de esta orientación es Max Scheler. *Ninguna de estas dos posiciones extremas es aceptable*. El emotivismo, en su forma pura, ignora que los juicios de justicia son auténticos juicios, con los que se formula una pretensión de corrección. (...) De otra parte, el objetivismo radical asimila en exceso los juicios de justicia a juicios de hecho corrientes. Los valores morales no existen de la misma manera que los hechos empíricos, con los cuales nuestros juicios de justicia sólo han de estar en correspondencia de algún modo para ser verdaderos”.

²⁷⁸ *Id.*, *ibid.*, p. 59-60.

“objetividade” das normas que são submetidas ao procedimento argumentativo da teoria do discurso. Esta pretensão de validade revela-se *deflacionada* quando comparada à pretensão *forte* ou *inflacionada* de objetividade postulada pelas teorias do direito natural no campo do direito ou pelas diferentes modalidades de intuicionismo ético aduzidas no âmbito da filosofia moral.

A comparação entre os conceitos de “verdade” e “correção” é fundamental para delinear os pressupostos teóricos do discurso de legitimação, assim como para a compreensão do significado da “validade” atribuída pela teoria do discurso aos direitos humanos²⁷⁹.

Jürgen Habermas explicita as seguintes diferenças entre as pretensões de verdade e de correção: em primeiro lugar, falta à pretensão de correção moral a referência a um mundo objetivo que define, por sua vez, as pretensões de verdade dos juízos descritivos. Os nossos juízos morais não podem ser confrontados com a “natureza das coisas” ou com uma realidade “em si” que transcenda a própria argumentação. Assim, a verdade de um enunciado descritivo pode ser comprovada à luz da experiência, de tal modo que seja possível a constatação de uma concordância entre o enunciado proferido e o “mundo objetivo” (por exemplo, a verificação empírica do poder explicativo das leis da física e da química no âmbito das ciências exatas).

Diferentemente da pretensão de verdade, a legitimação ou a justificação de uma norma, ou seja, o fato de ser “digna de reconhecimento”, tem lugar a partir de um discurso prático orientado “por uma *inclusão* sempre mais ampla de pretensões alheias e de outras pessoas [que] pode compensar a ausente referência ao mundo²⁸⁰”.

²⁷⁹ Segundo Robert Alexy, os direitos humanos são direitos morais (*moral rights*). Confira, nesse sentido, ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem. Direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul./set. 1999. p. 60: “Direitos morais podem, simultaneamente, ser direitos jurídico-positivos; sua validade, porém, não pressupõe uma positivação. Para a validade ou existência de um direito moral basta que a norma, que está na sua base, valha moralmente. Uma norma vale moralmente quando ela, perante cada um que aceita uma fundamentação racional, pode ser justificada”.

²⁸⁰ HABERMAS, *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*, cit., p. 290, grifo nosso. Veja, também, sobre o tema o excelente artigo de SIEBENEICHLER, Flávio Beno. A justiça como inclusão do outro. *ETHICA – Cadernos Acadêmicos*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 93-109, 2001, p. 105: “a validade dos juízos morais pode ser, de certa forma, ‘medida’ pela natureza inclusiva de um acordo normativo obtido entre as partes que militam a favor de normas, pois, os que se envolvem em controvérsias morais orientam-se pelo alvo da ‘única resposta correta’, ou seja, eles supõem que a moral válida refere-se a um único mundo social que inclui de forma simétrica as pretensões de todas as pessoas envolvidas, as quais constituem, por assim dizer, um mundo moral”.

Em segundo lugar, a validade ou correção dos juízos morais se mede pela natureza inclusiva de um acordo normativo obtido entre os participantes de um discurso²⁸¹. Os pressupostos normativos da argumentação exigem dos partícipes a adoção das perspectivas de todos os outros, bem como a consideração de seus respectivos interesses. A legitimação dos direitos humanos não pressupõe um “dado” – como por exemplo a “natureza” do homem ou um mundo moral “objetivo” – mas uma perspectiva *construtivista*, isto é, uma validade que é construída *no* discurso *por meio* de argumentos²⁸². Neste sentido, somente são válidos os juízos e normas que, do ponto de vista inclusivo da igual consideração das reivindicações pertinentes de todas as pessoas, poderiam ser aceitos por boas razões por cada pessoa envolvida. Consoante Habermas: “o universo moral perde a aparência ontológica de algo dado e é visto como algo *construído*”²⁸³.

Por último, exatamente por não possuir a “segurança” de um referencial mundano que transcenda o discurso, as normas discursivamente justificadas encontram-se submetidas a uma “dupla reserva falibilista”²⁸⁴ que aponta para a dimensão de *historicidade* do discurso de legitimação. Em primeiro lugar, de modo retrospectivo os participantes de um discurso de legitimação podem perceber que nem todos os argumentos relevantes foram “testados” no âmbito do discurso ou, então, que sua natureza inclusiva não foi satisfeita em razão da exclusão injustificada de temas e/ou participantes²⁸⁵. Em segundo lugar, com apoio nas reflexões de Klaus Günther, um discurso de legitimação precisa sempre ser “atualizado” e complementado por discursos de aplicação que podem identificar

²⁸¹ HABERMAS, *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*, cit., p. 294.

²⁸² Cf. HABERMAS, *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*, cit., p. 294, grifo no original: “Seguindo essa concepção construtivista, pode-se explicar a incondicionalidade das pretensões morais de validade pela universalidade de um âmbito de validade *a ser criado*: só são válidos os juízos e normas que, do ponto de vista inclusivo da igual consideração das reivindicações pertinentes de todas as pessoas, poderiam ser aceitos por razões por parte de cada pessoa envolvida”.

²⁸³ *Id.*, *ibid.*, p. 297.

²⁸⁴ *Id.*, *ibid.*, p. 292.

²⁸⁵ Este ponto, em particular, constitui o núcleo da crítica de muitos autores (entre eles, destaca-se Ota Weiberger) à teoria do discurso, segundo a qual a observância das regras do discurso não garantiria com suficiente segurança a “bondade” dos argumentos aduzidos pelos participantes. Robert Alexy introduz uma nova premissa empírica na teoria do discurso com apoio no conceito de “faculdade de julgamento dos participantes”, isto é, a capacidade dos mesmos em distinguir as boas das más razões. Cf. sobre a questão: ALEXY, Robert. “Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica”. In: ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Traducción de Jorge M. Seña. 2ª edición. Barcelona: Editorial Gedisa, 2004. p. 139-140.

circunstâncias imprevistas que acabem por conduzir à revisão do processo de legitimação de uma norma de direitos humanos.

O discurso de legitimação atenta para a importante distinção entre “verdade” e “correção”. Os juízos morais não são passíveis de “verdade”, pois falta-lhes uma “ordem objetiva de valores” (imutável ou *apriorística*) com a qual possam ou não entrar em correspondência. Neste aspecto, os positivistas estão parcialmente corretos ao afirmarem que tais juízos não podem ser nem verdadeiros nem falsos. No entanto, no âmbito do paradigma da racionalidade prática, ao qual pertence a teoria do discurso, os juízos morais, assim como os enunciados normativos que consagram os direitos humanos, são passíveis de “correção” ou “incorreção” e, portanto, de racionalidade. Esta é medida pela natureza *inclusiva* do discurso, bem como pelo respeito dos participantes aos seus pressupostos normativos e às condições exigentes de comunicação em busca do melhor argumento. Em síntese, a legitimação discursiva de um enunciado normativo é construída por meio da argumentação e, sobretudo, com apoio nos exigentes pressupostos normativos que condicionam essa prática social.

A ideia de uma fundamentação absoluta, compreendida como a busca de algum referencial extramundano (por exemplo, a ideia de uma ordem objetiva e imutável de valores fora da prática social cotidiana) ou, então, de “algo” inato ao homem, somente conduz o filósofo a aporias. Para Ernst Tugendhat, “a filosofia não pode fazer nada mais do que analisar adequadamente em suas pressuposições uma pré-compreensão [moral] existente; *ela não possui nenhum ponto de referência extramundano, próprio*²⁸⁶”.

A estratégia de legitimação dos direitos humanos desenvolvida pelo autor insere-se no pensamento moral kantiano e, neste sentido, a sua compreensão teórica é informada por dois princípios fundamentais, quais sejam: a universalidade de tais direitos e a autonomia de seus titulares. O princípio da universalidade aduz que todos os homens têm determinados direitos válidos *erga omnes*, isto é, direitos que transcendem as fronteiras moralmente contingentes do Estado, da cultura, da tradição, da religião e do grupo social a que pertencem. O princípio da autonomia, por sua vez, desdobra-se em duas direções: a autonomia pública dos cidadãos e a autonomia privada dos sujeitos de direito. A garantia e o desenvolvimento pleno de

²⁸⁶ TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre Ética*. 5ª edição revista. Petrópolis: Editora Vozes, 2003. p. 28, grifo nosso.

ambas somente é possível no âmbito de um Estado constitucional democrático, no qual os direitos humanos – ao assumir a forma positiva de direitos constitucionais fundamentais – e a participação democrática, conjuntamente, passam a preservar e estimular o fato do pluralismo²⁸⁷.

A estratégia teórico-discursiva de legitimação dos direitos humanos divide-se em duas etapas ou tarefas que são complementares: em primeiro lugar, a necessidade de legitimação das regras do discurso prático e, em segundo lugar, a justificação dos direitos humanos com apoio em tais regras que presidem a argumentação sobre questões práticas. Privilegiaremos, em especial, a segunda tarefa, mais próxima ao tema sobre a legitimação dos direitos humanos e fundamentais.

A teoria do discurso é uma teoria procedimental da correção prática. Uma norma é correta e, portanto, válida, quando é o resultado de um determinado procedimento de argumentação, ou seja, de um discurso prático racional presidido por um sistema de regras da razão prática²⁸⁸. Apesar de ser uma teoria eminentemente processual ou procedimental, ela não é uma teorização dotada de pressupostos neutros. Segundo Robert Alexy:

²⁸⁷ Confira, nesse sentido, RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2ª edição. São Paulo: Editora Ática, 2000. p. 80: "(...) a diversidade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais abrangentes e razoáveis não é uma simples condição histórica que pode desaparecer logo; é um traço permanente da cultura pública da democracia. Sob as condições políticas e sociais asseguradas pelos direitos e liberdades básicos de instituições livres, a diversidade de doutrinas abrangentes conflitantes e irreconciliáveis – e, mais ainda, razoáveis – surgirá e persistirá, se é que essa diversidade já não se verifica". Rawls opõe ao fato do pluralismo razoável o "fato da opressão", segundo o qual "um entendimento compartilhado e contínuo que tem por objeto uma única doutrina religiosa, filosófica ou moral abrangente só pode ser mantido pelo uso opressivo do poder estatal" (RAWLS, *O liberalismo político, cit.*, p. 81).

²⁸⁸ Cf: ALEXY, Robert. "Teoría del discurso y derechos humanos". In: ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Traducción e introducción de Luis Villar Borda. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1995. p. 66 *et seq.* Em língua inglesa, confira: ALEXY, Robert. Discourse theory and human rights. *Ratio Juris*. Vol. 9, nº 3, p. 209-235, september 1996. p. 211 *et seq.* O sistema de regras da razão prática é integrado por regras com caráter monológico e outras com caráter dialógico. As primeiras presidem também monólogos e não apenas os discursos práticos, portanto, não constituem regras *específicas* do discurso. São elas: a não contradição, a universalidade no sentido de um uso consistente dos predicados utilizados, a clareza lingüístico-conceitual, a verdade empírica, a consideração dos efeitos da decisão e, por último, a ponderação. As regras que especificamente possuem um caráter dialógico ou discursivo garantem a imparcialidade do discurso. Elas garantem a liberdade e a igualdade dos partícipes em uma argumentação, expressando ao nível do discurso os ideais liberais de autonomia e universalidade. As principais regras com conteúdo dialógico são: (1.) todos podem tomar parte no discurso; (2.a.) todos podem questionar qualquer afirmação; (2.b.) todos podem introduzir qualquer asserção no discurso; (2.c.) todos podem exteriorizar seus critérios, desejos e necessidades; e (3.) nenhum falante pode ser impedido de exercer a salvaguarda de seus direitos fixados em (1.) e (2.), quando dentro ou fora do discurso predomina a força. Segundo ALEXY, *Teoría del discurso y derechos humanos, cit.*, p. 68: "una norma sólo puede encontrar consentimiento universal en un discurso, cuando las consecuencias de su observancia general para la satisfacción de los intereses de cada uno puedan ser aceptadas por todos".

(...) a ideia do discurso não é uma ideia neutra. Ela encerra a universalidade e a autonomia da argumentação, e também uma concepção de imparcialidade apoiada nestas. A ideia do discurso é, assim, uma ideia essencialmente liberal. Por esta razão, os problemas em fundamentar uma posição liberal começam ao nível do discurso²⁸⁹.

Robert Alexy desenvolve sua estratégia de legitimação das regras do discurso a partir de uma argumentação que se divide em três partes também complementares: em primeiro lugar, com apoio nas reflexões de Karl O. Apel, Jürgen Habermas e John L. Austin, defende um argumento transcendental pragmático em sentido *débil* ou *fraco*, tendo em vista que “não oferece uma fundamentação infalível, mas somente uma reconstrução falível do conteúdo normativo fático de pressupostos da argumentação inevitáveis²⁹⁰”. Esse argumento é responsável por identificar um sistema de regras do discurso que presidem a *práxis* de argumentação, tal como a concebemos como participantes em nossa prática comunicativa cotidiana²⁹¹. A teoria do discurso “rastrea, desse modo, o potencial racional existente na realidade humana²⁹²”.

Em segundo lugar, as regras do discurso, embora legitimadas teoricamente, são apenas efetivamente cumpridas por aqueles que têm interesse em argumentação, correção e justiça. A experiência histórica, passada e recente,

²⁸⁹ *Id., ibid.*, p. 70.

²⁹⁰ *Id., ibid.*, p. 71. Argumentos transcendental-pragmáticos são argumentos filosófico-lingüísticos que esclarecem os pressupostos normativos necessariamente inscritos na argumentação prática e nos atos de fala individualmente considerados. Esses argumentos são responsáveis pela reconstrução dos ideais de liberdade e de igualdade que inevitavelmente presidem a argumentação se a concebermos – como aliás o fazemos – como uma prática comunicativa orientada somente pela força do melhor argumento e jamais pela força da violência ou da coerção. Robert Alexy desenvolveu tais argumentos a partir da teoria dos atos de fala elaborada por John L. Austin, filósofo analítico que integrou a Escola de Oxford. Veja: AUSTIN, J. L. *Quando dizer é fazer: palavras e ação*. Tradução e apresentação de Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990. O caráter fraco de tais argumentos reside no falibilismo de sua reconstrução normativa, pois como bem lembra HABERMAS, *Comentários à Ética do Discurso, cit.*, p. 188, grifo no original: “(...) Como não possuímos, na realidade, nenhum equivalente funcional para discursos racionais, não nos resta outra opção: temos de contar *inelutavelmente* com os pressupostos pragmáticos desta forma exigente de comunicação [a argumentação], porque não há, de facto, outra alternativa. Esta comprovação da não-rejeitabilidade factual de pressuposições de teor normativo de uma prática entrelaçada *internamente* com a nossa forma de vida sociocultural está certamente sujeita à constância dessa mesma forma de vida. Não podemos excluir *a priori* a sua possibilidade de transformação.”

²⁹¹ As regras do discurso, esclarece Robert Alexy, não definem uma forma particular ou concreta de vida, mas algo que é comum a toda forma de vida humana que é, por sua vez, essencialmente dialógica e comunicativa. No entanto, a centralidade da argumentação pode encontrar-se obscurecida pela existência histórica de tabus, tradições ou convenções que acabem por restringir ou anular os ideais de liberdade, igualdade e universalidade inscritos no discurso. Neste caso, os ideais normativos particularmente exigentes da teoria do discurso constituirão parâmetros fundamentais de avaliação e crítica das práticas e instituições políticas, sociais, culturais e jurídicas historicamente existentes. Confira, nesse sentido: ALEXY, *Teoría del discurso y derechos humanos, cit.*, p. 86 *et seq.*

²⁹² *Id., ibid.*, p. 86.

demonstra a fragilidade – e um certo idealismo ingênuo – em sustentar que o interesse em correção represente uma motivação suficientemente forte para o abandono definitivo do emprego da força, violência e dominação para a imposição dos interesses do mais forte ante os demais. O argumento transcendental em sentido débil supramencionado, excessivamente racionalista, abstrato e normativo, possui uma força motivacional muito reduzida. Em regra, quanto maior o grau de abstração ou idealização de uma razão para o agir, menor o respectivo potencial de motivação para o seu cumprimento.

Em terceiro lugar, mesmo para aqueles que não têm interesse em correção, o cumprimento das regras do discurso apresenta-se como algo vantajoso, tendo em vista que a legitimação obtida com tais regras é mais estável e menos custosa – portanto, mais eficiente – do que o exercício constante e exclusivo da força para a manutenção da dominação. O terceiro componente da argumentação sobre a legitimação das regras do discurso é centrado na maximização da utilidade individual²⁹³.

A legitimação dos direitos humanos implica, por sua vez, a justificação da forma, do conteúdo e da estrutura de tais direitos. A etapa seguinte da estratégia do autor para a legitimação dos direitos humanos e fundamentais tem início com a defesa da necessidade do direito para a institucionalização da teoria do discurso²⁹⁴. Os direitos humanos precisam assumir a forma jurídica para desenvolverem todo o seu potencial normativo. A teoria do discurso é uma teoria excessivamente idealizada e abstrata, tendo em vista que suas regras somente podem ser cumpridas de modo aproximativo diante das limitações de tempo, de conhecimento e de participantes que presidem o discurso jurídico. O direito oferece uma solução satisfatória para os três problemas fundamentais existentes no âmbito moral da teoria do discurso, quais sejam: os problemas de conhecimento, de execução e de organização.

Em primeiro lugar, a teoria do discurso não oferece um procedimento infalível que permita, em todos os casos, alcançar sempre de modo exato um único

²⁹³ Deste modo, conclui ALEXY, *Teoría del discurso y derechos humanos*, cit., p. 72: “as linhas kantiana e hobbesiana (...) se relacionam na fundamentação das regras do discurso. Nela se mantém, por certo, dominante a linha kantiana”.

²⁹⁴ ALEXY, Robert. “La fundamentación de los derechos humanos”. In: ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Traducción e introducción de Luis Villar Borda. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1995. p. 94-96.

resultado. No direito, a controvérsia, o dissenso e o desacordo constituem a regra e o consenso, ao contrário, a exceção. As regras do discurso não conduzem necessariamente a uma única resposta correta e, com isso, surge a importância da *decidibilidade* que define o direito diante do tempo limitado e da necessidade de pôr termo aos conflitos sociais. Em segundo lugar, o direito garante o cumprimento das normas legitimadas pelo discurso com apoio em sua coercibilidade, ou seja, através do uso potencial e legítimo da força estatal. Por último, as exigências morais da teoria do discurso, bem como outros valiosos fins éticos, somente podem ser concretizados em sociedades complexas e pluralistas por intermédio da organização e coordenação do direito. Em síntese, a forma jurídica é fundamental para a efetividade da garantia e da promoção dos direitos humanos nas sociedades contemporâneas.

Robert Alexy aduz a existência de duas classes de legitimação teórico-discursiva dos direitos humanos: a direta e a indireta. Há, em primeiro lugar, um grupo de direitos humanos diretamente legitimados sobre a base da teoria do discurso. Neste sentido, sem a garantia de tais direitos não há discurso ou argumentação possíveis: eles constituem a base jurídica do discurso prático. Eles são “discursivamente necessários [e] sua não validade é, também em sentido estrito, discursivamente impossível²⁹⁵”.

Por outro lado, os direitos humanos indiretamente legitimados pela teoria do discurso são direitos cuja justificação dá-se por meio de um processo político realizado de fato sob as condições exigidas pelo discurso. Eles são apenas direitos “discursivamente possíveis”, pois são o resultado de uma deliberação política histórica conduzida de modo aproximado segundo as regras do discurso. O primeiro grupo de direitos define o núcleo dos direitos humanos e uma concepção *minimalista* de tais direitos. O segundo grupo de direitos congrega direitos que são politicamente contingentes, isto é, direitos definidos pelo processo democrático, e que, portanto, podem sofrer restrições ou ampliações consoante a história política e ideológica de cada sociedade em particular.

Para a legitimação dos direitos humanos diretamente sobre a base do discurso, Robert Alexy desenvolve três argumentos que se reforçam mutuamente: o argumento da autonomia, do consenso e da democracia.

²⁹⁵ *Id.*, *ibid.*, p. 97.

O argumento da autonomia aduz que “aquele que toma seriamente parte em discursos pressupõe a autonomia de seu interlocutor, fato que exclui a negação de determinados direitos humanos²⁹⁶”. Segundo o princípio da autonomia, participam seriamente de discursos práticos aqueles que desejam resolver os conflitos sociais através da argumentação e do consenso discursivamente orientado e controlado, ou seja, renunciando ao uso da violência.

No entanto, nem todos ingressam no discurso com interesse em correção e pressupõem a autonomia de seu interlocutor. Na política, assim como no direito, os interesses estratégicos de poder, na grande maioria dos casos, se sobrepõem empiricamente à busca pelo melhor argumento. Não obstante, se desejam maximizar ao longo prazo suas utilidades individuais, precisam atuar como se estivessem “aparentemente” interessados em argumentação e na busca pelo melhor argumento, pois o exercício constante e habitual da violência não é o meio mais eficiente para a obtenção da legitimação política. Neste sentido, o agir “latentemente” estratégico dos partícipes interessados tão somente em auferir benefícios e vantagens pessoais em detrimento dos demais vive “parasitariamente” do uso da linguagem voltado para o entendimento mútuo, pois somente terá êxito enquanto uma das partes inadvertidamente continuar a pressupor de boa-fé que está participando seriamente em um discurso prático. Assim, inclusive nesse caso, as regras do discurso e o princípio da autonomia são confirmados e não excepcionados, mesmo que um dos participantes do discurso não atue necessariamente orientado para o entendimento²⁹⁷.

Do princípio de autonomia decorre um direito geral à liberdade, sintetizado a seguir: “cada um tem o direito de julgar livremente o que é conveniente e o que é bom e atuar em consequência²⁹⁸”. Por sua vez, do direito geral à liberdade pode ser especificado um sistema de direitos humanos que inclui, em primeiro lugar, todos os direitos de liberdade tradicionalmente positivados em instrumentos normativos internacionais e nas constituições contemporâneas que presidem sociedades

²⁹⁶ *Id., ibid.*, p. 100.

²⁹⁷ Sobre o agir estratégico latente, confira: HABERMAS, Jürgen. “Ações, atos de fala, interações mediadas pela linguagem e mundo da vida”. In: HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Tradução de Flávio Beno Siebenchler. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1990. p. 73-74.

²⁹⁸ ALEXY, Robert. *La fundamentación de los derechos humanos, cit.*, p. 111.

liberais e democráticas²⁹⁹. Em segundo lugar, são legitimados também direitos que configuram meios para a salvaguarda e promoção dos direitos de liberdade, tais como: “direitos à proteção pelo Estado e direitos sociais fundamentais, como, por exemplo, o direito a um mínimo existencial³⁰⁰”. Neste sentido, os direitos de liberdade e os direitos relativos ao mínimo existencial são direitos diretamente legitimados sobre a base da teoria do discurso.

Em segundo lugar, o argumento do consenso afirma que a igualdade e a universalidade dos direitos humanos constituem um resultado necessário do discurso, isto é, todos têm direito ao mesmo sistema básico de direitos humanos e fundamentais.

Por último, o argumento da democracia aduz que os ideais normativos inscritos na teoria do discurso somente poderão ser realizados de modo aproximado com a institucionalização jurídica de procedimentos democráticos de formação da opinião e da vontade e, ressalta-se, somente por este meio. Consoante o autor: “se na realidade é possível uma aproximação à correção e legitimidade, isto somente é possível na democracia³⁰¹”. Assim, também são legitimados com apoio na teoria do discurso os direitos fundamentais de participação política. Neste sentido, conclui Robert Alexy:

(...) quem está interessado em correção e legitimidade, tem que estar interessado também em democracia e igualmente terá de estar interessado em direitos fundamentais e direitos humanos³⁰².

A legitimação da Constituição é alcançada somente quando o seu texto consagra os direitos humanos sob a forma positiva de direitos fundamentais, bem como a participação democrática como principal método para a produção de decisões políticas. O ideal do discurso somente pode ser institucionalizado em um Estado constitucional democrático, no qual os direitos humanos, por um lado, e a democracia, por outro, apesar das inevitáveis tensões, passem definitivamente a

²⁹⁹ Por exemplo: direito à vida, à integridade física, direitos de personalidade, direito à liberdade básica de ação, liberdade de religião, de expressão, opinião, associação e reunião, liberdade de exercício de profissão, direito de propriedade, igualdade perante à lei, dentre outros.

³⁰⁰ ALEXY, Robert. *La fundamentación de los derechos humanos*, cit., p. 112-113.

³⁰¹ *Id.*, *ibid.*, p. 129.

³⁰² *Id.*, *ibid.*, p. 130.

constituir uma inseparável unidade conceitual para fins de legitimação da política e do direito nas sociedades pluralistas contemporâneas.

2.5.1.2 Representação argumentativa dos tribunais: possibilidades e limites

A representação argumentativa encontra-se intimamente relacionada com a temática acerca da legitimação e da reconciliação do sistema de controle de constitucionalidade das leis com a democracia representativa. O Tribunal Constitucional, segundo Robert Alexy, exerce o importante papel de “instância de reflexão do processo político³⁰³”, responsável pela representação argumentativa dos cidadãos. Esta inovadora e também polêmica tese apóia-se na seguinte intuição fundamental sustentada pelo autor: os direitos fundamentais têm uma importância tão grande que a decisão sobre a sua proteção e promoção não pode ser confiada, de modo exclusivo, às maiorias parlamentares ordinárias.

A argumentação jurídica, a participação da sociedade civil³⁰⁴ e o método da ponderação, este último aperfeiçoado analiticamente³⁰⁵, constituiriam a fundamentação racional para a representação argumentativa que, por sua vez, competiria com a representação política dos cidadãos no Poder Legislativo sobre a última palavra na definição de políticas públicas responsáveis pela garantia e concretização dos direitos fundamentais.

De acordo com Robert Alexy, o fato de os magistrados encontrarem-se constrangidos institucionalmente pela regras da argumentação jurídica e, sobretudo, pelos princípios da publicidade e da motivação de suas decisões contribuiria, em tese, para um maior grau de racionalidade da jurisdição constitucional em comparação com o debate político, fortemente marcado pela negociação e pela barganha com base nos interesses em conflito. Segundo o autor, “a representação

³⁰³ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, 217, 1999, p. 66.

³⁰⁴ Por exemplo, na qualidade de *amicci curiae* e na participação em audiências públicas sobre temas controvertidos na sociedade.

³⁰⁵ Cf. ALEXY, Robert. On balancing and subsumption: a structural comparison. *Ratio Juris*, v. 16, nº 4, 433-449, dez. 2003.

do povo no tribunal constitucional é puramente argumentativa³⁰⁶”, enquanto que a representação parlamentar constitui um conjunto, nem sempre coerente, composto por elementos decisionistas e discursivos.

A tese da representação argumentativa repousa sobre condições ou pressupostos excessivamente idealistas, cuja exigência é contrafática. Duas são as condições fundamentais para uma “verdadeira representação argumentativa³⁰⁷”: em primeiro lugar, a existência de argumentos corretos ou razoáveis; em segundo lugar, a existência de pessoas racionais e razoáveis – em especial, os magistrados – que estejam dispostas e sejam capazes de aceitar argumentos razoáveis pela simples razão de sua própria correção. A representação argumentativa institucionaliza, segundo o autor, o ideal de correção no Direito e, deste modo, possui prioridade epistêmica e moral sobre a representação baseada em eleições, negociações e barganha política. Neste sentido, conclui Robert Alexy:

O constitucionalismo discursivo, como um todo, é uma empresa para institucionalizar a razão e a correção. Se existem argumentos corretos e razoáveis, assim como, também, pessoas racionais, a razão e a correção estarão mais bem institucionalizadas mediante o controle de constitucionalidade do que sem este controle³⁰⁸.

Não é difícil perceber a força do discurso neoconstitucionalista com apoio nas reflexões de Robert Alexy para a legitimação da jurisdição constitucional. A tese da representação argumentativa foi recentemente recepcionada pelo discurso do Min. Gilmar Mendes como uma estratégia para a legitimação da expansão da competência institucional do tribunal por meio de um ativismo jurisdicional e também contra-majoritário.

Em entrevista, o Min. Gilmar Mendes afirmou que o Supremo Tribunal Federal é “um espaço democrático (...) aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas³⁰⁹”, citando expressamente a teoria do jusfilósofo alemão. Conforme a declaração do Presidente do STF à época, que foi voto vencido no caso sob exame, a inovação mais

³⁰⁶ ALEXY, Robert. “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”. In: ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. México: Distribuciones Fontamara, 2005, p. 100.

³⁰⁷ *Id., ibid.*, p. 102.

³⁰⁸ *Id., ibid.*, p. 103.

³⁰⁹ *Jornal O Valor Econômico*, 09/06/2008, disponível em: <http://www.valor.com.br>.

importante no julgamento refere-se à legitimação do papel do tribunal como “casa do povo” para suprir as deficiências normativas, mediante a prolatação de sentenças de perfil aditivo, no processo de deliberação e elaboração das leis.

Segundo o Min. Gilmar Mendes, a representação pela argumentação é concretizada em audiências públicas, mediante a atuação do Ministério Público e da Advocacia-Geral da União, a participação da advocacia privada e, por fim, a presença dos *amicci curiae*. Deste modo, o tribunal receberia todo o tipo de argumentos, razões e de pontos de vista diferenciados sobre temas polêmicos na sociedade, como é o caso da pesquisa com células-tronco embrionárias para fins terapêuticos. Além disso, diferentemente das decisões do Poder Legislativo, as decisões dos tribunais, em especial as do STF, “só ganham peso se conseguem convencer³¹⁰”. Nas decisões do poder político existiria, segundo esta visão, um déficit na argumentação, pois o Congresso, ao contrário dos tribunais, não se encontraria limitado por um dever expresso de fundamentação discursiva de suas decisões.

A estratégia de legitimação discursiva da jurisdição constitucional é retomada pelo Min. Gilmar Mendes em sua argumentação na ADI 3.510. No início do voto, refere-se ao STF como “um foro de argumentação e de reflexão com eco na coletividade e nas instituições democráticas³¹¹”. Em seguida, desenvolve uma estratégia de legitimação da atuação do tribunal em casos constitucionais difíceis, com forte conotação moral e política, destacando a competência do STF “[em] dar a última palavra sobre quais direitos a Constituição protege³¹²”, com fundamento nas teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy. Com apoio expressamente na tese sobre a representação argumentativa, o Min. Gilmar Mendes assevera:

O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas. As audiências públicas, nas quais são ouvidos os expertos sobre a matéria em debate, a intervenção dos *amici curiae*, com suas contribuições jurídica e socialmente relevantes, assim como a intervenção do Ministério Público, como representante de toda a sociedade perante o Tribunal, e das advocacias pública e privada, na defesa de seus interesses, fazem desta Corte também um *espaço*

³¹⁰ *Idem*.

³¹¹ Voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes na ADI nº 3510-0, p. 01. Disponível em [http://: www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br).

³¹² *Idem*, p. 02.

democrático. Um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas.³¹³

Segundo o Min. Gilmar Mendes, o debate democrático sobre o tema da pesquisa com células-tronco embrionárias para fins terapêuticos não terminou no âmbito do Congresso Nacional com a discussão e aprovação da Lei sobre Biossegurança, particularmente a controvérsia em torno do seu artigo 5º. O debate “democrático” permanece e se intensifica, como se fosse um “terceiro turno” de deliberação e votação, no âmbito do STF com a “nota distintiva da racionalidade argumentativa e procedimental própria de uma jurisdição Constitucional³¹⁴”.

Neste momento, mais uma vez, os ativismos jurisdicional e contra-majoritário aproximam-se da criatividade judicial. Seguindo o raciocínio acima, com apoio nas técnicas de decisão atípicas no controle de constitucionalidade, os ministros do STF podem suprir eventuais deficiências ou omissões na legislação, modificando, corrigindo e incluindo, mediante sentenças aditivas, novas regras ou requisitos normativos com a intenção de aperfeiçoá-la, tendo como parâmetro de decisão “o princípio da proporcionalidade como proibição da proteção insuficiente³¹⁵”.

2.5.2. John Rawls e a teoria da justiça como equidade

2.5.2.1 Filosofia e Direito no pensamento de John Rawls

Em primeiro lugar, a filosofia política possui uma função *prática*³¹⁶: ou seja, uma das tarefas da filosofia política “é a de focar questões profundamente controversas e verificar se, a despeito das aparências, é possível descobrir alguma base subjacente de acordo político e moral³¹⁷”. Se tal acordo não puder ser alcançado, aduz Rawls, talvez a divergência subjacente às diferentes opiniões controversas possa, com o auxílio da reflexão filosófica, “ao menos ser reduzida

³¹³ *Idem*, p. 03-04, grifo no original.

³¹⁴ *Idem*, p. 05.

³¹⁵ *Idem*, p. 18.

³¹⁶ Cf. VITA, Álvaro de. A tarefa prática da filosofia política em John Rawls. *Revista Lua Nova*, São Paulo, nº 25, p. 05-24, 1992.

³¹⁷ RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*, cit., p. 02.

para que se mantenha a cooperação social com base no respeito mútuo entre cidadãos³¹⁸”.

Rawls já havia se dedicado a esta questão em seu ensaio *A teoria da justiça como equidade: uma concepção política, e não metafísica*, em 1985, cujo principal objetivo era evitar uma interpretação equivocada de sua teoria que postulava uma pretensão à validade universal da mesma (isto é, válida para todo ser racional com fundamento em uma teoria da escolha racional) ou, então, que dissesse respeito à natureza ou à identidade essenciais da pessoa. No entanto, tal interpretação, julgada equivocada pelo autor, não carece de fundamentação, pois em TJ o próprio Rawls afirmara que:

(...) o mérito da terminologia do contrato é que ela transmite a ideia de que princípios de justiça podem ser concebidos como princípios que seriam escolhidos por pessoas racionais e que assim as concepções de justiça podem ser explicadas e justificadas. *A teoria da justiça é uma parte, talvez a mais significativa, da teoria da escolha racional*³¹⁹”.

Decerto, a partir de 1985, período que inclui a obra sob comento, o autor paulatinamente vem se inclinando a favor da metodologia do “equilíbrio reflexivo³²⁰” como instância fundamental em seu processo de justificação da teoria da justiça como equidade, elaborando uma exposição que procura reconstruir a moralidade presente em uma democracia constitucional, afastando-se de outra estratégia de justificação presente em TJ que era a do contratualismo fundado em uma situação

³¹⁸ *Id.*, *ibid.*, p. 02.

³¹⁹ *Id.*, *Uma Teoria da Justiça*, *cit.*, p. 18, grifo nosso.

³²⁰ *Cf. Id.*, *Uma Teoria da Justiça*, *cit.*, § 9. A noção de equilíbrio refletido (ou reflexivo) também é discutida pelo autor em *Justiça como equidade: uma reformulação*, *cit.*, § 10. A teoria da justiça como equidade, aduz o autor, pretende descrever o nosso senso de justiça. Esta tarefa pode ser comparada com o problema da descrição das regras que presidem a correção gramatical das frases de nossa língua natal. Decerto, as diferentes regras que presidem o modo correto de escrever e de falar exigem conhecimentos teóricos que em muito ultrapassam os nossos conhecimentos gramaticais explícitos, não obstante sejamos competentes aos nos comunicarmos. Do mesmo modo, uma teoria da justiça procura explicitar os princípios que presidem os nossos julgamentos morais. Tais princípios não se identificam com os preceitos do senso comum, assim como as regras que presidem a linguagem não podem ser integralmente explicitadas pelos padrões lingüísticos aos quais recorremos em nossa comunicação cotidiana. Assim, a tarefa de reconstrução de uma teoria moral, que comentaremos adiante, não se reduz à explicitação de juízos assentes no senso comum, mas dos princípios que presidem tais juízos e que muitas vezes demandam construções teóricas que vão muito além dos padrões normativos expressos pelo senso comum. A ideia de um equilíbrio refletido refere-se “ao estado que se atinge depois que uma pessoa avaliou várias concepções propostas e decidiu ou revisar seus juízos para conformar-se com um deles ou manter-se firme nas próprias convicções iniciais (e na concepção correspondente)” (RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*, *cit.*, p. 52). A metodologia do “equilíbrio reflexivo” pressupõe uma concepção de fundamentação filosófica baseada, sobretudo, na *coerência* entre, por um lado, as ideias fundamentais que supostamente presidiriam o nosso senso de justiça e, por outro, os princípios de justiça propostos pela teoria da justiça como equidade. Essa metodologia, opõe-se, assim, a tentativas de fundamentação *a priori* ou alicerçadas unicamente em verdades da lógica ou em definições.

inicial de escolha estritamente racional. Aliás, é bastante plausível fundamentar a teoria da justiça como equidade afastando-se do recurso à noção político-filosófica de contrato, evitando assim uma série de mal-entendidos que acabam por ofuscar o sentido reconstrutivista da posição original a partir de intuições morais implicitamente compartilhadas por membros de uma sociedade democrática.

O objeto de uma concepção política de justiça passa a ser, então, a estrutura básica de uma democracia constitucional moderna, isto é, suas instituições políticas, econômicas e sociais fundamentais, e não mais a estrutura básica de uma sociedade bem-ordenada considerada de um modo geral, porém pouco realista, conforme conclusão do próprio autor. Nesse sentido, argumenta John Rawls:

(...) uma vez que a teoria da justiça como equidade é concebida como uma concepção política da justiça válida para uma democracia, ela deve tentar apoiar-se apenas nas ideias intuitivas que estão na base das instituições políticas de um regime democrático constitucional e nas tradições públicas que regem a sua interpretação. Trata-se de uma concepção política em parte porque ela provém de uma certa tradição política³²¹.

O autor propõe, no aludido ensaio, uma importante distinção entre a tarefa prática da filosofia política e o caráter epistêmico que atribui à filosofia moral: a filosofia política almeja alcançar um acordo político voluntário, tido como aceitável, entre cidadãos considerados como pessoas livres e iguais, organizando e conferindo coerência às nossas ideias e juízos bem ponderados (isto é, obtidos em uma situação de equilíbrio reflexivo) e sistematizando-os em uma concepção coerente de justiça. A filosofia moral - enquanto uma doutrina abrangente - ergueria uma pretensão à verdade que seria inconciliável com a busca de um acordo político capaz de abarcar o fato do pluralismo razoável. A defesa de uma “verdade” moral (ou seja, de uma abordagem epistemológica dos juízos morais) em assuntos de justiça social contém, inevitavelmente, um viés autoritário que é incompatível com o princípio de tolerância que preside as relações sociais no interior de uma sociedade democrática, isto é, “entendida como uma cooperação política baseada no respeito mútuo³²²”.

³²¹ *Id.*, “A teoria da justiça como equidade: uma teoria política, e não metafísica”. In: _____. *Justiça e democracia, cit.*, p. 204-205.

³²² *Id.*, *ibid.*, p. 206.

Além do mais, a introdução de uma abordagem epistemológica no âmbito dos juízos morais é também incompatível com a ideia de um desacordo razoável que muitas vezes tem lugar nas deliberações sobre questões acerca da justiça. A existência de desacordos, todos razoáveis, é insuperável inclusive quando todos os participantes de uma discussão estão sinceramente dispostos a alcançar um consenso sobre uma determinada questão. Os aludidos desacordos, em muitos casos, seriam insuperáveis em razão dos “limites do juízo”, isto é, dificuldades práticas na ponderação de aspectos empíricos e normativos de uma questão que impossibilitam, apesar da sinceridade de todos os participantes, a concretização de um acordo.

Nesse ponto, o autor adota uma definição restrita de filosofia moral enquanto uma concepção que busca a “verdade” a partir de nossos julgamentos morais. Tal definição é apropriada quando nos referimos às diferentes versões do intuicionismo ético, mas não às recentes formulações filosóficas de Habermas³²³ ou de Ernst Tugendhat³²⁴, por exemplo. Para esses autores, a ideia de “verdade” parece mais apropriada à lógica dos juízos de fato, passíveis de verdade ou falsidade, enquanto os juízos normativos parecem erguer uma pretensão de correção, razoabilidade ou plausibilidade, sujeitos à argumentação (isto é, a uma comunicação exigente onde

³²³ Cf. SIEBENEICHLER, Flávio Beno. Uma filosofia do direito procedimental. *Revista Tempo Brasileiro*, Rio de Janeiro, nº 138, p. 153-172, jul.-set., 1999. Segundo Habermas, explica-nos o autor, “a filosofia pode, a partir de agora, concentrar-se na tarefa racional e falível de reconstruir, a cada passo, o saber que subjaz às nossas ‘intuições gramaticais’, ao mundo da vida, às ciências, às instituições sociais [máxime o Direito], à arte, etc. Esse trabalho torna-se possível graças ao seu poder ‘poliglota’, que lhe permite intermediar entre a linguagem coloquial geral e as linguagens especializadas das diferentes áreas e sistemas [por exemplo, a linguagem jurídica]. Porém, ela está impedida de farejar bases ou ‘fundamentos últimos’ esquecidos de nosso ser ou de nossa cultura. Faculta-se-lhes apenas a explicação hermenêutica de ‘algo que sempre soubemos’ e de ‘algo que sempre fomos capazes de fazer’. A [centralidade] no mundo da vida abre o campo para uma nova tarefa crítica, pois a filosofia, ciente de que não possui um acesso direto à verdade [tendo em vista que todo relacionamento com o “real” é mediado pela linguagem] e de que depende do mundo da vida, pode emprestar-lhe a sua voz, tematizando as intuições do mundo da vida feridas e valorizando-as contra modelos teóricos que não fazem juz a elas” (p. 154). A renúncia à pretensão de uma fundamentação última é também partilhada por Rawls, desde TJ, argumentando em *Justiça como equidade: uma reformulação* que “a concepção política mais razoável para nós é aquela que melhor se ajusta a todas as nossas convicções refletidas e as organiza numa visão coerente. Em qualquer momento dado, é isso o melhor que podemos fazer” (RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*, cit., p. 44). Em *Uma Teoria da Justiça*, Rawls afirmara que: “não pretendo que os princípios de justiça propostos sejam verdades necessárias ou que possam ser derivados desse tipo de verdade. Uma concepção de justiça não pode ser deduzida de premissas axiomáticas ou de pressupostos impostos aos princípios; ao contrário, sua justificativa é um problema de corroboração mútua de muitas considerações, do ajuste de toas as partes numa única visão coerente” (RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*, cit., p. 23).

³²⁴ Cf. TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre Ética*. Tradução de Róbson R. Reis et al. 5ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2003. Para o autor, “a filosofia não pode fazer nada mais do que analisar adequadamente em suas pressuposições uma pré-compreensão existente; ela não possui nenhum ponto de referência extramundano, próprio” (p. 28) e, nesse sentido, “isto significa, portanto, que a objetividade dos juízos pertencentes a esta moral [isto é, a concepção defendida pelo autor] pode pretender meramente a plausibilidade. Isto é menos do que o simples estar fundamentado. Entretanto, é mais do que uma intuição sem fundamentação e sem discussão com outros conceitos” (p. 29).

há a troca de razões entre falantes e ouvintes, consoante Habermas) e não à verificação, intuição ou demonstração.

Em segundo lugar, John Rawls ressalta a função de *orientação* da filosofia política, definindo-a nos seguintes termos:

(...) é a possível contribuição da filosofia política para o modo de um povo pensar o conjunto de suas instituições políticas e sociais, assim como suas metas e aspirações básicas enquanto sociedade com uma história – uma nação – em contraposição a suas metas e aspirações enquanto indivíduos, ou enquanto membros de famílias e associações³²⁵.

A tarefa de orientação da filosofia política diz respeito sobretudo à reflexão, teórica e prática, acerca das questões ético-políticas³²⁶, isto é, aquelas que almejam definir e hierarquizar os fins políticos e sociais perseguidos por uma determinada comunidade, conciliando-os com princípios de justiça que permitam identificar quais os fins razoáveis dentre os inúmeros que se apresentam à eleição.

A questão do relacionamento entre as diferentes concepções de bem, ou seja, os distintos sistemas de finalidades individuais ou coletivas, e a ideia do “justo” ocupa um lugar central em teorias deontológicas, de inspiração kantiana, onde o bem somente é definido em função daquilo que é considerado justo. A teoria da justiça como equidade, enquanto um exemplo de concepção deontológica, apregoa a prioridade do justo sobre o bem: tal prioridade significa que os princípios de justiça impõem restrições às formas de vida admissíveis (e suas respectivas concepções de bem), no sentido de que somente são razoáveis aquelas concepções de bem, individuais ou coletivas, conciliáveis com uma concepção política de justiça³²⁷.

Uma terceira função da filosofia política, destacada por Hegel em *Filosofia do Direito* (1821), é a de *reconciliação*, ou seja:

A filosofia política pode tentar acalmar nossa raiva e frustração contra a sociedade e sua história mostrando-nos como suas instituições, quando propriamente entendidas de um ponto de vista filosófico, são racionais, e se desenvolveram ao longo do tempo da maneira como o fizeram para atingir a sua forma racional atual³²⁸.

³²⁵ RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*, cit., p. 03.

³²⁶ Sobre a distinção fundamental entre questões pragmáticas, ético-existenciais, ético-políticas e morais conferir HABERMAS, Jürgen. “Acerca do uso pragmático, ético e moral da razão prática”. In: _____. *Comentários à Ética do Discurso*. Tradução de G. L. Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 101-117.

³²⁷ Cf. RAWLS, John. *O liberalismo político*, cit., conferência V.

³²⁸ *Id.*, *Justiça como equidade: uma reformulação*, cit., p. 04.

Contribuindo para uma interpretação normativa do direito, a função de reconciliação da filosofia política apregoada por Rawls pode ser entendida no sentido de uma perquirição acerca de fragmentos de uma “razão existente”, mesmo que distorcida, inseridos nas práticas jurídicas e legislativas concretas, prevenindo-nos de uma atitude de resignação ante nosso mundo social, marcado particularmente por um amplo espectro de desigualdades políticas, sociais e econômicas injustificáveis. Ao criticarmos tais desigualdades injustificáveis, apelamos para uma compreensão normativa do direito e da democracia que ressalta a relação entre o direito e a justiça, bem como a imparcialidade e a racionalidade que devem presidir a deliberação sobre questões públicas.

Essa compreensão normativa não é constituída por ideais que um teórico solitário erige arbitrariamente contra a realidade. Os conteúdos normativos aos quais apelamos em nossas críticas às desigualdades injustificadas estão inseridos em nossas próprias práticas comunicativas cotidianas, das quais não podemos prescindir, principalmente quando nos reconhecemos reciprocamente como cidadãos livres e iguais em oportunidades, direitos e deveres³²⁹.

O direito, segundo essa interpretação, passaria a constituir, então, o *medium*³³⁰ por excelência responsável pela reconciliação entre as dimensões empírica e normativa na *práxis* cotidiana, almejando conformar, sempre de um modo aproximado, o ser ao dever-ser³³¹. Podemos vislumbrar, com base nas

³²⁹ HABERMAS, Jürgen. “Sobre o alcance e as limitações das teorias”. In: _____. *Passado como Futuro*. Tradução de Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993. p. 98.

³³⁰ Na definição proposta, o vocábulo latino *medium* (“meio”) não deve ser entendido somente em um sentido instrumental, isto é, enquanto um recurso que serve para alcançar algum fim (*in casu*, o da conformação, de um modo aproximado, do ser ao dever-ser). Essa acepção não seria capaz de expressar a plenitude do significado do aludido vocábulo no contexto da definição esboçada. *Medium* refere-se também à linguagem, no caso, à linguagem jurídica – não à linguagem técnica ou dogmática do direito – mas a que utilizamos em nosso cotidiano quando julgamos algo como sendo injusto ou quando reivindicamos o respeito aos nossos direitos quando os vemos ofendidos de um modo injustificado. Desse modo, *medium* não se refere apenas ao Direito enquanto instituição, mas sobretudo à forma lingüística (intuitivamente jurídica) à qual necessariamente apelam, por exemplo, as reivindicações dos cidadãos quando pretendem o reconhecimento de algum direito não contemplado pelo ordenamento jurídico ou quando exigem a cessação de um *status quo* que ofende ou inviabiliza o exercício de algum direito. (Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de F. B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Vol. II. p. 99-106)

³³¹ Cf. HERRERO, Francisco Javier. “Ética na construção da política” In: DOMINGUES, Ivan et al. (Orgs.). *Ética, Política e Cultura*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002. Para o autor, filiando-se à interpretação habermasiana, o direito é responsável pela institucionalização de discursos reais que garantem o princípio de reciprocidade dialógica, isto é, aquele que assevera que nada pode ser reivindicado como válido a não ser aquilo que possa ser fundamentado racionalmente através de argumentos. O princípio de reciprocidade dialógica, aduz o autor, exige o reconhecimento mútuo da liberdade de todos (isto é, da “liberdade comunicativa” de todo indivíduo, consoante Habermas) e da igualdade em direitos, pois todo sujeito deve poder levantar questões e expor seus pontos de vista em discursos reais sem restrições externas e em igualdade de oportunidades. O direito, no entanto, impõe limitações referentes ao tempo, espaço e competência daqueles autorizados a participarem de

considerações teóricas de Rawls, um “entrelaçamento”³³² das dimensões empírica e normativa: conforme explicitamos, o direito – enquanto uma instituição básica da sociedade – conforma a realidade social segundo suas prescrições (por meio de regras e princípios). Por outro lado, a dimensão normativa também é influenciada por elementos empíricos³³³: por exemplo, somente em presença de determinadas circunstâncias empíricas, tais como a escassez moderada de bens e a necessidade de cooperação social para que todos tenham um padrão de vida decente (isto é, a divisão social do trabalho), é que surge “a oportunidade para a virtude da justiça [distributiva ou social]”³³⁴. Outro “dado” (isto é, um elemento empírico permanente

discursos jurídicos. Não obstante, as mesmas questões podem ser discutidas em um espaço público, pluralista e heterogêneo, que se caracteriza, em regra, pelo livre fluxo de temas e de contribuições por parte dos cidadãos, transcendendo as limitações inerentes à institucionalização jurídica. Isso significa que somente de um modo muito aproximado os pressupostos comunicativos gerais (isto é, aqueles que presidem os discursos morais) poderão ser satisfeitos pela institucionalização jurídica. Por outro lado, o resultado da deliberação ganha em efetividade (assegurada pela coercibilidade inerente a toda norma qualificada de jurídica) e aplicabilidade, fato que supre o déficit motivacional e a generalidade das normas morais.

³³² A ideia de um “entrelaçamento” de fatos e normas contrapõe-se à clássica dicotomia postulada pelo positivismo lógico que cria um “abismo” entre os enunciados normativos e os empíricos. Hilary Putnan enumera, de um modo claro e sintético, as duas teses fundamentais do positivismo lógico: (1) as afirmações científicas – exceto os enunciados lógicos e matemáticos – são “empiricamente comprováveis”, isto é, passíveis de verdade ou falsidade segundo um método de verificação, em regra, fundado sobre uma teoria da verdade enquanto correspondência (ou seja, uma *adaequatio rei et intellectus*) e (2) as afirmações éticas carecem de significado cognoscitivo em razão de ausência de um “método de verificação”, integrando tais enunciados o campo do irracional, do arbitrário ou do subjetivo. Cf. PUTNAN, Hilary. “La objetividad y la distinción ciencia-ética” In: NUSSBAUM, Martha C.; SEN, Amartya (Comp.). *La Calidad de Vida*. Traducción de R. R. Mazzoni. México: Fondo de Cultura Económica, 1996. p. 193 *et. seq.*

³⁸ Cf. VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. *Ética*. Tradução de João Dell’ Anna. 18ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998. Cap. 10. Para o positivismo toda tentativa de uma fundamentação racional dos “juízos” morais estaria fadada ao fracasso. Utilizo o conceito *juízo* entre aspas porque (1) um juízo pressupõe as atividades intelectuais de abstração, de comparação e de síntese por notas comuns, que são eminentemente racionais e (2) para o positivismo lógico, tais “juízos” não passariam de sentimentos morais expressos sob uma aparente indumentária racional, desempenhando somente uma função expressiva (A. J. Ayer) ou, também, uma função apelativa (C. Stevenson) no sentido de que a argumentação moral, apenas aparentemente racional, consistiria, tão somente, um procedimento de *influência psíquica recíproca* tendente sobretudo a evocar certos sentimentos experimentados originalmente pelos falantes em seus ouvintes. Como tais autores restringiam o processo de justificação ao raciocínio lógico-dedutivo, aparecia-lhes como insuperável a dicotomia entre ser e dever-ser (sintetizada na famosa “guilhotina de Hume”) de tal modo que seria um equívoco lógico derivar um juízo normativo (um “deve ser x”) de um juízo de fato (“é x”) ou, então, elevar um fato à categoria de norma. Apesar de correta tal assertiva, isso não significa que uma norma não tenha qualquer relação com o fato, tornando-se ou uma instância definida independentemente de qualquer elemento empírico (*intuicionismo ético*, bem como o seu reflexo na teoria jurídica, ou seja, as diferentes concepções de um direito “natural ou racional”) ou que os enunciados normativos permaneçam relegados ao campo do subjetivo e do arbitrário (*subjetivismo ético*, assim como o seu reflexo, no direito, em diversas modalidades de realismos, positivismos e decisionismos jurídicos). Como bem assevera Sánchez Vázquez, “embora as normas não possam ser derivadas logicamente dos juízos a respeito dos fatos citados, é preciso recorrer a eles para compreender a sua existência, a sua necessidade social e, inclusive, a sua validade, ainda que (...) não baste apoiar-se nos fatos para justificar a sua razão de ser” (p. 215). Cf. também PERELMAN, Chaïm. “É possível fundamentar os direitos do homem?” In: _____. *Ética e Direito*. Tradução de Maria E. Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 392-400. Perelman também tece relevantes considerações sobre a questão: a tarefa de justificar normas “não consiste em absoluto numa dedução de um dever-ser a partir de um ser, de um *sollen* a partir de um *sein*, mas na estruturação dessas normas a partir de uma visão do real indissociável de um realce, portanto de uma valorização, seja de certos seres, seja de certos aspectos do ser” (p. 397).

³³⁴ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*, *cit.*, p. 138.

em uma sociedade democrática) relevante para uma teoria política da justiça é o fato do pluralismo. Não seria possível, segundo o autor, a formulação de uma concepção política e razoável de justiça que não considerasse como traço cultural distintivo de uma sociedade democrática o fato do pluralismo³³⁵. Decerto, também o direito submete-se às três circunstâncias da justiça acima aludidas.

Entendida como uma variação da anterior, Rawls apresenta, por último, a função da filosofia política enquanto uma *utopia realista*, ou seja, “como exame dos limites da possibilidade política praticável³³⁶”. O autor modifica ligeiramente a definição do que entende por “utopia realista” em *O Direito dos Povos*, quando afirma que “a filosofia política é realisticamente utópica quando *estende* o que comumente pensamos ser os limites da possibilidade política praticável e, ao fazê-lo, nos reconcilia com a nossa condição política e social³³⁷”.

A filosofia política contribui no sentido de que sua reflexão municia-nos com argumentos favoráveis ao fato de que a sociedade a que aspiramos, e que pressupomos em nossas críticas às práticas injustas cotidianas, é factível e pode existir efetivamente através de transformações institucionais que eliminem as desigualdades injustificáveis. O principal limite às transformações políticas é o fato do pluralismo razoável, quando são levadas a termo objetivando a manutenção ou a construção de uma sociedade democrática. O fato do pluralismo impõe-se, assim, às diferentes doutrinas político-filosóficas, sejam elas de índole liberal ou socialista.

Em seguida, Rawls expõe as ideias fundamentais de sua teoria da justiça, julgando-as pressupostas na cultura pública e na tradição de uma sociedade democrática. São, ao todo, seis ideias fundamentais que constituem o alicerce intuitivo de uma concepção política de justiça: a primeira ideia, considerada central pelo autor, é a de sociedade como um sistema eqüitativo de cooperação que se mantém de uma geração para outra³³⁸; a segunda, a ideia de uma sociedade bem-ordenada regida efetivamente por uma concepção pública de justiça³³⁹; em terceiro,

³³⁵ Cf. *Id.*, *Justiça como eqüidade: uma reformulação*, *cit.*, §§ 1.4 e 24.

³³⁶ *Id.*, *ibid.*, p. 05-06.

³³⁷ *Id.*, *O Direito dos Povos*, *cit.*, p. 15 *et seq.*, grifo nosso.

³³⁸ *Id.*, *Justiça como eqüidade: uma reformulação*, *cit.*, § 2.

³³⁹ *Id.*, *ibid.*, § 3.

a ideia de uma estrutura básica da sociedade, formada por suas principais instituições políticas, econômicas e sociais, e que constitui o objeto da teoria da justiça como equidade³⁴⁰; em quarto, a ideia de uma posição original como um procedimento de representação que formaliza as nossas convicções morais refletidas quando discutimos sobre questões de justiça³⁴¹; em quinto, a ideia fundamental de pessoas livres e iguais³⁴² e, por último, a ideia de uma justificação pública da teoria da justiça como equidade³⁴³.

A posição original pode ser formulada e interpretada em razão de diferentes estratégias de justificação filosófica adotadas pelo autor. Podemos, em primeiro lugar, conceber a ideia de posição original como uma generalização da “ideia familiar de contrato social³⁴⁴”, no sentido de que representa um acordo, sob condições equitativas, a respeito dos dois princípios de justiça para a estrutura básica da sociedade, e não para a instituição de uma determinada forma de governo, conforme o contratualismo clássico (J. Locke).

O autor ressalta o seu caráter *hipotético*, isto é, na medida em que tal ideia serve para formularmos a questão acerca de quais princípios de justiça poderiam ser razoavelmente propostos tendo em vista uma situação equitativa de escolha. É também uma ideia que não pressupõe o fato de que tal acordo equitativo tenha sido realmente celebrado alguma vez ou, então, que venha algum dia a ser concretizado, aliás, tais considerações em nada afetariam o caráter normativo da teoria. Nesse sentido, poderíamos dizer que a ideia de posição original é contrafática. A utilização pelo autor da ideia de contrato objetiva ressaltar o acordo alcançado sob restrições equitativas a respeito dos princípios de justiça aptos a regerem a cooperação social.

³⁴⁰ *Id., ibid.*, § 4.

³⁴¹ *Id., ibid.*, § 6.

³⁴² *Id., ibid.*, § 7. A concepção de pessoa na teoria da justiça como equidade é elaborada a partir do modo como os cidadãos são vistos na cultura política pública de uma sociedade democrática e compreende as “duas faculdades morais”: a primeira é a capacidade de ter um senso de justiça, isto é, a capacidade de compreender e aplicar os princípios de justiça política e de agir a partir deles. A segunda faculdade moral é a capacidade de formular uma concepção de bem, ou seja, a capacidade de ter, revisar e buscar alcançar de um modo racional um determinado sistema de fins individuais ou coletivos. Essas duas faculdades morais constituem a base da igualdade entre os cidadãos, na medida em que é pressuposto o fato de que todos têm, ao menos em um grau essencial, ambas as faculdades necessárias para o engajamento na cooperação social.

³⁴³ *Id., ibid.*, § 9-11.

³⁴⁴ *Id., ibid.*, p. 23.

Há, no entanto, uma segunda estratégia de fundamentação, na qual o autor aduz ser a posição original “um procedimento de representação ou um experimento mental para os propósitos de esclarecimento público³⁴⁵” acerca de duas convicções refletidas que presidiriam os nossos julgamentos morais: nesse sentido, a posição original é um modelo do que consideramos, em primeiro lugar, como sendo condições eqüitativas (isto é, simétricas) razoáveis sob as quais concordaríamos, enquanto cidadãos livres e iguais, serem justos os princípios de justiça acordados e, em segundo, o que consideramos como sendo restrições razoáveis quando discutimos sobre questões de justiça política. Tais restrições, ou limites de informação, são representadas pelo véu de ignorância³⁴⁶.

O *veil of ignorance* explicita algumas restrições que aceitamos – ou supostamente aceitaríamos – como sendo razoáveis quando discutimos sobre questões de justiça: tal procedimento objetiva formalizar nossa convicção refletida básica de que, em julgamentos morais, os cidadãos são iguais em todos os aspectos relevantes, isto é, todos nós somos iguais porque somos igualmente

³⁴⁵ *Id.*, *ibid.*, p. 24. Sobre o significado da posição original, esclarece o autor: “Será que essa posição é uma assembléia geral que inclui num determinado momento todas as pessoas que vivem num certo tempo? Não. Será uma reunião de todas as pessoas existentes ou possíveis? Certamente não. Podemos, por assim dizer, entrar nela e, em caso afirmativo, quando? Podemos entrar nela a qualquer momento. Como? Por meio do raciocínio, respeitando as restrições do modelo, citando apenas razões admitidas por essas restrições” (RAWLS, John. *Justiça como eqüidade: uma reformulação*, *cit.*, p. 122). A posição original constitui um “guia” para as nossas intuições morais, enfatizando alguns aspectos que poderiam restar esquecidos sem o seu auxílio. Nesse sentido, ela deve ser interpretada de um modo que possamos, a qualquer tempo, adotar sua perspectiva quando discutimos sobre questões de justiça. São pertinentes, ainda, algumas relevantes considerações teóricas sobre o significado da ideia de posição original: consoante expusemos na nota de rodapé nº 9, Rawls define sua teoria da justiça como uma modalidade de construtivismo político, assim como a posição original é também definida como um procedimento de construção. Surgem, inevitavelmente, as seguintes questões: o que é construído e o que é reconstruído com a noção de posição original? São as duas perspectivas – construção e reconstrução – incompatíveis ou complementares? Ambas são indagações certamente bastante complexas, cuja análise detalhada (e merecida) ficará para outra oportunidade. O autor tece algumas rápidas considerações sobre essa questão, que oferecem, ao menos, uma resposta provisória (isto é, não desenvolvida em sua plenitude), ao afirmar que: “nem tudo, portanto, é construído; precisamos dispor de um material, por assim dizer, com o qual começar. Num sentido mais literal, somente os princípios substantivos que especificam o conteúdo da justiça e do direito políticos são construídos. O próprio procedimento é simplesmente estipulado, usando-se como pontos de partida as concepções básicas de sociedade e de pessoa, os princípios da razão prática e o papel público de uma concepção política de justiça” (RAWLS, John. *O liberalismo político*, *cit.*, p. 150). Seriam tais “pontos de partida” objetos de uma reconstrução filosófica pelo autor? Entendo que sim. A reconstrução dá-se a partir da moralidade implícita em uma cultura democrática. Desse modo, em uma primeira análise, as duas perspectivas parecem complementares, na medida em que o processo de construção que conduz à opção pelos dois princípios de justiça pressupõe certas convicções bem ponderadas que não são construídas, mas elucidadas e tornadas coerentes com o recurso à análise filosófica.

³⁴⁶ *Id.*, *ibid.*, § 25. O *veil of ignorance* restringe as seguintes informações: em primeiro lugar, ninguém sabe qual é a sua posição ou *status* social; em segundo, ninguém conhece a sua sorte na distribuição de habilidades, talentos, inteligência e força, por exemplo; em terceiro, todos desconhecem sua concepção particular de bem; e, ainda, todos desconhecem as circunstâncias particulares de sua própria sociedade. As restrições mencionadas justificam-se, aduz o autor, em razão da convicção refletida de que “ninguém [deve] ser favorecido ou desfavorecido pela sorte natural ou por circunstâncias sociais em decorrência da escolha de princípios. Também parece haver amplo consenso sobre o fato de que seria impossível adaptar princípios às condições de um caso pessoal” (RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*, *cit.*, p. 20).

capazes de um senso de justiça e de formularmos uma determinada concepção de bem³⁴⁷ e, nesse sentido, é injustificável que alguns tenham mais trunfos do que outros na deliberação sobre questões de justiça. Desse modo, podemos compreender a posição original como uma tentativa de reconstrução de nosso ponto de vista moral quando discutimos sobre princípios de justiça política³⁴⁸.

Em seguida, o autor expõe os dois princípios de justiça e tece relevantes considerações sobre a razoabilidade de sua escolha. Rawls os exprime nas seguintes formulações: (a) cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdades para todos; e (b) – o princípio da diferença – segundo o qual as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas

³⁴⁷ A segunda estratégia de justificação implica, assim, uma tentativa de reconstrução do ponto de vista moral quando discutimos sobre questões de justiça básica. Nesse sentido, Rawls afirma em TJ que “essa concepção [a de posição original] é também uma noção intuitiva que sugere a sua própria elaboração, de modo que, conduzidos por ela, somos levados a definir mais claramente o ponto de vista a partir do qual podemos melhor interpretar as condutas morais da forma mais adequada” (RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*, cit., p. 24). Em sua tarefa de reconstrução do ponto de vista moral em questões de justiça política básica, o autor considera que “uma das convicções mais ponderadas é (...) o dado de ocuparmos uma certa posição social não é uma razão válida para que aceitemos, ou esperemos que outros aceitem, uma concepção de justiça que favoreça os que ocupam essa posição” (RAWLS, John. *Justiça e democracia*, cit., p. 221). Entendo ser a segunda estratégia de justificação utilizada pelo autor superior à primeira em importantes pontos: (1) a ideia de contrato, que nos remete exclusivamente a uma concepção instrumental de racionalidade e de pessoa enquanto sujeito privado, não é capaz de elucidar plenamente a distinção entre o razoável e o racional (e, sobretudo, a anterioridade do razoável em relação ao racional) que preside as teorias deontológicas de inspiração kantiana. O conceito de razoável remete-nos, dentre outras, às ideias de reciprocidade, generalidade, publicidade, tolerância, razão pública, pluralismo, cidadania e imparcialidade, não podendo ser explicado com o recurso exclusivo a uma teoria da escolha racional; e (2) a ideia de contrato obscurece, a meu ver, o intuito reconstrutivista da posição original, acima aludido, que pode ser explicitado de um modo mais adequado com o recurso à ideia de equilíbrio reflexivo (RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*, cit., § 9; Cf. também RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*, cit., § 10).

³⁴⁸ Há uma significativa literatura secundária que tematiza o êxito ou não de tal empreendimento. É pertinente, nesse momento, destacar as críticas formuladas por Habermas à ideia de posição original enquanto uma reconstrução adequada de nosso ponto de vista moral a respeito de questões sobre justiça. A principal crítica do autor é a de que a ideia de posição original não pode reconstruir o significado pleno das normas morais e jurídicas, pois “para atores que decidem racionalmente, vinculados à perspectiva da primeira pessoa, o aspecto normativo, seja qual for, só pode se apresentar como conceitos de interesses ou valores, que são preenchidos por bens [isto é, os bens primários para Rawls]. (...) Com isso, Rawls se envolve com um conceito de justiça baseado na ética dos bens, que se encaixa melhor nas abordagens aristotélicas ou utilitaristas do que em sua própria teoria dos direitos, que parte do conceito de autonomia”. Cf. HABERMAS, J. “Reconciliação por meio do uso público da razão” In: _____. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de G. Sperber e P. A. Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 67. Recomenda-se também a leitura da tradução em língua espanhola: HABERMAS, J. “Reconciliación mediante el uso público de la razón” In: HABERMAS, J.; RAWLS, J. *Debate sobre el liberalismo político*. Barcelona: Ediciones Paidós, 1998. p. 41-71. Para Habermas, o *design* da posição original como uma situação de escolha racional (e limitada por restrições razoáveis) só permite perceber os direitos e liberdades enquanto bens passíveis de distribuição, podendo ser “possuídos como coisas”. Tal ideia não permite vislumbrar as liberdades como direitos fundamentais, nem o caráter intersubjetivo das normas jurídicas, que só podem ser distribuídas uniformemente quando os sujeitos de direito se reconhecem mutuamente como pessoas livres e iguais. O autor propõe uma outra formalização do ponto de vista moral fundada em uma ética do discurso “que vê o ponto de vista moral como encarnado no procedimento de uma argumentação levada a efeito intersubjetivamente, que exorta os participantes a *erguerem as barreiras* de suas perspectivas de interpretação” (HABERMAS, *Reconciliação por meio do uso público da razão*, cit., p. 71, grifo no original).

condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade eqüitativa de oportunidades; e, em segundo lugar, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade³⁴⁹.

O primeiro princípio possui uma prioridade absoluta em relação ao segundo, no sentido de que é pressuposta a satisfação plena do primeiro para a concretização do segundo. Em *O Liberalismo Político*, o autor elabora uma relevante modificação no primeiro princípio de justiça, reformulando-o com o seguinte teor:

(...) todas as pessoas têm igual direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdades básicas iguais para todos, projeto este compatível com todos os demais; e, nesse projeto, somente as liberdades políticas, e somente estas, deverão ter seu valor eqüitativo garantido³⁵⁰.

Nesse sentido, Rawls enumera algumas medidas institucionais voltadas à garantia do valor eqüitativo das liberdades políticas em uma sociedade democrática: são elas, por exemplo, o financiamento público ou a limitação das contribuições de poderosos grupos econômicos às campanhas políticas, permitindo que todos os cidadãos possam influenciar de um modo aproximadamente igual a política governamental. Tais restrições contribuiriam, assim, para a salvaguarda do papel central da livre expressão política, bem como do valor eqüitativo (isto é, não apenas formalmente igual, mas também de um ponto de vista material) das liberdades políticas³⁵¹.

2.5.2.2 Suprema Corte como instituição exemplar da razão pública

Em sua obra *O Liberalismo Político*, John Rawls desenvolve a importante ideia de razão pública. A razão pública é uma característica da sociedade democrática: “é a razão de seus cidadãos, daqueles que compartilham o *status* de cidadania igual”³⁵². Segundo John Rawls:

O objeto dessa razão é o bem do público: aquilo que a concepção política de justiça requer da estrutura básica das instituições da sociedade e dos objetivos e fins a que

³⁴⁹ RAWLS, John. *Justiça como eqüidade: uma reformulação*, cit., § 13.

³⁵⁰ *Id.*, *O liberalismo político*, cit., § 1.

³⁵¹ *Id.*, *ibid.*, p. 414 et seq.

³⁵² RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. Dinah A. Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 261.

devem servir. Portanto, a razão pública é pública em três sentidos: enquanto a razão dos cidadãos como tais, é a razão do público; seu objeto é o bem do público e as questões de justiça fundamental; e sua natureza e conceitos são públicos, sendo determinados pelos ideais e princípios expressos pela concepção de justiça política da sociedade e conduzidos à vista de todos sobre essa base.³⁵³

A razão pública consubstancia um ideal de cidadania para um regime político democrático e constitucional, considerando uma sociedade justa e bem ordenada. É, ao mesmo tempo, normativa e descritiva: “descreve o que é possível e pode vir a ser, mesmo que isso nunca ocorra, e não é menos fundamental por isso”³⁵⁴.

O conteúdo da razão pública é integrado pela concepção política de justiça³⁵⁵ construída pelo autor, desdobrando-se em três dimensões: em primeiro lugar, especifica direitos, liberdades e oportunidades fundamentais; em seguida, atribui uma prioridade especial a esses direitos, liberdades e oportunidades em relação às diferentes concepções de bem compartilhadas pelas doutrinas abrangentes (morais, filosóficas e religiosas) existentes na sociedade; e, por fim, esse conteúdo é endossado por medidas que instrumentalizam os cidadãos com meios institucionais acessíveis para tornar efetivo o exercício de suas liberdades e oportunidades básicas³⁵⁶.

Em seguida, o autor especifica a ideia de elementos constitucionais essenciais que compõe o conteúdo fundamental da razão pública. Os elementos constitucionais essenciais incluem princípios fundamentais que especificam a estrutura geral do Estado e do processo político; as prerrogativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário; o alcance da regra da maioria; e, ainda, direitos e liberdades fundamentais e iguais de cidadania que as maiorias legislativas devem respeitar, tais como o direito ao voto e à participação na política, a liberdade de consciência, de pensamento e de associação, assim como as garantias do Estado de Direito³⁵⁷.

³⁵³ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. Dinah A. Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 261-262.

³⁵⁴ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. Dinah A. Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 262.

³⁵⁵ Segundo o autor, afirmar que uma concepção de justiça é política (ou pública) significa: “que é articulada de forma a se aplicar exclusivamente à estrutura básica da sociedade, a suas principais instituições políticas, sociais e econômicas, como um sistema unificado de cooperação social; que é apresentada independentemente de qualquer doutrina religiosa ou filosófica abrangente e mais ampla; e que é elaborada em termos de ideias políticas fundamentais, vistas como ideias implícitas na cultura política e pública de uma sociedade democrática” (Cf. RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. Dinah A. Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 273).

³⁵⁶ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. Dinah Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2002, p. 272-273.

³⁵⁷ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. Dinah Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2002, p. 277 et seq.

Após a definição do conteúdo da razão pública entendida como o conjunto de razões utilizadas pelos cidadãos em uma sociedade democrática e pluralista para discutirem sobre direitos e obrigações com suporte nos elementos constitucionais essenciais descritos acima, Rawls introduz a tese perfeccionista (em um sentido institucional) no sentido de que “a razão pública é a razão de seu supremo tribunal”³⁵⁸. Neste sentido, a razão pública é, portanto, a razão do tribunal no exercício de seu papel de intérprete judicial supremo e, de modo mais intenso, “o supremo tribunal é o ramo do Estado que serve de caso exemplar de razão pública”³⁵⁹.

John Rawls desenvolve suas reflexões sobre o constitucionalismo com forte influência de Bruce Ackerman e sua concepção de democracia dualista, que distingue, por um lado, a Constituição enquanto a lei suprema elaborada pelo poder constituinte originário (Nós, o povo) em situações extraordinárias de mobilização e organização políticas³⁶⁰ – intituladas “momentos constitucionais” – e a legislação ordinária, produzida pelas maiorias legislativas, que é uma expressão daquele poder e que não pode contrariá-lo. Assim, para o autor, “uma constituição democrática é a expressão, fundada em princípios, na lei mais alta, do ideal político de um povo se governar de certa maneira”³⁶¹. É por intermédio de procedimentos e direitos fundamentais com caráter fixo estabelecidos pela constituição de modo democrático que o povo pode expressar, no cotidiano da política legislativa, sua vontade democrática refletida. Decerto, sem tais procedimentos e direitos fundamentais – inscritos no elenco dos elementos constitucionais essenciais – a formação da vontade política majoritária, em sintonia com tais compromissos constitucionais, não é possível.

³⁵⁸ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. Dinah Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2002, p. 281.

³⁵⁹ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. Dinah Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2002, p. 281.

³⁶⁰ Bruce Ackerman inclui como exemplos de situações extraordinárias ou momentos constitucionais os períodos da fundação, da reconstrução e do New Deal. Segundo Rawls, em linhas gerais, todos esses exemplos contribuíram para a construção do conteúdo da concepção política de justiça. (Cf. ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do Direito Constitucional*. Trad. Mauro R. de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006; RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. Dinah Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2002, p. 284.)

³⁶¹ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. Dinah Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2002, p. 282.

Deste modo, o Supremo Tribunal constitui “um dos dispositivos institucionais para proteger a lei mais alta [Constituição]”³⁶². Ao expressar, articular e aplicar a razão pública, a Corte Suprema deve evitar que a Constituição seja corroída pela legislação produzida por maiorias transitórias que, em muitos casos, articulam e representam interesses estreitos, organizados e bem posicionados economicamente. Assim, na hipótese em que o Supremo Tribunal declara inconstitucional uma lei elaborada pelas maiorias transitórias, é correto afirmar que sua atuação foi antimajoritária (apenas em relação à lei infraconstitucional), porém não atuou de modo antidemocrático (em relação à Constituição), já que a Constituição é vista como um documento produzido de modo democrático pelo povo em situações excepcionais de grande mobilização e participação popular.

O papel do Supremo Tribunal não é somente o de proteger a Constituição frente às possíveis violações produzidas pelas maiorias transitórias, ou seja, não se limita a uma função defensiva. De modo bastante idealista, cabe ao tribunal “dar uma existência apropriada e contínua à razão pública, ao servir de exemplo institucional”³⁶³. O perfeccionismo institucional é revelado pela concepção extremamente normativa do tribunal, sem considerar a possibilidade da existência de limitações institucionais de qualquer natureza. No sentido acima, “a razão pública é a única razão que o tribunal exerce. Ele é o único ramo do Estado que é direta e visivelmente a criação dessa razão, e dela somente”³⁶⁴. Diferentemente dos legisladores, os magistrados precisam justificar à luz da razão pública suas decisões, conferindo-lhes consistência de tal modo que possa ser construída uma visão constitucional coerente que permita articular, em sua totalidade, o conjunto de suas decisões com apoio nos elementos constitucionais essenciais.

O perfeccionismo interpretativo postulado pelo autor apresenta-se de modo cristalino em sua defesa de uma postura interpretativa filosófica que procura justificar as decisões judiciais de modo amplo e fundamentado de modo completo em compromissos normativos profundos. A explicitação pela Corte de argumentos bem fundamentados na concepção política de justiça pode incentivar, aperfeiçoar e oferecer novos rumos e perspectivas a debates políticos, morais e jurídicos em

³⁶² RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. Dinah Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2002, p. 284.

³⁶³ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. Dinah Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2002, p. 286.

³⁶⁴ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. Dinah Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2002, p. 286.

curso, auxiliando na sedimentação de uma cultura alicerçada no respeito e promoção dos elementos constitucionais essenciais. O papel institucional – e exemplar – do tribunal é, também, pedagógico na medida em que confere visibilidade e publicidade ao conteúdo da concepção política de justiça. Nesse sentido, argumenta o autor:

Dizer que a Suprema Corte é a instituição exemplar da razão pública significa também que é função dos juizes procurar desenvolver e expressar, em suas opiniões refletidas, as melhores interpretações que puderem fazer da constituição, usando seu conhecimento daquilo que esta e os precedentes constitucionais requerem. Aqui, a melhor interpretação é aquela que melhor se articula com o corpo pertinente daqueles materiais constitucionais, e que se justifica nos termos de uma concepção pública de justiça ou de uma de suas variantes razoáveis.³⁶⁵

A Suprema Corte - enquanto instituição exemplar da razão pública - é responsável por conferir, por intermédio de sua argumentação razoável, força e visibilidade à razão pública no espaço público de discussão. Esse importante papel pressupõe uma identidade entre as concepções políticas dos juizes e a identificação dos elementos constitucionais essenciais. A atuação pedagógica da Suprema Corte é capaz de transformar discussões orientadas em termos de interesse e poder em argumentações pautadas por questões de princípios. Citando expressamente Ronald Dworkin³⁶⁶, a Corte Suprema é uma instituição exemplar porque “representa um fórum de princípios para debater questões constitucionais”³⁶⁷, enquanto que os demais poderes (eleitos democraticamente) somente podem se aproximar de tal concepção de modo bastante imperfeito.

A conclusão de sua reflexão sobre a exemplaridade da Corte Suprema oferece mais uma forte comprovação do caráter perfeccionista – institucional e judicial – de sua reflexão filosófica sobre o Poder Judiciário. Diante de eventual desacordo sobre o conteúdo, significado e alcance dos elementos constitucionais essenciais – que são expressos em termos vagos, polissêmicos ou indeterminados – o procedimento adequado não é deliberativo-argumentativo com suporte na premissa majoritária em um contexto concreto de discussão, mas a adoção de um procedimento hipotético, monológico e abstrato, segundo qual é preciso perguntar:

³⁶⁵ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. Dinah Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2002, p. 286.

³⁶⁶ Cf. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 37-39; 100-103.

³⁶⁷ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. Dinah Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2002, p. 290-291.

“como nossos argumentos nos pareceriam sob a forma de uma opinião do Supremo Tribunal? Pareceriam razoáveis? Abusivos?”³⁶⁸

Este procedimento hipotético aproxima-se, em linhas gerais, do procedimento heurístico utilizado para a construção da posição original e, portanto, nos dois casos, podem ser aduzidas críticas semelhantes a respeito de seu caráter abstrato, metafísico e solipsista (isto é, que adota o ponto de vista de um indivíduo ou cidadão solitário), alheio à efetiva realização de um debate justificado sobre a base de diferentes perspectivas e contribuições, assim como de um procedimento decisório realmente democrático.

2.5.3 Ronald Dworkin, o “fórum de princípios” e o conceito de integridade no Direito

O pensamento jusfilosófico de Ronald Dworkin constitui, certamente, o melhor exemplo de representação teórica do perfeccionismo judicial. O fio condutor da concepção interpretativa, perfeccionista e construtivista do Direito desenvolvida por Dworkin encontra-se sintetizada no prefácio de sua obra “O Império do Direito” de 1986:

(...) o raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva, de que nosso direito constitui a melhor justificativa do conjunto de nossas práticas jurídicas, e de que ele é a narrativa que faz dessas práticas as melhores possíveis³⁶⁹.

De acordo com o autor, em sua crítica à tese positivista acerca do poder discricionário dos juízes para a solução dos casos difíceis, “na maioria dos casos difíceis existem respostas certas a serem procuradas pela razão e pela imaginação³⁷⁰” e que a presente tese da existência de respostas corretas é uma questão moral, de teor prático, e não metafísica, isto é, enquanto teoria do conhecimento³⁷¹. Neste sentido, Dworkin elaborará uma teoria da argumentação

³⁶⁸ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. Dinah Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2002, p. 305.

³⁶⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson L. Camargo. São Paulo: 2003. p. XI.

³⁷⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson L. Camargo. São Paulo: 2003, p. XIII.

³⁷¹ Cf. DWORKIN, Ronald. Não existe mesmo nenhuma resposta certa em casos controversos? In: DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís C. Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 175-216; DWORKIN, Ronald. Interpretação e objetividade. In: DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís C. Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 251-268.

jurídica baseada nos conceitos de integridade, construção e coerência que representará uma crítica ao ceticismo ético³⁷² e ao relativismo no âmbito da interpretação jurídica.

O intérprete-juiz, segundo a teoria hermenêutica proposta por Dworkin, deve escapar ao tradicional dilema entre a descoberta do direito, como valor objetivo, natural e anterior ao processo interpretativo, e decisão, ato de vontade ou escolha discricionária. Assim, “a atividade interpretativa não deveria mostrar-se nem como *inventio* do direito nem como simples reprodução dos limites postos por suas ‘normas’³⁷³”. O juiz encontra-se, desta forma, limitado pelo direito e pela melhor interpretação do material jurídico existente, composto por regras, princípios jurídicos e precedentes que não facultam ao intérprete-juiz a possibilidade de uma decisão discricionária em sentido forte, ou seja, o exercício da criatividade judicial à revelia da história das práticas institucionais, decisórias e interpretativas pré-existentes no âmbito da comunidade jurídica.

A teoria do direito de Dworkin, conforme Stephen Guest, propõe que “a natureza da argumentação jurídica encontra-se na melhor interpretação moral das práticas sociais existentes”³⁷⁴. O empreendimento filosófico de Dworkin é responsável pela aproximação entre descrição e prescrição no âmbito da interpretação do direito, sendo que a sua perspectiva é a da justificação dos atos estatais com apoio em uma noção “não retumbante” ou pós-metafísica de objetividade, ou seja, “a objetividade não envolve nada mais do que a possibilidade de buscar respostas melhores ou mais corretas”³⁷⁵. Em singular passagem da obra “O Império do Direito”, Dworkin ilustra a atitude ou postura argumentativa, interpretativa e construtiva que define sua teoria filosófica sobre o direito:

O império do direito é definido pela atitude, não pelo território, o poder ou o processo. Estudamos essa atitude principalmente em tribunais de apelação (...). É uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido.

³⁷² O ceticismo ético constitui uma tese filosófica que sustenta a inexistência ou a impossibilidade de conhecimento de valores ou princípios morais com pretensão de universalidade, intersubjetividade ou objetividade. Cf. STRUCHINER, Noel. Algumas ‘proposições fulcrais’ acerca do Direito: o debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo. In: MAIA, Antônio C. et al. (Orgs.) *Perspectivas atuais da filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005, p. 399-415.

³⁷³ PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 326.

³⁷⁴ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luís C. Borges. São Paulo: Elsevier, 2010. p. 07.

³⁷⁵ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luís C. Borges. São Paulo: Elsevier, 2010. p. 17.

É uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância. (...) A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé em relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter.

O conceito central na teoria jurídica desenvolvida pelo autor para a compreensão hermenêutica de sua obra é o de integridade. Dworkin defende a existência de dois princípios de integridade política: um princípio legislativo e outro jurisdicional. O primeiro destina-se aos legisladores e recomenda que os mesmos tentem vislumbrar a legislação como um “conjunto de leis moralmente coerente³⁷⁶”; o princípio jurisdicional, por sua vez, “demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente neste sentido³⁷⁷”. Segundo G. Palombella:

A direção em que o jurista intérprete se move é a que consiste em produzir uma exposição global do sistema que constitua a melhor representação possível da correspondência entre normas, princípios e valores fundamentais que informam o ordenamento; sua atividade, de tipo prático-argumentativo (pois não se dá por provas empíricas), pressupõe a ideia de completude e da congruência do sistema e visa ao mesmo tempo a construí-la, caso a caso, por meio da interpretação. O direito é sempre reconstruído, portanto, como *integrity*, congruência, e esta exige que o juiz ‘sempre que possível, trate o sistema de *standards* públicos vigentes como se expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, para tal fim, que interprete esses *standards* de tal modo que encontre *standards* implícitos entre os explícitos e por trás deles³⁷⁸.

Para Ronald Dworkin, a integridade é um terceiro e independente ideal, ao lado da equidade e da justiça³⁷⁹, importante em uma sociedade real na qual os indivíduos divergem sobre a equidade de procedimentos políticos e a justiça de políticas públicas. Assim, no âmbito da política, há tentativas de elaboração e justificação de “leis conciliatórias”, isto é, “leis que mostram incoerência de princípio e que podem ser justificadas – se é que podem – somente com base numa

³⁷⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson L. Camargo. São Paulo: 2003, p. 213.

³⁷⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson L. Camargo. São Paulo: 2003, p. 213.

³⁷⁸ PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 332.

³⁷⁹ Para o autor, a equidade defende a perspectiva de que todo resultado proveniente de um procedimento político equitativo é justo. Já a dimensão de justiça destaca a importância de um teste autônomo sobre o resultado, independentemente do procedimento, tendo em vista a possibilidade de um processo equitativo eventualmente produzir resultados injustos. Neste sentido, a equidade é um valor procedimental e a justiça, por sua vez, um ideal substancial ou material. Cf. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 214-215.

distribuição eqüitativa do poder político entre as diferentes facções morais”³⁸⁰. O termo “conciliatório” é utilizado por Dworkin em um sentido restrito (pois tende a identificar conciliação com arbitrariedade³⁸¹, consistindo em clara violação à *equal protection* e igualdade perante a lei) e, também negativo, para criticar propostas legislativas que representem apenas um acordo político, pautado exclusivamente em negociação e barganha políticas, dependente do contexto político-social de disputa entre diferentes visões de mundo, sem perspectiva de consenso, sobre um tema moral, cultural, científico, político ou econômico controverso e complexo.

Segundo o autor, é necessário seguir um modelo diferente quando temas controversos envolvem, sobretudo, questões de princípios, ou seja, enunciados normativos explícitos ou implícitos na moralidade política e não apenas políticas (*policies*) compreendidas como questões de interesse coletivo orientadas para a satisfação do bem-estar geral de uma determinada comunidade:

Mas rejeitamos uma divisão entre as correntes de opinião quando o que está em jogo são questões de princípio. Seguimos um modelo diferente: cada ponto de vista deve ter voz no processo de deliberação, mas a decisão coletiva deve, não obstante, tentar fundamentar-se em algum princípio coerente cuja influência se estenda então aos limites naturais de sua autoridade. Se é preciso chegar a um meio-termo porque as pessoas estão divididas sobre a justiça, o acordo deve ser externo, não interno; é preciso chegar a um acordo sobre o sistema de justiça a ser adotado, em vez de um sistema de justiça fundado em concessões³⁸².

Conforme Dworkin, qualquer interpretação construtiva bem-sucedida de nossas práticas como um todo reconhece a integridade como um ideal político distinto que, às vezes, pede um compromisso com outros ideais. A integridade é uma afirmação interpretativa que deve ser avaliada em duas dimensões³⁸³: em primeiro lugar, a integridade como um ideal político se adapta, explica e justifica características de nossa estrutura e práticas institucionais que, segundo outras

³⁸⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 217, nota explicativa n. 6.

³⁸¹ Construção de um sentido bastante restritivo que, aliás, facilita a crítica elaborada pelo autor. No próximo capítulo, será analisada a proposta teórica de Cass Sunstein sobre a viabilidade e a necessidade, dependentes do contexto decisório, de *trimming* (busca pela conciliação, meio-termo) entre valores, ideais e princípios em alguns casos jurídicos, bem como suas virtudes e limitações. Conforme será visto, o *trimming* pode representar um poderoso instrumento argumentativo de demonstração de respeito mútuo ao núcleo normativo de posições divergentes, contribuindo, assim, para a integração social, preservação da auto-estima e observância recíproca do esquema social cooperativo.

³⁸² DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 217-218.

³⁸³ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 259-260.

perspectivas, não poderiam ser compreendidas enquanto uma totalidade dotada de coerência e, portanto, “uma interpretação de nossa própria cultura política, e não uma moral política abstrata e atemporal”³⁸⁴. Em segundo lugar, a interpretação de tais práticas segundo o ideal de integridade permite apresentá-las em sua melhor luz, ou seja, enquanto práticas compartilhadas por membros que integram uma comunidade de princípios.

A noção de comunidade procura oferecer uma justificação sólida para a obediência aos atos estatais e sua repercussão na esfera das liberdades individuais. Neste sentido, afirma Dworkin, a melhor defesa da legitimidade política, isto é, o direito de uma comunidade política de tratar seus membros como tendo obrigações em virtude de decisões coletivas, não será encontrada nas tradicionais justificações filosóficas – contratualismo, procedimentalismo, utilitarismo, dentre outras – mas nas noções substanciais de comunidade e de fraternidade³⁸⁵. O ideal de comunidade defendido pelo autor é o de comunidade de princípios no interior da qual seus membros aceitam que são governados por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por acordos políticos contingentes.

Para os membros da comunidade informada por princípios, a política democrática não se identifica com o princípio majoritário. Ao contrário, a política constitui uma arena de deliberações sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema e não apenas como agregação de preferências, interesses e desejos determinados em termos de poder, maximização da satisfação individual e bem-estar coletivo³⁸⁶. A exigência de integridade intrínseca à concepção de comunidade de princípios pressupõe que a todos os membros é devida a mesma consideração, dignidade e respeito por parte do Estado e dos demais membros particulares. Em síntese, argumenta Ronald Dworkin:

Os membros de uma sociedade de princípio admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam. Assim, cada membro aceita que os outros

³⁸⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 260.

³⁸⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 250.

³⁸⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 254 et seq.

têm direitos, e que ele tem deveres que decorrem desse sistema, ainda que estes nunca tenham sido formalmente identificados ou declarados. Em resumo, cada um aceita a integridade política como um ideal político distinto, e trata a aceitação geral desse ideal, mesmo entre pessoas que de outra forma estariam em desacordo sobre a moral política, como um dos componentes da comunidade política.³⁸⁷

Dworkin, entretanto, procura minimizar o caráter normativo do ideal de integridade ao mencionar que, de um ponto de vista descritivo, as práticas políticas norte-americanas não podem, de fato, ser reconduzidas a um único e coerente sistema de princípios jurídicos. Apesar de tal constatação empírica, o caráter contrafático do ideal se sustenta, pois a inexistência de tal sistema único e coerente deve ser feito como um defeito proveniente da prática política e que, portanto, deve ser remediada por intermédio de melhores interpretações construtivas nos campos legislativo e judicial³⁸⁸.

No âmbito judicial, a integridade é o conceito fundamental para a melhor interpretação construtiva de *nossas* práticas jurídicas cotidianas – no caso, as práticas jurídicas norte-americanas – e, em especial, do modo com os magistrados decidem casos difíceis sobre temas controvertidos e complexos. Deste modo, a integridade na decisão judicial requer que os juízes e tribunais compreendam o sistema jurídico como se o mesmo respeitasse e expressasse um conjunto coerente de princípios e, com este fim, interpretem suas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas³⁸⁹.

A integridade, tanto na legislação quanto nas decisões judiciais, não representa um sinônimo de coerência, ou seja, decidir casos semelhantes do mesmo modo. Coerência significa estrita observância das decisões anteriores e aplicação de suas razões aos casos semelhantes. A integridade é, ao mesmo tempo, *algo* mais e *algo* menos do que a coerência. Ela exige que as normas jurídicas da comunidade sejam criadas, interpretadas e aplicadas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de princípios que

³⁸⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 255.

³⁸⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 261.

³⁸⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 261.

representa uma concretização da justiça e da equidade na correta proporção³⁹⁰. O Poder Judiciário ou Legislativo poderá, por exemplo, se afastar do conjunto de decisões (judiciais ou políticas) anteriores em busca de fidelidade aos princípios jurídicos considerados fundamentais para o sistema normativo como um todo. Assim, a integridade é um ideal dinâmico – e não apenas conservador – pois incentiva os juízes a serem mais abrangentes e imaginativos em sua busca de coerência – construtiva – com os princípios jurídicos fundamentais. Ao mesmo tempo, a integridade é limitada no tocante ao seu conteúdo, pois se refere essencialmente aos princípios e não exige nenhuma modalidade de coerência em termos políticos³⁹¹. Neste sentido, a preocupação central da integridade é com as chamadas questões de princípios, segundo as quais os direitos individuais são concebidos como trunfos capazes de influenciar e limitar decisões políticas deliberadas e adotadas consoante o procedimento majoritário³⁹².

O direito como integridade contrapõe-se a outras duas concepções teóricas acerca do conceito de direito. Por um lado, opõe-se ao convencionalismo positivista que concebe o direito como um conjunto histórico de fatos, normas, práticas e instituições empíricas resultantes de comportamentos e decisões de autoridades no passado³⁹³ e, por outro lado, critica o pragmatismo jurídico que vislumbra o direito como um conjunto de programas instrumentais, criados por legisladores e juízes, voltados para a satisfação de necessidades sociais e promoção de bem-estar coletivo no futuro³⁹⁴. Em sentido diverso, a perspectiva da integridade assevera que uma decisão jurídica é correta se for possível derivá-la dos princípios de justiça,

³⁹⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 264.

³⁹¹ Sobre a distinção entre argumentos de princípios (*principles*) e argumentos baseados em políticas (*policies*), confira: DWORKIN, Ronald. O modelo de regras I. In: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 23-72.

³⁹² DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 266 et seq.

³⁹³ Cf. DWORKIN, Ronald. Convencionalismo. In: DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 141-184.

³⁹⁴ Cf. DWORKIN, Ronald. Pragmatismo e personificação. In: DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 185-212.

eqüidade e devido processo legal que oferecerem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica global da comunidade³⁹⁵. Segundo Dworkin:

O direito como integridade é diferente: é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração. O programa que apresenta aos juízes que decidem casos difíceis é essencialmente, não apenas contingentemente, interpretativo; o direito como integridade pede-lhes que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso. Oferece-se como a continuidade – e como origem – das interpretações mais detalhadas que recomenda³⁹⁶.

A história constitui um importante elemento integrante do ideal de integridade. Entretanto, a integridade não significa um apego irrestrito ao passado e, deste modo, não postula que os juízes e legisladores devam permanecer estáticos, presos a interpretações passadas, à intenção subjetiva ou ao significado ordinário das práticas, conceitos e palavras compartilhado socialmente no passado. Segundo Dworkin, “o direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine”³⁹⁷. O objetivo da integridade é, em suma, o de construir uma “história geral digna de ser contada (...) e de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado”³⁹⁸.

Ronald Dworkin aprofunda a sua proposta interpretativa no âmbito jurídico aproximando-a da interpretação artística e, em particular, do gênero literário criado pelo autor e intitulado “romance em cadeia”³⁹⁹. O juiz, portanto, ao assumir a perspectiva de um romancista em cadeia – segundo a qual um grupo de autores escreve um capítulo de um romance em série – “[deve] criar em conjunto, até onde for possível, um só romance unificado que seja da melhor qualidade possível”⁴⁰⁰. A

³⁹⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 272.

³⁹⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 273.

³⁹⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 274.

³⁹⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 274.

³⁹⁹ Cf. DWORKIN, Ronald. De que maneira o Direito se assemelha à literatura. In: DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís C. Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 217-250.

⁴⁰⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 276. Segundo Dworkin: “Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o

hipótese estética sugerida pelo autor – isto é, a aproximação entre interpretação jurídica e interpretação literária – deve ser analisada levando-se em consideração duas dimensões: em primeiro lugar, uma dimensão de adequação ao material literário ou jurídico pré-existente e, em segundo lugar, uma dimensão de justificação, segundo a qual a interpretação proposta deverá ser a melhor leitura possível da obra literária ou material jurídico como um todo, apresentando-os “sob a melhor luz”. O modelo de magistrado capaz de realizar tal empreitada é o “juiz Hércules”: “um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade”⁴⁰¹.

Conforme interpretação sugerida por Rodolfo Arango, Hércules representa um “ideal em processo de realização dentro de um contexto histórico determinado”⁴⁰², ou seja, uma ideia reguladora da prática judicial de interpretação do direito com o objetivo de, ao mesmo tempo, descrever e justificar a melhor compreensão da atividade interpretativa enquanto prática social.

Dworkin elabora uma defesa substancialista do controle judicial de constitucionalidade das leis, concebendo a Suprema Corte norte-americana como “o fórum do princípio”, responsável pela decisão das questões fundamentais em disputa na sociedade, ou seja, questões de princípios que envolvem o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais individuais:

Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral – e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais.⁴⁰³

No artigo intitulado “Rawls e o Direito”, Dworkin aborda a importância do pensamento de John Rawls para a filosofia e teoria do direito e, em particular, a íntima relação entre os conceitos fundamentais da teoria rawlsiana e sua teoria interpretativa acerca do conceito de direito. Preliminarmente, Dworkin explora o

romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade. (...) Deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes” (p. 276).

⁴⁰¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 287.

⁴⁰² ARANGO, Rodolfo. *Hay respuestas correctas en el derecho?* Bogotá: Siglo del hombre Editores, 1999, p. 121.

⁴⁰³ DWORKIN, Ronald. O fórum do princípio. In: DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís C. Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 101.

relacionamento entre a reflexão teórica de John Rawls e o fato de a cultura político-jurídica norte-americana ser fortemente marcada pela constatação de que “questões básicas de liberdade e de fundamentos constitucionais (...) saíram da esfera da política comum e tornaram-se uma preocupação especial dos tribunais”⁴⁰⁴. Dworkin aponta a metodologia do “equilíbrio reflexivo” como um método interpretativo adequado para a filosofia do direito⁴⁰⁵. Para o autor, a obra de John Rawls constitui uma contribuição fundamental para o autoentendimento da filosofia do direito, assim como sua reflexão sobre o que é o direito:

Podemos, então, tentar criar uma concepção adequada de legalidade, isto é, uma concepção de legalidade que equilibre nossos diferentes pressupostos pré-analíticos sobre proposições concretas do direito com os princípios gerais de moralidade política que pareçam explicar melhor a natureza e o valor da legalidade. Assim, poderemos inscrever uma teoria sobre as condições de veracidade das proposições de direito em uma concepção mais ampla do valor que consideramos convincente. (...) Esse modelo interpretativo fornece a melhor maneira de se entender os argumentos apresentados pelos principais filósofos do direito. Em certo sentido, a filosofia jurídica assim concebida é descritiva porque começa com algum tipo de entendimento sobre o que é tido como certo pela comunidade à qual se destina, mas em outros sentidos é substantiva e normativa porque procura alcançar um equilíbrio com princípios julgados por recurso independente.⁴⁰⁶

Com apoio na obra teórica de Rawls, Dworkin constrói uma concepção interpretativa (ou interpretacionista) acerca do direito, em oposição ao positivismo jurídico (convencionalismo), que considera que os sujeitos jurídicos não têm direito apenas àquilo que é estabelecido historicamente pelas instituições legislativas por intermédio do princípio majoritário, mas também à elaboração judicial baseada em princípios a partir das determinações constitucionais e legislativas existentes. A cláusula da igual proteção – 14^a emenda à Constituição norte-americana – pressupõe “a coerência [como] a melhor proteção contra a discriminação”⁴⁰⁷. Além

⁴⁰⁴ DWORKIN, Ronald. Rawls e o direito. In: DWORKIN, Ronald. *A Justiça de toga*. Trad. Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 341.

⁴⁰⁵ Segundo Ronald Dworkin, com o objetivo de alcançar o ‘equilíbrio reflexivo’, “tentamos criar princípios que tenham um certo alcance geral e harmonizar esses princípios gerais com os julgamentos concretos sobre o que é justo e injusto com os quais começamos, mudando nossas concepções tanto sobre os princípios quanto sobre os julgamentos concretos, ou sobre ambos, na medida em que se torne necessário chegar a um ajuste interpretativo” (DWORKIN, Ronald. Rawls e o direito. In: DWORKIN, Ronald. *A Justiça de toga*. Trad. Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 348).

⁴⁰⁶ DWORKIN, Ronald. Rawls e o direito. In: DWORKIN, Ronald. *A Justiça de toga*. Trad. Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 349.

⁴⁰⁷ DWORKIN, Ronald. Rawls e o direito. In: DWORKIN, Ronald. *A Justiça de toga*. Trad. Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 353.

disso, incentiva os magistrados a dedicar “o melhor de si para respeitar a coerência baseada em princípios do modo como eles a vêem”⁴⁰⁸.

O raciocínio judicial segundo a concepção interpretativa é bastante complexo, abstrato, profundo e amplo em suas considerações filosóficas e, deste modo, insere-se no modelo perfeccionista de decisão judicial. Assim, a perspectiva interpretativa pressupõe que os juízes inovem em seus julgamentos de moralidade política nos casos difíceis, “orientando-os a buscar um equilíbrio reflexivo entre o conjunto de decisões legislativas e judiciais que representam a estrutura jurídica e os princípios gerais que parecem constituir a melhor maneira de justificar essa estrutura”⁴⁰⁹. Em síntese, a proposta interpretativa de Dworkin incentiva a empreitada filosófica dos magistrados, estimulando-os a abordar, interpretar e decidir de modo profundo e amplo, com forte dimensão prospectiva, temas controvertidos e complexos na sociedade. Não há, entretanto, quaisquer considerações de ordem institucional sobre as limitações da racionalidade judicial, eventual ausência de diálogo interpretativo com outros poderes estatais, possibilidade de erro e efeitos sistêmicos sobre a atuação de atores públicos e privados.

2.6. Contextos decisórios favoráveis ao perfeccionismo judicial

A tese central não consiste em elaborar uma crítica radical ou corroborar o perfeccionismo como o melhor modelo interpretativo para todos os casos constitucionais controvertidos e complexos enfrentados pelo Poder Judiciário. Ao contrário, o objeto deste e do próximo capítulo é sistematizar um conjunto de orientações normativas válidas (*prima facie*) para determinados contextos de decisão em função de suas características particulares e de argumentos institucionais relacionados com os atores envolvidos no processo de decisão.

Tina Hunter, em ensaio comparativo entre diferentes perspectivas hermenêuticas, destacou alguns aspectos positivos e negativos em relação à

⁴⁰⁸ DWORKIN, Ronald. Rawls e o direito. In: DWORKIN, Ronald. *A Justiça de toga*. Trad. Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 355.

⁴⁰⁹ DWORKIN, Ronald. Rawls e o direito. In: DWORKIN, Ronald. *A Justiça de toga*. Trad. Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 355.

proposta de Dworkin que, em suas linhas gerais, são importantes para a caracterização e valoração do perfeccionismo como um todo⁴¹⁰.

De um ponto de vista positivo, as ideias de romance em cadeia e de integridade são relevantes porque conferem uma orientação e fundamentação normativa – tendo em vista um material jurídico pré-existente (e pré-constutivo) – que propõe uma alternativa ao poder discricionário em sentido amplo preconizado pelo positivismo em casos difíceis, compatibilizando a atividade interpretativa dos juízes com os ideais do Estado de Direito.

Tina Hunter aponta, também, a rejeição à restrição judicial fomentada pela perspectiva de Dworkin e que, em suas linhas gerais, descreve e justifica com exatidão a atuação historicamente positiva da Suprema Corte dos EUA sob a liderança do *Chief Justice* Earl Warren. Em seguida, a autora ressalta a prioridade conferida pela teoria dworkiniana aos direitos fundamentais individuais, que são excluídos da apreciação política, majoritária e “conciliatória” por parte das maiorias legislativas em nome de um ideal de integridade compartilhado pela comunidade de princípios⁴¹¹.

Por fim, Tina Hunter destaca a vulnerabilidade política e a pressão sócio-econômica enfrentadas pelas legislaturas e avalia positivamente o caráter insular do Poder Judiciário como uma significativa virtude institucional para a proteção de direitos de grupos sociais minoritários⁴¹². No próximo capítulo serão analisadas algumas críticas por parte do minimalismo e do modelo majoritário aos aspectos positivos supramencionados. Por outro lado, Tina Hunter também indica algumas limitações, com apoio em considerações institucionais, da teoria interpretativa formulada por Ronald Dworkin.

Em primeiro lugar, nenhum juiz do mundo real conseguirá se aproximar, de fato, por diversos motivos, do ideal “sobrehumano” de juiz Hércules; em segundo, a noção de romance em cadeia pode revelar-se de difícil operacionalidade em contextos marcados por contínuas transformações sociais; em terceiro lugar, magistrados pode se equivocar sobre o sentido de mudanças sociais e seus reflexos

⁴¹⁰ HUNTER, Tina. Interpretive theories: Dworkin, Sunstein and Ely. *Bond Law Review*, v. 17, n. 2, p. 78-101, 2005.

⁴¹¹ HUNTER, Tina. Interpretive theories: Dworkin, Sunstein and Ely. *Bond Law Review*, v. 17, n. 2, 2005, p. 87.

⁴¹² HUNTER, Tina. Interpretive theories: Dworkin, Sunstein and Ely. *Bond Law Review*, v. 17, n. 2, 2005, p. 87.

na interpretação e justificação do Direito, bem como podem desconsiderar a repercussão de efeitos sistêmicos – previsíveis ou não – no sistema jurídico, político ou econômico como um todo.

Em seguida, Tina Hunter ressalta a “homogeneidade de origem social” dos membros do Judiciário que, por sua vez, confere ao Poder Legislativo uma melhor posição – em razão de sua abertura social e pluralidade de perspectivas – em termos de julgamentos morais complexos e sem perspectiva de consenso; finalmente, a deliberação democrática em igualdade de condições constitui uma dimensão importante dos direitos fundamentais que pode ser limitada pelo protagonismo dos tribunais em questões marcadas pelo desacordo razoável, sendo recomendável uma postura de cautela judicial⁴¹³.

Neste sentido, com fundamento no pensamento de Cass Sunstein⁴¹⁴ e nas reflexões teóricas anteriores, é possível afirmar que o perfeccionismo ou maximalismo judicial revela-se particularmente atraente nos seguintes contextos decisórios:

(1.) Quando os juízes possuem razoável confiança nos méritos da decisão em função do conhecimento e experiência suficientes que possuem para a solução do caso em questão;

(2.) Quando a solução em um sentido perfeccionista, com amplos e profundos efeitos prospectivos, for capaz de reduzir os custos da decisão em termos de incerteza normativa tanto para os tribunais inferiores quanto para os litigantes em casos semelhantes no futuro;

(3.) Na hipótese em que o planejamento, a redução de riscos e de incertezas, por intermédio da adoção de uma decisão pormenorizada, for desejável para a estabilidade de expectativas normativas para a eficiente reprodução jurídica das relações econômicas, políticas e sociais;

(4.) Quando uma abordagem maximalista promover objetivos democráticos por intermédio da confirmação dos pré-compromissos normativos inscritos no ideal

⁴¹³ HUNTER, Tina. Interpretive theories: Dworkin, Sunstein and Ely. *Bond Law Review*, v. 17, n. 2, 2005, p. 88.

⁴¹⁴ Cf. SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999, p. 57-60; SUNSTEIN, Cass. Problems with minimalism. *Stanford Law Review*, v. 58, p. 1899-1918, april 2006; SUNSTEIN, Cass. Second-order perfeccionism. *Public Law and Legal Theory Working Paper*, Chicago, n. 144, p. 01-25, dec. 2006; SUNSTEIN, Cass. *Radicals in robes: why extreme right-wing courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005, p. 23-52.

de democracia deliberativa ou incentivar a regulamentação legislativa da decisão (por meio de princípios e regras mais claros, precisos e detalhados) pelos atores democraticamente eleitos;

(5.) E, ainda, na hipótese em que a decisão perfeccionista estiver apoiada em jurisprudência dos tribunais inferiores ou em experiências institucionais ou normativas de sucesso (isto é, eficientes) construídas originalmente pelos entes federativos a nível estadual ou local.

As orientações elencadas neste tópico serão complementadas por considerações adicionais que serão desenvolvidas nos próximos capítulos a partir de um debate crítico com outras perspectivas hermenêuticas que, por razões de diferentes ordens, se opõem às pretensões teórico-filosóficas de completude, amplitude e profundidade sustentadas pelos representantes teóricos do perfeccionismo institucional e judicial.

3. MINIMALISMO JUDICIAL E DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS: O JUIZ COMO ARQUITETO INSTITUCIONAL

O minimalismo judicial propõe uma estratégia hermenêutica e também parâmetros interpretativos alternativos à perspectiva perfeccionista, essencialmente construtivista, descrita e problematizada no capítulo anterior. Algumas manifestações dos ministros do STF, que serão aprofundadas segundo o método de análise de casos no próximo capítulo, apontam limitações, de diferentes ordens, que permitem lançar um questionamento sobre os pressupostos assumidos pelos diferentes representantes teóricos do perfeccionismo, assim como sobre a confiança epistêmica que tais autores depositam nos ombros dos integrantes do Poder Judiciário.

O Min. José Antonio Dias Toffoli, em recente entrevista, afirmou que “numa caricatura da divisão dos poderes, o Executivo cuida do presente, o Legislativo do futuro e o Judiciário do passado. Judiciário que quer cuidar do futuro ou do presente acaba tornando o passado instável”⁴¹⁵. A Min. Ellen Gracie, nos casos difíceis da pesquisa científica com células-tronco embrionárias e do amianto, ressaltou as limitações institucionais do STF ao asseverar que a Suprema Corte não constitui uma “academia de ciências” apta a estabelecer um ponto final sobre temas e debates complexos e controvertidos no seio da comunidade científica.

Eros Roberto Grau, após sua aposentadoria do STF, em entrevista sobre a sua passagem pela Suprema Corte, elaborou críticas à aplicação indiscriminada da metodologia da ponderação, a confusão entre normas e valores jurídicos e, por fim, argumentou: “O juiz se acha no direito de dizer ‘essa lei não é razoável’. O que prevalece é a opinião dele, e não a lei. O grande risco é você ter uma corte que decida segundo valores”⁴¹⁶.

O ex-ministro do STF ainda levantou uma forte crítica ao funcionamento do tribunal no tocante à formulação de suas decisões ao afirmar que “o Supremo não é uma instituição de 11 homens, é um conjunto de 11 homens que tomam decisões

⁴¹⁵ TOFFOLI, José Antônio Dias. Se o juiz cuida do futuro, torna o passado instável. *Consultor Jurídico*, 20 de fevereiro de 2011, p. 02, 2011. Entrevista concedida a Rodrigo Hadar.

⁴¹⁶ GRAU, Eros. O Supremo de hoje é produto de nossa história. *Le monde diplomatique Brasil*, São Paulo, Ano 4, n. 41, p. 14-15, dez. 2010. Entrevista a Silvio Caccia Bava.

isoladas e não um tribunal”⁴¹⁷. A título de conclusão de sua entrevista, Eros Grau sustenta a necessidade de uma reforma no regimento do STF que converta decisões isoladas em um verdadeiro processo coletivo de construção, por intermédio do diálogo e da argumentação, de uma decisão institucional coletiva do tribunal.

Alguns juízes são menos ambiciosos do que outros em suas decisões. Segundo Sunstein, eles possuem tendências minimalistas⁴¹⁸. O minimalismo opõe-se ao perfeccionismo, que é uma espécie de maximalismo decisório. Maximalistas erguem pretensões doutrinárias em suas decisões ao elaborarem regras e teorias constitucionais e filosóficas gerais para a solução de casos futuros. Neste sentido, cada decisão sobre um tema polêmico objetiva ser uma espécie de “fim da história” da deliberação democrática em torno da questão, isto é, com apoio em considerações filosóficas abstratas, amplas e profundas almeja, de um ponto de vista doutrinário, estabelecer um ponto final no processo de construção coletiva do significado de um dispositivo ou temática constitucional. De modo contrário, os juízes minimalistas tentam restringir os seus pronunciamentos apenas àquelas questões consideradas indispensáveis para a justificação da decisão do caso sob exame, deixando, na maior medida possível, questões normativas contíguas, profundas e controversas em aberto⁴¹⁹.

Segundo Cass Sunstein, o minimalismo decisório (*decisional minimalism*) possui dois atrativos principais: em primeiro lugar, diminui a dificuldade na tomada de uma decisão colegiada em questões polêmicas, deixando-as, justamente, em aberto, tornando desnecessário obter sempre um amplo acordo sobre todas as questões difíceis em debate. Em segundo lugar, o minimalismo é capaz de reduzir a frequência dos erros judiciais, tornando-os, ainda, menos danosos e mais fáceis de corrigir⁴²⁰. Neste sentido, um tribunal que decide de modo circunscrito, delimitado ou “estrito” reduz os riscos de uma intervenção em questões políticas, econômicas, ambientais ou sociais com efeitos sistêmicos complexos que, diante da

⁴¹⁷ GRAU, Eros. O Supremo de hoje é produto de nossa história. *Le monde diplomatique Brasil*, São Paulo, Ano 4, n. 41, p. 14-15, dez. 2010. Entrevista a Silvio Caccia Bava.

⁴¹⁸ SUNSTEIN, Cass. Testing minimalism: a reply. *Michigan Law Review*, n. 104, I, 2005, p. 123.

⁴¹⁹ SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999, p. 03-23.

⁴²⁰ *Id.*, *ibid.*, p. 04.

imprevisibilidade do risco de suas consequências, poderia gerar efeitos danosos em grande escala.

De acordo com o modelo minimalista de função judicial, “é importante o estudo sobre o que os juízes dizem; mas é igualmente importante examinar o que os juízes não dizem e porque não o disseram⁴²¹”. O minimalismo defende um “uso construtivo do silêncio”, pois os juízes, não raramente, utilizam-no motivados por razões pragmáticas, estratégicas ou democráticas⁴²². Além disso, certas formas de minimalismo podem promover o debate democrático, assim como a mobilização e participação dos atores políticos eleitos democraticamente, ao deixarem questões controversas e complexas abertas ao experimentalismo democrático e à participação dos atores políticos no parlamento e na sociedade civil.

Minimalistas são céticos sobre teorias gerais e ambiciosas acerca da interpretação jurídica. Recusam-se a promover uma “ampla agenda” de reforma constitucional por meio de decisões judiciais e são céticos em relação a “movimentos de juízes” de qualquer tipo⁴²³. Além disso, magistrados minimalistas evitam prolar decisões recorrendo a acordos constitucionais excessivamente profundos e com escopo demasiado amplo para não correr o risco de se arrependem no futuro diante da necessidade de revisar suas convicções mais fundamentais por motivos de coerência normativa ou em razão das consequências sócio-econômicas da decisão. O minimalismo decisório é, segundo Sunstein, cauteloso por natureza⁴²⁴.

Deste modo, são adeptos do minimalismo os juízes que procuram evitar regras gerais e teorias abstratas, a adoção de posicionamentos ambiciosos em questões “profundas” e que concentram a sua atenção somente naquilo que é necessário para resolver o problema em questão. Também evitam ingressar em debates fundacionalistas (ou metafísicos) sobre teoria jurídica, moral e política. Segundo a perspectiva minimalista, os juízes devem justificar as suas decisões com apoio em “acordos teóricos incompletos” (*incompletely theorized agreements*) que

⁴²¹ *Id.*, *ibid.*, p. 05.

⁴²² *Idem.*

⁴²³ SUNSTEIN, Cass. *Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005b, p. xii-xiii.

⁴²⁴ *Id.*, *ibid.*, p. 30.

levem em consideração a máxima de que “é possível concordar quando o acordo é necessário [e] é desnecessário concordar quando o acordo é impossível⁴²⁵”. Em regra, magistrados minimalistas tendem a assumir uma postura de deferência com relação ao sistema de precedentes e às decisões dos órgãos técnicos e das instituições legitimadas democraticamente.

Por fim, a título introdutório, cabe destacar que magistrados minimalistas podem ser liberais ou conservadores. O que identifica esse grupo de juízes - independentemente de seu posicionamento ideológico - é a adoção de uma postura prudencial e certa relutância no ingresso em debates amplos e profundos sobre temas políticos, morais, econômicos, científicos ou culturais altamente complexos, especializados e que tradicionalmente dividem, sem perspectiva de consenso, opiniões na sociedade⁴²⁶.

3.1. Minimalismo judicial: significado e tipologia

O minimalismo judicial, enquanto estratégia de tomada de decisão judicial, reconhece, em primeiro lugar, um importante fato caracterizador das sociedades democráticas: a existência persistente, não apenas contingente, do desacordo razoável em sociedades heterogêneas e, portanto, pluralistas em termos políticos, filosóficos, religiosos, culturais e sociais. É possível afirmar, no sentido acima, que a postura minimalista no âmbito interpretativo leva a sério o chamado “fato do pluralismo” tal como definido por John Rawls:

(...) A diversidade das doutrinas abrangentes, morais, filosóficas e religiosas, que encontramos nas sociedades democráticas modernas não é uma simples contingência histórica. É um traço permanente da cultura pública das democracias. Dadas as condições políticas e sociais que garantem os direitos e as liberdades básicas das instituições democráticas, uma diversidade de doutrinas abrangentes, conflitantes e irreconciliáveis, não deixará de emergir, se é que já não existe. Além

⁴²⁵ *Id.*, *ibid.*, p. 29.

⁴²⁶ SUNSTEIN, Cass. *Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005b, p. 29, tradução nossa. “Por ele mesmo, o minimalismo é um método e uma restrição; não é um programa, e não dita resultados particulares. Podemos facilmente encontrar minimalistas liberais e minimalistas conservadores. A abordagem do direito realizada pela *Justice* Ruth Bader Ginsburg é complexa, mas na maior parte do tempo, ela é algo próximo ao minimalismo liberal. Ela prefere decidir casos ao estabelecer amplos princípios; e ela é relutante em abraçar abstrações de larga escala sobre os fundamentos do direito. O minimalismo conservador pode ser capturado nas decisões da *Justice* Sandra Day O’Connor. O’Connor não é uma ideóloga; ela não é parte de qualquer movimento. Porém, na maioria dos casos, ela vota em um sentido conservador. Ela contribuiu, em grande parte, para decisões que restringiram as ações afirmativas e fortaleceram o poder governamental no tocante à proteção da vida do feto; entretanto, ela se recusou a votar no sentido da proibição de ações afirmativas em quaisquer circunstâncias ou rejeitar *Roe v. Wade*.” (p. 29-30)

do mais, essa situação só pode persistir e se acentuar. Esse fato, que se refere às instituições livres, é o do pluralismo⁴²⁷.

A estratégia minimalista reconhece, também, a existência de limitações próprias a cada uma das instituições envolvidas na complexa tarefa de interpretação do texto constitucional, bem como considera com a devida atenção os problemas postos pela incerteza normativa e científica que define as sociedades contemporâneas em função da noção de risco, sua complexidade intrínseca e as consequências não antecipadas das diferentes tentativas institucionais de sua regulação estatal. Neste sentido, o minimalismo decisório tem a pretensão de atrair o apoio de diferentes perspectivas teóricas, filosóficas e metodológicas na medida em que não procura oferecer uma resposta definitiva – com apoio em uma “fundamentação filosófica última” – sobre questões e temas profundos que atravessam as diferentes correntes filosóficas, políticas e científicas, bem como seus respectivos compromissos internos⁴²⁸.

De um ponto de vista procedimental, o minimalismo pode ser vislumbrado como parte integrante de um sistema amplo de diálogo interinstitucional, também democrático, com o objetivo central de promover os ideais de participação, deliberação e responsabilidade política, possibilitando, assim, a continuidade do debate crítico e da reflexão democrática por parte do Poder Legislativo federal, estados e municípios. O minimalismo decisório concebe a federação como um arranjo institucional que permite inúmeras contribuições concomitantes sobre o significado do texto constitucional em questões controvertidas, ou seja, um sistema que permite a coexistência de “laboratórios experimentais” capazes de propor diferentes alternativas interpretativas e institucionais para a concretização dos dispositivos constitucionais. Deste modo, o minimalismo judicial, à primeira vista, consiste em uma estratégia decisória que ergue uma desconfiança *prima facie* das tentativas de verticalização, centralização e vinculação institucional pela Corte Suprema (por intermédio de um ativismo jurisdicional, por exemplo) que, por sua vez, tendem a abolir o experimentalismo institucional e interpretativo, atento ao contexto social, construído por outros atores políticos que integram o sistema jurídico.

⁴²⁷ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. Dinah de Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 45.

⁴²⁸ SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999, p. 03 et seq.

O minimalismo decisório pode ser definido como uma estratégia contingente de defesa da auto-restrição judicial. Esta afirmação significa que magistrados minimalistas estão aptos, tanto do ponto de vista teórico quanto prático, a invalidar, em certos contextos decisórios, leis e atos normativos estatais em razão de sua violação de normas constitucionais. A auto-restrição, deste modo, não é um “credo geral” que seja válido, de antemão, para todos os contextos decisórios. Assim, o minimalismo não está comprometido com uma observância estrita dos resultados do procedimento majoritário, podendo, em situações excepcionais, adotar uma postura contramajoritária de revisão judicial das decisões tomadas pelos órgãos democraticamente eleitos ou definidos em função de sua especialização técnica. O modelo majoritário de função judicial, ao contrário, defende – ao assumir uma postura de crítica radical ao *judicial review* – a abolição do controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos estatais pelo Poder Judiciário e a transferência da última palavra institucional sobre a definição do significado dos textos constitucionais para o Poder Legislativo⁴²⁹.

De um ponto de vista decisório, a postura judicial minimalista, em regra, afasta-se do ativismo judicial, pois magistrados minimalistas procuram atuar com base no sistema de precedentes e não compreendem a sua atuação como “reformadores sociais” capazes de impor seus julgamentos morais, políticos e sociais ao restante da sociedade. Neste sentido, o minimalismo procura cultivar, em especial, o exercício de uma virtude judicial, entre outras: a humildade no exercício da função judicial. Não é fácil, também, definir o minimalismo judicial como um modelo de tomada de decisão necessariamente conservador ou liberal. Em regra, situa-se entre ambos, pois elabora, ao mesmo tempo, uma crítica ao originalismo (que é uma teoria muito ampla e profunda sobre a interpretação constitucional) e ao perfeccionismo liberal – típico da Corte de Earl Warren – que defende um ativismo judicial forte em termos de reformas institucionais e sociais, pautadas por uma ideia subjacente de progresso social ou “civilizatório”, conduzido por magistrados esclarecidos e com grande repercussão na reformulação do sistema de valores sociais.

Sob um prisma substancial, juízes ou tribunais predominantemente minimalistas não são céticos ou relativistas em relação a alguns compromissos

⁴²⁹ SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999, p. 28 et seq.

normativos fundamentais que compõem o *background* material que possibilita, por sua vez, um entendimento mínimo – isto é, uma espécie de consenso sobreposto (*overlapping consensus*) ou concepção política de justiça segundo a terminologia rawlsiana – sobre os principais desacordos morais e políticos existentes na sociedade. Conforme será detalhado adiante, o minimalismo defende, garante e estimula as pré-condições para o correto funcionamento da democracia constitucional, tais como: o princípio da igualdade política, a liberdade de expressão, a igual proteção (*equal protection*), o devido processo legal, a vedação de imposição de cidadania de segunda-classe a indivíduos ou grupos (princípio *anti-castas*), dentre outros. Deste modo, o minimalismo judicial é substancialmente comprometido com um conjunto de ideais intrínsecos à moralidade interna que define a democracia⁴³⁰. Este é outro importante aspecto normativo que diferencia o minimalismo proposto por Cass Sunstein de uma perspectiva exclusivamente procedimental (procedimentalismo em sentido forte). Ao contrário do modelo majoritário (majoritarianismo) que defende uma perspectiva de justiça baseada exclusivamente na igualdade política e na dimensão procedimental ideal da democracia majoritária, o minimalismo propõe uma abordagem do direito que procura integrar as dimensões substancialista e procedimentalista, postulando, assim, uma espécie de procedimentalismo débil ou fraco.

Para Cass Sunstein, o minimalismo representa a teoria adequada para descrever algumas das principais decisões da Suprema Corte norte-americana ao longo dos anos noventa. Segundo o autor, *Justices* Sandra Day O'Connor, Stephen Breyer, Ruth Bader Ginsburg, Stevens e David Souter podem ser classificados, em linhas gerais, como magistrados minimalistas, pois adotaram, durante o período de realização do estudo, uma postura de cautela frente a pronunciamentos abstratos, teoricamente ambiciosos e decisões excessivamente principiológicas com amplos efeitos prospectivos⁴³¹. Deste modo, em casos socialmente relevantes, os juízes

⁴³⁰ SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999, p. 61 et seq.

⁴³¹ Cf. SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999, p. 04-05, tradução nossa: "A compreensão do minimalismo ajuda a iluminar um conjunto de ideais importantes e de longa data no âmbito do Direito Constitucional: as cortes não devem decidir questões desnecessárias para a solução do caso; que as cortes devem evitar decidir casos que não estão "maduros" para decisão; que as cortes devem evitar decidir questões constitucionais [profundas]; as cortes devem respeitar os seus próprios precedentes; as cortes não devem emitir conselhos; as cortes devem seguir suas decisões, mas não necessariamente as opiniões pessoais de seus juízes (*dicta*); as cortes devem exercitar as 'virtudes passivas' associadas com a manutenção de silêncio sobre grande temas da atualidade. Todas essas ideias envolvem o uso construtivo do silêncio".

supracitados decidiram em termos circunscritos, com relação estrita ao caso concreto sob análise, deixando temas contíguos e questões valorativas fundamentais para deliberação e decisão futura pelos órgãos democraticamente eleitos ou legitimados por sua *expertise* técnica.

O autor elenca alguns casos jurídicos, de grande importância, que foram decididos em um sentido minimalista pelos magistrados mencionados: por exemplo, quando a Suprema Corte dos EUA decidiu que o Instituto Militar de Virgínia não poderia excluir o ingresso de mulheres e, ao mesmo, tempo, optou por não ampliar suas razões decisórias para outras instituições que também aceitam, por diferentes motivos, apenas o ingresso de um dos sexos; no caso em que a Suprema Corte declarou inconstitucional um programa de ação afirmativa em Richmond, estado da Virgínia, sem estabelecer, no entanto, uma vedação ampla, abstrata e descontextualizada de programas de ação afirmativa baseados em critérios raciais; quando a Corte invalidou uma lei do estado de Colorado que proibia a adoção de medidas de combate à discriminação em razão da orientação sexual, no entanto, sem se manifestar sobre como a Constituição deve ser interpretada de um modo abstrato e amplo sobre outras questões correlatas envolvendo a temática da homossexualidade.

A tese fundamental do presente capítulo consiste na afirmação de que a estratégia minimalista de decisão judicial pode estimular de modo significativo o diálogo institucional entre os poderes estatais. De acordo com Cass Sunstein: “Decisões circunscritas permitem um tipo de diálogo contínuo no âmbito político, assim como entre a Corte e outras instituições, de um modo que promove aprendizado”⁴³². Decisões minimalistas podem reforçar, estimular e ampliar o debate democrático nos âmbitos federal, estadual e municipal, além de facultar uma maior participação, deliberação e contribuição por parte da sociedade civil⁴³³.

Deste modo, exemplifica o autor: quando a Suprema Corte decide, de modo minimalista, no sentido de que proibições ou restrições vagas ou fortemente

⁴³² SUNSTEIN, Cass. Problems with minimalism. *Stanford Law Review*, v. 58, abril 2006, p. 1915-1916.

⁴³³ Cf. SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999, p. 05, tradução nossa: “A primeira sugestão é a de que certas formas de minimalismo podem ser promotoras da democracia, não apenas no sentido de que deixam em aberto questões para a deliberação democrática, mas, principalmente, no sentido de que promovem o oferecimento de razões e asseguram que determinadas decisões importantes serão tomadas por atores democraticamente responsáveis”.

indeterminadas no tocante à regulação da *internet* ou, de modo mais amplo, da liberdade de expressão em geral, é produzido um incentivo institucional para que o Poder Legislativo, no futuro, elabore restrições que serão positivadas em textos normativos mais claros, determinados, baseados predominantemente em regras e não em princípios ou conceitos jurídicos indeterminados; ou quando a Corte decide sobre a necessidade de uma análise mais aprofundada – um escrutínio estrito – de discriminações baseadas em gênero, por exemplo, tal decisão, em um sentido minimalista, orienta e estimula o Poder Legislativo a elaborar leis baseadas em motivações racionais e razoáveis, densamente fundamentadas, que transcendam o simples preconceito irracional ou pura discriminação de gênero.

Segundo Cass Sunstein, em regra, o minimalismo representa um caminho adequado para abordar temas altamente complexos sobre os quais indivíduos e grupos sociais divergem profundamente e em relação aos quais os membros da sociedade permanecem divididos em termos morais, políticos ou afins. A complexidade de um tema pode ser produzida pela transitoriedade das circunstâncias subjacentes à análise do mesmo, multiplicidade de abordagens possíveis, incerteza moral, incomensurabilidade entre diferentes avaliações políticas, econômicas ou de caráter técnico, assim como a carência de informações confiáveis, estáveis e provenientes de fontes de consenso social ou científico⁴³⁴.

Minimalistas, segundo o autor, não decidem dedutivamente a partir de teorias, teses ou princípios abstratos. As decisões judiciais não são vislumbradas como resultados influenciados por teorias abstratas adotadas de antemão; ao contrário, os argumentos utilizados para a decisão relacionam-se de modo estrito com o caso concreto sob exame. O oposto do minimalismo é o maximalismo decisório, segundo

⁴³⁴ CUNHA, José Ricardo. Direito e complexidade. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: UNISINOS; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 230-231: "Nessa perspectiva, o mundo, as pessoas, as instituições e toda a existência somente podem ser adequadamente entendidos a partir de um pensamento complexo, pois este é verdadeiramente capaz de lidar com as incertezas e contradições que formam a realidade que, por seu turno, é plural e multidimensional. O pensamento complexo procura a história das interações entre os fenômenos, compreendendo o todo sem descuidar da singularidade da parte. (...) O complexo diz respeito a uma unidade indissolúvel de interações que jamais será reduzida à simplicidade. (...) Descoberto como insimplificável, o mundo nos desafia colocando em xeque nossos dualismos e paradoxos, pois onde imaginávamos antagonismos, descobrimos ligações; onde imaginávamos certezas, descobrimos imprevisibilidades resultantes das infinitas possibilidades de conexões e interações; onde imaginávamos o caos e a desordem catastróficos, descobrimos que tanto o caos quanto a desordem geram novas formas de organização; e tudo isso desafia o nosso entendimento na origem. (...) Complexo é o que nega o determinismo da ordem absoluta e a separação elementar dos entes."

o qual “[há] a fixação de normas amplas para o futuro e também o estabelecimento de justificações teóricas ambiciosas para os resultados”⁴³⁵.

A prática do minimalismo envolve duas características fundamentais⁴³⁶: em primeiro lugar, juízes minimalistas decidem casos sem a definição de normas ou orientações amplas com efeitos prospectivos, ou seja, decisões que tentam vislumbrar ou antecipar possíveis aplicações a casos semelhantes (ou até essencialmente distintos) no futuro. Neste primeiro sentido, minimalistas objetivam decidir de modo circunscrito, estreito (*narrow*), isto é, rigorosamente adstrito ao caso concreto, suas particularidades empíricas e contexto decisório no qual se encontra inserido. Não há o ingresso em temas, questões ou objetos correlatos ao caso concreto sob exame. A decisão será suficientemente restrita ou circunscrita para justificar normativamente o seu respectivo resultado jurídico.

Em segundo lugar – e em oposição ao perfeccionismo judicial de Ronald Dworkin – magistrados minimalistas evitam ingressar em debates filosóficos excessivamente profundos (ou “fundacionalistas”) em torno de questões de princípios. O objetivo central é permitir a convergência *in concreto* apesar do desacordo razoável *in abstracto* sobre temas ou problemas morais, políticos e filosóficos⁴³⁷. Neste sentido, os juízes tendem a recorrer a acordos teóricos incompletos (*incompletely theorized agreements*) que podem assumir duas formas principais: concordâncias em questões particulares apesar da persistente divergência ou incerteza sobre as questões abstratas de fundo, assim como acordos sobre temas ou questões abstratas acompanhados por desacordos no tocante às questões práticas, concretas ou operacionais decorrentes dos valores, temas ou questões fundamentais.

⁴³⁵ SUNSTEIN, Cass. *One case at time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999, p. 09-10.

⁴³⁶ SUNSTEIN, Cass. *One case at time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999, p. 08 et seq.

⁴³⁷ SUNSTEIN, Cass. Acordos constitucionais sem teorias constitucionais. “Minha ideia básica é que, mesmo quando não conseguem entrar em acordo quanto a teorias constitucionais, as pessoas podem frequentemente concordar a respeito de práticas constitucionais, e até sobre direitos. Em outras palavras, ordens constitucionais em bom funcionamento procuram resolver seus problemas por meio de acordos não completamente fundamentos. Esses acordos, às vezes, dependem da aceitação de abstrações em meio a sérios desacordos a respeito de casos específicos. Assim, pessoas que discordam sobre os limites da incitação à violência e ao ódio [*hate speech*] podem aceitar um princípio geral de liberdade de expressão (...). Esse é um fenômeno importante no Direito e na Política constitucionais; ele torna possível a elaboração de constituições. Mas, às vezes, acordos não completamente fundamentados envolvem resultados concretos e não abstrações; as pessoas podem concordar sobre a constitucionalidade ou não de uma determinada prática mesmo quando as teorias que fundamentam seus juízes estão em total divergência”. (p. 79-80).

A defesa de uma fundamentação incompleta, tanto no âmbito da criação de novos textos constitucionais quanto no da tomada de decisões em casos jurídicos, possui importantes atrativos. Em primeiro lugar, julgamentos não completamente teorizados ou fundamentados constituem uma parte fundamental das interações sociais tanto no âmbito público quanto na vida privada: “eles ajudam a tornar as Constituições e o Direito Constitucional possíveis; ajudam até mesmo a tornar a vida em sociedade possível”⁴³⁸. Deste modo, um primeiro conjunto de atrativos reside em sua capacidade de estimular a convergência e a estabilidade em um ambiente social marcado por desacordos razoáveis em relação a assuntos de larga escala e com grande profundidade. Em segundo lugar, acordos teóricos incompletos reduzem o antagonismo, permitem que as pessoas convivam e demonstrem reciprocidade, civilidade e respeito mútuo⁴³⁹. Em terceiro, tais acordos têm a importante função de reduzir o custo político de desacordos persistentes. Assim, quando a justificativa de uma decisão não ergue pretensões normativas abstratas ou ambiciosas sobre o que é justo ou bom, aqueles que foram vencidos em sua argumentação “perdem uma decisão, mas não o mundo”, ou seja, suas teorias não foram absolutamente rejeitadas, podendo ser acolhidas em parte em decisões futuras⁴⁴⁰. Por último, acordos com fundamentação incompleta permitem a flexibilidade necessária para a adaptação frente às mudanças sociais, culturais ou morais, permitindo, assim, um elevado grau de abertura e maleabilidade para novos fatos, perspectivas e valores⁴⁴¹.

⁴³⁸ SUNSTEIN, Cass. Acordos constitucionais sem teorias constitucionais. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, p. 79-94, set./dez. 2007a, p. 87.

⁴³⁹ SUNSTEIN, Cass. Acordos constitucionais sem teorias constitucionais. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, p. 79-94, set./dez. 2007a, p. 88. “O uso de princípios ou regras de curto alcance permite que juízes em órgãos colegiados, e cidadãos em geral, descubram um terreno comum e, assim, um modo de vida comum, sem produzir antagonismo desnecessário. Regras e princípios de curto alcance tornam desnecessário adentrar áreas nas quais o desacordo é a nota essencial”.

⁴⁴⁰ SUNSTEIN, Cass. Acordos constitucionais sem teorias constitucionais. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, p. 79-94, set./dez. 2007a, p. 89.

⁴⁴¹ SUNSTEIN, Cass. Acordos constitucionais sem teorias constitucionais. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, p. 79-94, set./dez. 2007a, p. 89: “Como já foi observado, acordos não completamente fundamentados têm muitas virtudes, incluindo a facilitação da convergência, a redução dos custos do desacordo e a demonstração de humildade e respeito mútuo. Tudo isso pode ser determinante para o sucesso da elaboração de uma constituição numa sociedade pluralista. Tais virtudes valem também para casos constitucionais. Em uma democracia constitucional que funcione bem, os juízes ficam particularmente relutantes em invocar abstrações filosóficas como base para invalidar resultados de processos democráticos. Ficam relutantes porque sabem que podem entender mal os argumentos filosóficos relevantes e porque buscam mostrar respeito aos diferentes cidadãos de sua nação”. (p. 91)

Deste modo, o autor destaca a possibilidade – e sua importância para o Direito Constitucional – de julgamentos concretos em casos particulares desacompanhados de modelos teóricos abstratos que fundamentem, de modo lógico-dedutivo, tais julgamentos. Acordos teóricos incompletos permitem a cooperação social em um contexto de pluralismo político, filosófico e moral; constituem, ainda, uma forma de respeito mútuo que possibilita o debate e a deliberação produtiva, já que os compromissos morais, filosóficos e políticos mais fundamentais, em regra, constituem “pontos fixos” que não se sujeitam facilmente à revisão e ao questionamento reflexivo a partir da comparação com outras perspectivas.

Os efeitos prospectivos que serão produzidos por decisões amplas e profundas – isto é, em um sentido maximalista nas duas dimensões apresentadas acima – dependem da existência institucionalmente consolidada de um sistema de precedentes vinculantes baseado na teoria do *stare decisis*⁴⁴². Deste modo, se os precedentes não são vinculantes ou a jurisprudência não é vista como uma legítima fonte formal do direito, decisões em sentido amplo e profundo não repercutirão necessariamente no futuro. A distinção entre *holding*⁴⁴³ e *obter dictum*⁴⁴⁴ também é importante para a produção de efeitos futuros a partir de decisões maximalistas. Deste modo, tribunais no futuro podem interpretar as dimensões de amplitude e profundidade de decisões maximalistas tomadas no passado como exemplos de *obter dictum* e, portanto, não vinculantes, promovendo, por fim, uma espécie de

⁴⁴² MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 116-117: “A expressão *stare decisis* deriva da frase latina: *stare decisis et non quieta movere*, que significa: “deixar quieto o que já foi decidido e não alterá-lo”. No common Law, ela constitui a política que exige que as cortes sigam os precedentes estabelecidos pelos tribunais que lhe são hierarquicamente superiores. O conceito de precedente e a definição de seu âmbito vinculante são, portanto, questões centrais para seu funcionamento”.

⁴⁴³ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008: “*Holding* ou *ratio decidendi* constitui a norma extraída do caso concreto que vincula os tribunais inferiores” (p. 122) e “Assim, há uma razoável convergência dos juristas na adoção da conceituação do *holding* como: a regra explícita ou implicitamente tratada pelo juiz como um passo necessário a atingir a decisão, à luz das razões por ele adotadas” (p. 124).

⁴⁴⁴ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008: “Constitui *obter dictum* qualquer manifestação do Tribunal não necessária à solução do caso concreto, a exemplo de considerações marginais efetuadas pela corte, argumentos lançados por um dos membros do colegiado e não acolhidos ou apreciados pelo órgão, dissensos constantes de votos divergentes. (...) O *obter dictum* terá, em regra eficácia persuasiva, na medida da força de seus fundamentos. Seu peso possuirá, todavia, um aspecto argumentativo. Em um caso que suscite, simultaneamente, diversas questões de direito, uma determinada afirmação da corte, percebida como *obter dictum*, pode se consolidar, posteriormente, como um *holding* alternativo. Além disso, os tribunais podem conferir-lhe algum peso impositivo quando houver evidência de que resultou de um exame especialmente atento da corte, ainda que não fosse necessário à decisão” (p. 125-126).

“minimização” de suas pretensões normativas prospectivas. A hipótese contrária também pode acontecer: assim, um tribunal que deliberadamente elaborou um acórdão em um sentido minimalista pode, no futuro, ser interpretado como uma decisão a partir da qual é possível extrair um princípio decisório (e argumentativo) amplo – *holding* – que será aplicado, em um sentido maximalista, aos casos semelhantes no futuro.

Há, segundo Cass Sunstein, uma estrita conexão entre o minimalismo decisório e a democracia. O modelo de democracia defendido por Cass Sunstein nas obras “*The Partial Constitution*” e “*One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*” não é o majoritário, segundo o qual a democracia representaria simplesmente um método de decisão capaz de agregar preferências privadas de atores individuais e coletivos. Segundo o autor, o modelo democrático norte-americano aproxima-se do ideal de democracia deliberativa, no qual “os representantes são responsáveis perante o público”. Neste sentido, o minimalismo é uma perspectiva interpretativa e decisória que “pode promover o controle eleitoral ao assegurar que atores politicamente responsáveis tomem decisões importantes”. A democracia deliberativa fundamenta suas credenciais epistêmicas no fato de permitir o intercâmbio de experiências e informações segundo diferentes perspectivas. Em uma sociedade marcada pelo fato do pluralismo, a divergência e o desacordo razoável são “forças produtivas” capazes de gerar melhores decisões coletivas. Em síntese, o ideal de democracia deliberativa exige um compromisso com a igualdade política e com a argumentação racional, segundo a qual “julgamentos prévios e desejos devem sobreviver a um processo de reflexão e debate”. Conforme Cass Sunstein:

Uma das funções tanto da democracia como do controle de constitucionalidade é a de minimizar os efeitos de tais preferências, ou garantir que elas sejam ‘depuradas’ por meio de processos de deliberação, inclusive a discussão e o debate políticos. Uma tarefa central da política é identificar preferências distorcidas por vários fatores ou que possuam efeitos passíveis de repreensão se transformadas em lei.⁴⁴⁵

Na obra *The Partial Constitution*, publicada no início da década de noventa, Sunstein compreende o ideal de democracia deliberativa como “uma parte e fração da concepção madisoniana original de política”, cujo conteúdo pode ser desmembrado em quatro compromissos fundamentais capazes de caracterizar o

⁴⁴⁵ SUNSTEIN, Cass. *A constituição parcial*. Trad. M. T. Martins e R. Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2009b, p. 158.

“republicanismo liberal” incorporado, segundo sua interpretação, pelo constitucionalismo norte-americano. Em primeiro lugar, a crença na deliberação política, segundo a qual “o governo da maioria não deve ser entendido como a simples tradução dos desejos atuais em leis”; em segundo lugar, o ideal de cidadania responsável pela “independência [do indivíduo] em relação à vontade de outros”; em terceiro, a noção de acordo como ideal regulatório para a atividade política: neste sentido, o republicanismo liberal “[acredita] que frequentemente existem respostas corretas para controvérsias públicas” e, por fim, o compromisso fundamental com a igualdade política que envolve uma oposição a sistemas de castas (responsáveis pela imposição de uma cidadania de segunda-classe), a defesa de uma igualdade aproximada de oportunidades e a liberdade de condições desesperadas que prescreve um mínimo existencial (de teor social) necessário para o exercício efetivo das liberdades individuais e deliberativas.

Com fundamento nos compromissos normativos decorrentes do ideal de democracia deliberativa descritos acima, Cass Sunstein defende, neste momento de sua obra teórica, argumentos mais abstratos e gerais (em um sentido maximalista ou perfeccionista) para a justificação de uma atuação ativista das cortes em duas situações hipotéticas que, em suas linhas gerais, coincidem com a proposta elaborada por John Hart Ely em sua obra *“Democracy and Distrust”*: em primeiro lugar, o ativismo encontra-se justificado para a proteção de “direitos que são centrais para o processo democrático e cuja violação tem pouca probabilidade de vir a ser remediada pela política”; em segundo lugar, a estratégia ativista legitimar-se-á quando a restrição de direitos fundamentais de grupos sociais – definidos como “minorias isoladas” historicamente objeto de preconceitos enraizados em uma determinada sociedade – forem o resultado “da pouca probabilidade de obterem uma audiência justa por parte do processo legislativo”. Entretanto, após delinear as situações gerais de atuação ativista da corte que foram descritas acima, Cass Sunstein indica também três significativas limitações institucionais das cortes supremas que conduzem à adoção de uma postura de maior cautela frente às intervenções judiciais.

A primeira limitação refere-se aos ideais de democracia, cidadania e comprometimento com a deliberação pública. Segundo o autor, o protagonismo decisório das cortes “poderia distrair as energias e recursos da política, e a eventual

decisão judicial poderia barrar um desfecho político”⁴⁴⁶. Uma segunda limitação institucional consiste na ineficácia das decisões judiciais para promover mudanças sociais efetivas. O caso *Brown v. Board of Education* é citado como um grande exemplo – talvez o mais importante – para questionar a afirmação anterior. Entretanto, “a decisão em *Brown* confirma a fraca posição institucional do Judiciário” no tocante à promoção de reformas sociais profundas⁴⁴⁷. Por fim, o autor destaca o problema do estreitamento do enfoque da adjudicação. Neste sentido, “raramente os tribunais se tornam especialistas na área em questão” e a dimensão concreta dos casos jurídicos, assim como os debates teóricos e abstratos sobre o direito *em tese*, “dificulta[m] aos juízes a compreensão dos efeitos complexos e frequentemente imprevisíveis da intervenção judicial”.

Em seu livro “*One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*”, Cass Sunstein considera inconsistente com a perspectiva minimalista a elaboração de um modelo teórico amplo, fundamentado com profundidade a partir de uma compreensão normativa densa acerca da democracia deliberativa, de controle judicial da constitucionalidade das leis e atos normativos estatais. Segundo o autor, os compromissos substanciais inscritos no ideal de democracia deliberativa são controvertidos e profundamente indeterminados e, além disso, o próprio modelo de democracia deliberativa encontra-se sujeito ao desacordo razoável. Assim, magistrados minimalistas precisam tomar decisões sem necessariamente se posicionarem sobre uma correta definição (moral ou epistêmica) de democracia, sendo suficiente, do ponto de vista prático, a adoção estratégica (teoricamente incompleta) de uma atitude “promotora da democracia” (*democracy-promoting*) capaz de assegurar, ao mesmo tempo, a responsabilidade política e a reflexão

⁴⁴⁶ Cf. SUNSTEIN, Cass. *A constituição parcial*. Trad. M. T. Martins e R. Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2009b, p. 186: “O recurso à política tende a mobilizar os cidadãos sobre as questões públicas, e a mobilização é boa para os indivíduos e para a sociedade como um todo. Pode inculcar compromissos políticos, entendimentos mais amplos, sentimentos de cidadania e dedicação à comunidade. A ênfase no Judiciário frequentemente enfraquece esses valores. A invalidação judicial de desfechos políticos poderia muito bem ter efeitos corrosivos sobre os processos democráticos. *Dentro dessa conexão é importante que se lembre que muito possivelmente Martin Luther King foi uma fonte muito mais importante de mudanças constitucionais do que qualquer uma ou até mesmo do que todas as decisões sobre questões raciais da Suprema Corte do Justice Warren*”. (p. 186-187, grifo nosso).

⁴⁴⁷ Cf. SUNSTEIN, Cass. *A constituição parcial*. Trad. M. T. Martins e R. Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2009b, p. 188-189: “Dez anos após aquela decisão, não mais do que 1,2% das crianças negras no Sul freqüentavam escolas integradas. Contudo, não foi antes de 1964, com o envolvimento do Congresso e do Poder Executivo, que aconteceu uma integração racial mais disseminada. É claro que é possível que as ações legislativas e executivas não houvessem ocorrido sem o incentivo da decisão em *Brown*, mas mesmo isso é altamente incerto. Existem poucas indicações de que a decisão em *Brown* resultou em um ímpeto para a ação política. O exemplo demonstra que pelo menos como regra geral a Suprema Corte é muito mais eficiente ao vetar uma decisão do que na tentativa de fazer uma mudança social por conta própria”.

racional sobre questões públicas pelas instituições democraticamente eleitas⁴⁴⁸. Decisões neste sentido refletem “a consciência dos juízes acerca de seu lugar limitado na estrutura constitucional”. Uma segunda atitude institucional compatível com esse ideal normativamente *fraco* de democracia consiste em validar, como regra geral, os resultados produzidos pelos procedimentos democráticos (*democracy-permitting outcomes*).

A opção pelo minimalismo judicial, no entanto, não é isenta de uma prévia análise contextual. Por exemplo, questões altamente complexas do ponto de vista empírico, científico ou ético, que são objeto de ampla discussão nos âmbitos dos Poderes Legislativo e Executivo, assim como pela sociedade civil, constituem áreas *prima facie* adequadas à opção minimalista. Não é possível, portanto, uma defesa *a priori* – com fundamento em argumentos puramente filosóficos ou políticos – do minimalismo judicial, assim como de sua adequação a todo e qualquer contexto decisório independentemente de uma análise empírica do caso concreto em questão. Neste sentido, não é correto compreender o minimalismo como um “projeto geral”, em favor do qual militaria uma presunção de correção no tocante aos resultados a serem produzidos mediante sua utilização. Ao contrário, o recurso ao minimalismo exige uma análise contextual, uma investigação caso a caso, apta a verificar se a referida estratégia produzirá, em comparação com as concorrentes, os melhores resultados interpretativos e institucionais. Desta forma, “em áreas que exigem alto grau de previsibilidade, e quando a corte tem experiência consolidada sobre o tema, a profundidade poderá ser justificada”⁴⁴⁹.

O minimalismo decisório no âmbito judicial leva em consideração as limitações institucionais dos atores envolvidos no processo complexo de interpretação dos dispositivos constitucionais. Neste sentido, situa-se no paradigma da hermenêutica institucional descrita no primeiro capítulo, que ressalta as limitações cognitivas e motivacionais da racionalidade. A presente perspectiva reconhece que “ao decidir casos constitucionais, juízes frequentemente carecem de

⁴⁴⁸ É possível, também, uma defesa maximalista ou perfeccionista da democracia deliberativa, tal como as proposta elaborada por Carlos Santiago Nino que realiza uma análise profunda e ampla sobre a natureza normativa da democracia deliberativa, seus compromissos filosóficos e políticos e sua repercussão sobre o controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos estatais.

⁴⁴⁹ SUNSTEIN, Cass. Problems with minimalism. *Stanford Law Review*, v. 58, 2006a, p. 1914-1915.

informações relevantes, e suas decisões podem produzir consequências imprevistas”⁴⁵⁰.

A preocupação minimalista com relação ao caráter circunscrito e teoricamente pouco ambicioso das decisões judiciais decorre dos problemas colocados pelas limitações inerentes à racionalidade em geral e, em particular, à racionalidade jurisdicional. Com relação ao presente tema, Sunstein aponta cinco virtudes do minimalismo judicial⁴⁵¹. Em primeiro lugar, o minimalismo é capaz de reduzir os custos da tomada de uma decisão, especialmente por um colegiado de magistrados. Deste modo, decisões teoricamente ambiciosas e, também, fundamentadas com a pretensão de antecipar a maior gama de situações ou casos semelhantes no futuro por intermédio da fixação de princípios gerais, implicam um elevado custo em termos de tempo, esforço argumentativo e obtenção deliberativa de um consenso que, aliás, pode não ser alcançado. O custo decisório alcançará maior intensidade se o acórdão representar a decisão coletiva do tribunal (o que tornaria fundamental a obtenção de um consenso, ao menos para a redação definitiva do teor do acórdão e, em especial, se não houver a possibilidade de publicação de votos dissidentes) e não um somatório de votos individualizados cujo resultado coletivo final será computado de acordo com o critério majoritário.

Outra importante variável institucional (e regimental) relacionada ao custo da decisão, lembrada por John Ferejohn e Pasquale Pasquino, consiste no caráter interno ou externo da deliberação judicial. Segundo os autores, “nos sistemas kelseniano e pós-autoritários, as cortes tipicamente deliberam em segredo e raramente realizam uma audiência pública, as decisões proferidas representam a corte como um todo e não se registram os votos”⁴⁵². Assim, este modelo decisório é *internamente* deliberativo, isto é, são realizadas reuniões “[nas quais] os juízes encontram-se presentes e visam de fato persuadir-se mutuamente e chegar a uma decisão que tenha sido coletivamente argumentada”⁴⁵³.

⁴⁵⁰ SUNSTEIN, Cass. *One case at time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999, p. 47.

⁴⁵¹ SUNSTEIN, Cass. *One case at time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999, p. 46 et seq.

⁴⁵² FERREJOHN, J. PASQUINO, P. Tribunais constitucionais como instituições deliberativas. In: BIGONHA, A. C. MOREIRA, L. *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 59.

⁴⁵³ FERREJOHN, J. PASQUINO, P. Tribunais constitucionais como instituições deliberativas. In: BIGONHA, A. C. MOREIRA, L. *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 60.

Gustavo Zagrebelsky, referindo-se ao caso particular do Tribunal Constitucional italiano, ressalta que “o caráter colegial e unitário do Tribunal assume um particular significado pela ausência de votos particulares”⁴⁵⁴. Diferentemente do modelo jurídico e do contexto cultural norte-americano, no qual o dissenso fomenta o diálogo entre diferentes posições contribuindo para a construção de uma “unidade plural” de distintas vozes, no contexto italiano, segundo o autor, “a opinião dissidente seria instrumento de enfrentamento entre personalidades que se situam à frente [...] da jurisprudência que deveria ser construída [coletivamente]”⁴⁵⁵. O método regimental de deliberação *ex ante* e construção coletiva do acórdão tende a aumentar os custos da decisão, incentivando, assim, a adoção de estratégias minimalistas que objetivam alcançar um acordo necessário e fundamentado de modo incompleto. De acordo com Zagrebelsky:

Estes modos de proceder e, em concreto, a impossibilidade de manifestar opiniões individuais, alimentam o espírito unitário do colegiado e influenciam a substância das resoluções. Promovem o acordo mais amplo, o que menos sacrifica as opiniões constitucionais relevantes, embora sejam minoritárias.⁴⁵⁶

Por outro lado, na Suprema Corte norte-americana, a título de exemplo, verifica-se uma deliberação *externa*, segundo a qual “a realização de audiências é a regra (pelos menos para os casos mais importantes), os votos são registrados e os votos dissidentes são publicados”⁴⁵⁷. O modelo deliberativo das sessões de julgamento do Supremo Tribunal Federal pode ser definido como fortemente externo, no qual a busca pelo consenso não funciona como ideal argumentativo, a tal ponto extremado que o Min. José Dias Toffoli chega a reconhecer: “Existe a

⁴⁵⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Principios y votos*: El Tribunal Constitucional y la Política. Madrid: Trotta, 2008, p. 63.

⁴⁵⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Principios y votos*: El Tribunal Constitucional y la Política. Madrid: Trotta, 2008, p. 65.

⁴⁵⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Principios y votos*: El Tribunal Constitucional y la Política. Madrid: Trotta, 2008, p. 68.

⁴⁵⁷ FERREJOHN, J. PASQUINO, P. Tribunais constitucionais como instituições deliberativas. In: BIGONHA, A. C. MOREIRA, L. *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 60-61: “A Corte raramente busca assegurar o consenso absoluto, aparentemente preferindo possibilitar a existência do conflito e de desacordo. Na maior parte dos casos há baixa incidência de deliberação interna, ou seja, os juízes não passam muito tempo deliberando sobre as especificidades dos casos a serem julgados (espectadores geralmente relatam que os juízes interagem na maior parte das vezes com os seus assessores e menos frequentemente visam o convencimento alheio ou a mudança do voto dos outros juízes). A deliberação interna geralmente ocorre depois que se dá início à votação na sessão, quando os juízes decidem se eles vão concordar parcialmente ou totalmente com a decisão proferida em nome da Corte. Esta deliberação ocorre por escrito na maior parte das vezes, e não através de interação pessoal.”

tradição de não se fazer reuniões prévias. (...) Cada um leva o seu voto sem saber como votará o colega. É da tradição desta Suprema Corte⁴⁵⁸. Em síntese, o modelo deliberativo externo – como é o caso do STF brasileiro – tende a estimular a produção de decisões maximalistas ou perfeccionistas, com um conteúdo amplo, profundo e teoricamente ambicioso, já que o problema do custo decisório no âmbito do colegiado não é intenso, em razão da ausência ou insuficiência de uma perspectiva de construção coletiva de consenso.

Já o modelo deliberativo interno, no qual há a construção coletiva da decisão do tribunal mediante a busca de um consenso em reuniões e debates prévios à sessão de julgamento, tende a estimular a tomada de decisões em um sentido minimalista diante da existência de desacordos razoáveis sem perspectiva de convergência, em tempo hábil, no âmbito do tribunal.

Em segundo lugar, o minimalismo pode reduzir a frequência de erros, sua magnitude, seus custos e a dificuldade de sua correção ou reparação. Desta forma, os custos dos erros incluem “os custos de julgamentos equivocados e como eles afetam o sistema social e jurídico como um todo”. Em caso de erro, uma decisão adotada em termos amplos e profundos produzirá elevados custos porque afetará inúmeros casos semelhantes no futuro. Neste sentido, consoante Cass Sunstein, uma abordagem lenta e evolucionária envolvendo o acréscimo sucessivo de decisões particulares (orientadas ao caso concreto) poderá produzir um menor saldo negativo de erros e reduzir os seus custos e efeitos sistêmicos imprevistos.

Em terceiro lugar, outra virtude minimalista consiste na promoção da estabilidade social por intermédio do respeito mútuo fundamentado no pluralismo razoável. Ao evitar disputas filosóficas fundacionalistas, magistrados e tribunais minimalistas permitem que o acordo seja possível quando necessário, assim como seja considerado desnecessário quando o acordo é impossível em razão das questões morais, políticas e filosóficas de fundo.

⁴⁵⁸ TOFFOLI, José Antônio Dias. Se o juiz cuida do futuro, torna o passado instável. *Consultor Jurídico*, 20 de fevereiro de 2011, p. 02-03, 2011. Entrevista concedida a Rodrigo Hadar: “A vantagem é que torna o julgamento mais transparente. (...) Por outro lado, isso gera situações como a que vimos: diante de um empate, a definição do modo como se decidirá a matéria é feita ao vivo, em cores, transmitida pela televisão. Esse aspecto é bom por revelar que, no Supremo, nada é combinado. A decisão é de cada um. E o colegiado fala em nome de todos.” Em seguida, continua o Ministro sobre o relacionamento entre seus integrantes: “Não que as pessoas não se deem bem, mas não é um clube de amigos. E é bom que não seja, porque a ideia é que a manifestação do tribunal corresponda ao somatório das visões e pré-compreensões de cada um de seus ministros. Evidentemente, há problemas nessa forma de obtenção do que se poderia chamar de *una vox* do colegiado. A doutrina contemporânea discute qual o método mais democrático, tomando-se como parâmetros os modelos americano e europeu. Por agora, creio que é esse o nosso caminho, mas que é necessário aperfeiçoá-lo. Em certa medida, as ideias vencidas contribuem para legitimar a tese vencedora. (p. 02-03).

O minimalismo possui uma estreita conexão com algumas ideias básicas do liberalismo político enquanto conjunto de princípios políticos, não metafísicos. A primeira é a ideia de consenso por justaposição (ou consenso sobreposto, *overlapping consensus*), que descreve a existência de um consenso numa sociedade quando uma concepção política da justiça que governa suas instituições básicas é aceita por cada uma das doutrinas abrangentes, sejam elas de natureza filosófica, religiosa ou moral, que perduram na sociedade em questão ao longo de sua história. A segunda ideia que é promovida pela perspectiva minimalista é a de concepção política (pública) de justiça, que respeita as liberdades individuais e se recusa a privilegiar uma determinada visão particular de bem e a deduzir dela princípios coletivos de justiça, mas que tenta evitar os extremos do relativismo e do ceticismo. A integração e a estabilidade social são construídas com apoio em acordos teoricamente incompletos⁴⁵⁹, que “permitem as pessoas viverem juntas apesar dos intensos desacordos”.

Com relação à prática jurisdicional, magistrados minimalistas não ingressam em debates filosóficos ambiciosos sobre os fundamentos do liberalismo, nem se filiam a esta ou aquela doutrina ou autor, evitando, desta forma, “escolher, por exemplo, entre o liberalismo político ou perfeccionista no contexto de decisão de casos”.

Em quarto lugar, o minimalismo considera as limitações cognitivas e motivacionais dos atores institucionais, sua racionalidade limitada e a produção de efeitos sistêmicos não antecipados. À semelhança do que foi discutido no final do primeiro capítulo, Sunstein destaca as limitações empiricamente impostas ao ideal regulativo de racionalidade como, por exemplo, a dificuldade na agregação e processamento de informações, a ausência de uma perspectiva “policêntrica” capaz

⁴⁵⁹ SUNSTEIN, Cass. Decisões políticas teorizadas de modo incompleto no Direito Constitucional. In: TEIXEIRA, A. V. OLIVEIRA, E. S. (Orgs.) *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*. São Paulo: Manole, 2010, p. 316-317: “O que parece ser plausível é algo não menos importante por sua modéstia: exceto em situações incomuns, e por múltiplas razões, teorias gerais são uma improvável fundação para a criação constitucional (*constitutional-making*) e para o Direito Constitucional; (...) Esse mais modesto conjunto de reivindicações nos ajuda a compreender decisões políticas teorizadas de modo incompleto como um importante fenômeno com suas próprias virtudes especiais. Tais decisões políticas ajudam a fazer as Constituições e o Direito Constitucional possíveis, mesmo dentro de nações nas quais os cidadãos divergem sobre muitas das mais fundamentais questões. Decisões políticas teorizadas de modo incompleto, assim, auxiliam a iluminar um duradouro enigma constitucional e, de fato, social: como os membros de diversas sociedades podem trabalhar em conjunto com base em respeito mútuo em meio a discordâncias rígidas tanto sobre o Direito quanto sobre o bem. Se existe uma solução para esse enigma, decisões políticas teorizadas de modo incompleto são um bom lugar do qual se pode começar”.

de visualizar e antecipar os efeitos complexos, sistêmicos, decorrentes de intervenções particulares⁴⁶⁰.

Por último, conforme já foi discutido, o minimalismo possui uma íntima relação com a democracia, facultando ao processo democrático a construção de novos compromissos, adaptação do direito às novas circunstâncias políticas, morais, culturais, econômicas e sociais, bem como a introdução de novas informações e perspectivas, pautadas pela diversidade, sobre questões jurídicas controvertidas e complexas na sociedade. O argumento democrático em prol do minimalismo defende a necessidade de soluções adequadas às circunstâncias sociais cambiantes e uma postura de humildade judicial frente às limitações institucionais enfrentadas pelo Poder Judiciário no âmbito de um sistema complexo de interações entre os poderes estatais e entre estes e a sociedade civil.

Por fim, é importante aprofundar a distinção entre o minimalismo procedimental e o minimalismo substancial. Conforme foi visto, em sua forma procedimental, o minimalismo consiste em uma estratégia decisória preocupada em deixar temas e questões filosóficas ou teóricas amplas e profundas em aberto, estimulando, assim, a continuidade do debate e do desacordo razoável na sociedade e nos poderes estatais legitimados democraticamente. O minimalismo procedimental “não possui uma imagem heróica do Judiciário; não acredita que a Corte deva estar na vanguarda dos movimentos sociais”⁴⁶¹. Em síntese, assevera Sunstein: “minimalistas não desejam revolucionar o direito com referência a princípios fundamentais”⁴⁶².

⁴⁶⁰ SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999, p. 52, tradução nossa. “Juizes também se deparam com esses problemas. O direito ao suicídio assistido por médico parece ser atrativo em princípio, mas uma declaração judicial sobre a existência desse direito constitui um intervenção em um sistema complexo de relações entre médico-paciente-familiares.”

⁴⁶¹ SUNSTEIN, Cass. *The Minimalist Constitution*. In: BALKIN, J. SIEGEL, R. (Ed.) *The constitution in 2020*. New York: Oxford University Press, 2009, p. 37. Segundo o autor, “[minimalistas] não vêem *Brown v Board of Education* nem *Roe v. Wade* como o estabelecimento de um caminho certo para o futuro. (...) Eles rejeitam a visão, proeminente entre progressistas nas décadas de sessenta e setenta, que nós deveríamos esperar por duas, ou dez, ou cem decisões do tipo *Brown*. Certamente, minimalistas apóiam *Brown*, concebendo-o como o ápice de uma longa linha de casos e como reflexo de uma compreensão mínima sobre a noção de igualdade racial sob o direito. Mas eles acreditam que, em razão de sua amplitude e ambição, *Roe* foi um grande erro. Uma decisão mais restrita, baseada nos princípios de igualdade sexual e focados nas características particulares presentes em *Roe*, teria sido muito melhor do a rejeição integral da posição “pró-vida” pela decisão da Corte” (p. 37-38).

⁴⁶² SUNSTEIN, Cass. *The Minimalist Constitution*. In: BALKIN, J. SIEGEL, R. (Ed.) *The constitution in 2020*. New York: Oxford University Press, 2009, p. 41.

A dimensão substantiva do minimalismo refere-se a um núcleo de compromissos normativos que são amplamente compartilhados por diferentes correntes hermenêuticas no âmbito do Direito Constitucional. Neste sentido, o minimalismo substantivo consubstancia compromissos inscritos na atual prática político-institucional norte-americana que descrevem o núcleo normativo de uma concepção política liberal substantiva eficiente. O referido núcleo substantivo por representar um amplo consenso normativo – no entanto, fundamentado de modo incompleto – obtém a convergência do apoio de diferentes formas de pensamento político – mais liberais ou mais conservadoras – e, ainda, o apoio por parte de críticos do ativismo judicial (originalistas, textualistas e procedimentalistas majoritários) e de defensores de uma maior intervenção judicial (perfeccionistas, por exemplo) para a proteção e promoção de tais direitos e compromissos.

Cass Sunstein, a título exemplificativo, enumera dez compromissos normativos inscritos na substância do minimalismo e, portanto, amplamente compartilhados por diferentes perspectivas constitucionais e judicialmente garantidos: 1.) proteção contra prisão injusta com apoio na cláusula do devido processo legal; 2.) proteção do dissenso político; 3.) direito ao voto; 4.) liberdade religiosa; 5.) proteção contra invasão da propriedade; 6.) proteção contra o abuso policial em face da pessoa ou de sua propriedade; 7.) garantias decorrentes do governo das leis (*rule of law*), tais como: anterioridade e irretroatividades das leis, princípios da legalidade, contraditório, ampla defesa e duplo grau de jurisdição; 8) vedação da prática de tortura ou qualquer abuso por parte de autoridades estatais; 9) proteção contra escravidão ou qualquer modalidade de subordinação em função da raça ou sexo; 10) proteção substantiva do corpo humano contra interferências do governo.⁴⁶³

O núcleo normativo descrito acima se relaciona, segundo o autor, com a noção de democracia deliberativa e, neste sentido, uma das principais finalidades institucionais de um sistema constitucional eficiente consiste em sustentar a moralidade interna da democracia. Esta moralidade é composta pelos ideais de igualdade política, participação, deliberação racional e responsabilização política, que podem atrair o apoio de diferentes doutrinas políticas ou filosóficas. Assim, todos os princípios que integram o núcleo substancial do minimalismo permitem a

⁴⁶³ SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999, p. 60 et seq.

convergência de indivíduos e grupos sociais com distintas concepções públicas de justiça – dotadas de razoabilidade – inscritas ou não na tradição liberal secular. Desta forma, magistrados e tribunais minimalistas encontram-se fortemente comprometidos com certos ideais de natureza substantiva.

Conforme descrito anteriormente, o minimalismo, em sua dimensão procedimental, questiona a opção *a priori* por uma atitude judicial agressiva ou reformadora para a definição – em termos de última palavra – de grandes controvérsias políticas, morais ou filosóficas. Entretanto, isso não significa que o minimalismo judicial permita, passivamente, a violação do núcleo de direitos fundamentais que integram o “coração” do minimalismo substancial: ao contrário, tais compromissos normativos constituem objetos de proteção intensa pelo Poder Judiciário frente às restrições injustificadas promovidas por maiorias legislativas e órgãos administrativos tecnicamente especializados⁴⁶⁴. É importante, ainda, ressaltar que o núcleo substancial do minimalismo não é estático e nem foi constituído de uma única vez a partir de considerações filosóficas ambiciosas: de modo diverso, seus princípios se encontram em constante processo de elaboração, atualização, evolução e ampliação, percorrendo um desenvolvimento caso a caso, mediante a interação reflexiva entre fatos e valores relacionados com os casos concretos.

Os compromissos fundamentais supramencionados, que integram o núcleo da democracia deliberativa, constituem guias para que tribunais minimalistas justifiquem argumentativamente suas decisões sobre a validação ou invalidação de leis e atos normativos que versarem sobre a temática inscrita no núcleo substancial do minimalismo. Entretanto, fora do âmbito da democracia deliberativa, as cortes deverão adotar uma postura de maior cautela, especialmente quando o sistema democrático, já consolidado institucionalmente e enraizado na cultura política da sociedade, estiver funcionando de modo eficiente.

⁴⁶⁴ SUNSTEIN, Cass. The Minimalist Constitution. In: BALKIN, J. SIEGEL, R. (Ed.) *The constitution in 2020*. New York: Oxford University Press, 2009, p. 42-43: “Tenho enfatizado que minimalistas insistem em certos princípios fundamentais e nós deveríamos esperar que tais princípios serão reafirmados em 2020. Certamente, a insistência nesses princípios provê uma proteção indispensável para aqueles que deles se beneficiam, mas isto também desempenha uma função cultural e educativa. Mais importante, minimalistas acreditam que o governo não pode punir discordantes políticos em qualquer sentido; minimalistas estão comprometidos com o governo democrático, e vêem a proteção do dissenso como a parte central desse compromisso. Se a guerra contra o terror ou alguns desenvolvimentos não antecipados ameaçam o direito de discordar, minimalistas estão mais do que dispostos a combater a ameaça.”

3.2. Problemas com o minimalismo

Em resenha sobre recente livro de Cass Sunstein intitulado “*A Constitution of Many Minds*”, Ronald Dworkin dirige um conjunto de críticas – teóricas e práticas – contundentes ao projeto minimalista preconizado por Sunstein⁴⁶⁵. Dworkin destaca algumas interpretações minimalistas sugeridas por Sunstein em relevantes casos jurídicos que, segundo ele, são passíveis de fortes críticas. Assim, Ronald Dworkin cita que, para Sunstein e sua perspectiva minimalista, a Suprema Corte norte-americana acertou ao evitar forçar imediatamente os estados a implementar suas decisões no tocante à proibição da segregação racial em escolas públicas, “[determinando] que as peculiaridades locais fossem respeitadas e que o fim da segregação racial deveria ocorrer na velocidade adequada”⁴⁶⁶ (*Brown v. Board of Education*); que a decisão no caso *Roe v. Wade* foi muito ampla a partir do reconhecimento – e aplicação parcialmente questionável ao caso tendo em vista outras perspectivas e argumentos significativos que deveriam ter sido levados em consideração no caso – de um direito constitucional à privacidade, mas que, no entanto, já representa parte indelével da tradição constitucional norte-americana e que não deve ser superada ou reformada; a decisão da Corte Suprema sobre a existência de um direito fundamental dos indivíduos particulares de portar armas, com apoio na segunda emenda à Constituição dos EUA, que encontra fundamento em uma perspectiva tradicionalista acrítica com viés minimalista (isto é, segundo o minimalismo tradicionalista), entre outros casos profundamente controvertidos no âmbito da jurisprudência norte-americana.

Dworkin identifica, com razão, uma grande transformação no pensamento de Cass Sunstein – entre o período inicial de a “*Constituição Parcial*”, passando pelas obras “*One case at time*” e “*Radicals in Robes*” e, finalmente, culminando em seu livro “*A Constitution of Many Minds*” – no sentido da adoção progressiva de uma postura mais cautelosa em relação ao minimalismo judicial como paradigma geral ou preferencial de interpretação constitucional. Para Cass Sunstein, a opção por uma ou outra estratégia de adjudicação passa pela necessária avaliação das capacidades institucionais dos atores envolvidos e das consequências

⁴⁶⁵ Cf. DWORKIN, Ronald. Looking for Cass Sunstein. *New York Review of Books*, v. 56, n. 7, abril 30, 2009.

⁴⁶⁶ APPIO, Eduardo. *Direito das minorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 249.

possivelmente desencadeadas pela opção sob análise. Assim, a indagação fundamental sempre será: em quais circunstâncias e sob quais pressupostos institucionais a estratégia em tela produzirá a melhor leitura do texto constitucional?⁴⁶⁷

No entanto, para Dworkin, a opção pelo minimalismo judicial produz, frequentemente, custos elevados em termos de proteção ineficiente de direitos fundamentais. Segundo o autor, a Corte Suprema desempenha dois papéis centrais no sistema político norte-americano: em primeiro lugar, na qualidade de uma Corte de Direito, preocupa-se em proteger os direitos constitucionais – em especial, os direitos individuais – dos cidadãos na qualidade de “trunfos” frente às considerações de bem-estar coletivo e, em segundo lugar, assume o papel de arquiteto constitucional (*constitutional architect*) cujas decisões alteram e orientam a história do país, suas instituições básicas e afetam, ainda, as vidas não dos cidadãos individuais que justamente deveria proteger, mas do restante da nação concebida como uma coletividade⁴⁶⁸. De tempos em tempos, argumenta Dworkin, esses diferentes papéis entram em conflito. Esse conflito acontece nas hipóteses em que o Poder Judiciário encontra-se diante de práticas sociais e jurídicas tradicionalmente estabelecidas que, entretanto, violam os direitos e garantias fundamentais inscritos na Constituição tal como interpretados na atualidade (isto é, “em sua melhor luz construtiva”) e que, portanto, precisam ser proibidas ou, ainda, quando novos direitos fundamentais precisam ser reconhecidos apesar do questionamento ou revolta produzida por indivíduos e grupos sociais em número significativo e com grande repercussão social.

O elevado custo do minimalismo reside no fato de que magistrados concebidos como arquitetos institucionais podem adotar uma postura de dúvida, excessiva cautela ou restrição no tocante à necessária alteração de práticas jurídicas e sociais tradicionalmente estabelecidas, porém inconstitucionais, não reconhecendo direitos fundamentais – ao menos, em toda a sua extensão – por anos e até por décadas apesar do significativo apoio social às demandas por

⁴⁶⁷ Cf. SUNSTEIN, Cass. Second-order perfeccionism. *Public Law and Legal Theory Working Paper*, Chicago, n. 144, dec. 2006, p. 05. Conforme o autor: “Qualquer abordagem de interpretação constitucional deve considerar com atenção o problema da falibilidade judicial, e por esta razão, o perfeccionismo de segunda ordem tem um grande atrativo” (p. 20).

⁴⁶⁸ DWORKIN, Ronald. Looking for Cass Sunstein. *New York Review of Books*, v. 56, n. 7, april 30, 2009, p. 03.

reconhecimento de novos direitos em alguns casos. Neste sentido, o minimalismo orienta a corte a desenvolver suas doutrinas jurídicas de modo lento, progressivo, caso a caso, em resposta à experiência acumulada de “muitas mentes”, às transformações sociais e ao permanente debate público. Tal postura institucional permite e estimula o debate público contínuo, bem como a imaginação e experimentação de novas políticas pelos entes federativos, possibilitando, assim, o surgimento de novas soluções, regulações normativas e desenhos institucionais originais de “baixo para cima” que permitirão, no futuro, a legitimação de decisões mais amplas e ambiciosas por parte dos tribunais superiores. Neste sentido, assevera Dworkin: “Arquitetos constitucionais devem pensar em longo prazo e com a devida atenção ao momento, custos e repercussões de suas decisões”⁴⁶⁹.

Entretanto, magistrados que aderem ao minimalismo, ao invés de conferirem efetividade, na primeira oportunidade, às suas convicções bem fundamentadas sobre o reconhecimento de novos direitos, postergam e transferem para o futuro tais mudanças sociais e jurídicas, falhando no tocante ao exercício de seu verdadeiro papel fundamental: não como arquiteto constitucional, mas como guardião dos direitos fundamentais consagrados expressa ou implicitamente em seu texto normativo⁴⁷⁰.

Dworkin elabora uma crítica ao “argumento das muitas mentes” (*many minds argument*) utilizado por Cass Sunstein para a justificação, em alguns casos particulares, da observância de práticas institucionais tradicionais desenvolvidas mediante inúmeras contribuições individuais ao longo do tempo como resposta coletivamente construída às necessidades e problemas contextuais existentes. O argumento das muitas mentes é baseado nas reflexões do Marquês de Condorcet (conhecido como “teorema do júri de Condorcet”⁴⁷¹) no século XVIII que

⁴⁶⁹ DWORKIN, Ronald. Looking for Cass Sunstein. *New York Review of Books*, v. 56, n. 7, abril 30, 2009, p. 04.

⁴⁷⁰ DWORKIN, Ronald. Looking for Cass Sunstein. *New York Review of Books*, v. 56, n. 7, abril 30, 2009, p. 04.

⁴⁷¹ De acordo com Cass Sunstein: “Para entender como funciona o teorema, suponhamos que várias pessoas respondam à mesma pergunta e que há duas respostas possíveis (correta e incorreta). Suponhamos, também, que a probabilidade de que cada pessoa responda corretamente supere os 50%. Com poucos cálculos, o teorema demonstra que a probabilidade de que a maioria responda de maneira acertada se aproxima de 100% à medida que o tamanho do grupo aumenta. Em poucas palavras, os grupos ao melhores respostas do que os indivíduos isolados e os grandes grupos dão respostas mais acertadas do que os pequenos, desde que se cumpram as duas condições: que a resposta da maioria ‘ganhe’ e que cada pessoa tenha mais probabilidade de acertar do que de errar”. (Cf. SUNSTEIN, Cass. *A sabedoria da maioria*. Disponível em: http://www.miniweb.com.br/atualidade/tecnologia/artigos/sabedoria_maioria.html. Acesso em: 06 abr. 2011. Cf. SUNSTEIN, Cass. *A Constitution of Many Minds: why the founding document doesn't mean what it mean before*. Princeton: Princeton University Press, 2009, p. 08-10.

recentemente atraíram a atenção de cientistas políticos, psicólogos sociais e teóricos do direito. Neste sentido, segundo Sunstein, “se muitas pessoas pensam algo, suas visões têm direito à consideração e respeito”⁴⁷². Tradicionalistas insistem que se os membros da sociedade aceitam de longa data certas práticas (institucionais), então os tribunais devem ser deferentes com relação a tais práticas; alguns tradicionalistas mais extremados erguem uma pretensão adicional segundo a qual até mesmo o Legislativo deve levar a sério e respeitar, *prima facie*, tais práticas institucionais tradicionais.

Segundo Sunstein, “a Constituição não estabelece as regras para a sua interpretação”⁴⁷³, logo diferentes perspectivas interpretativas são adequadas (ou possíveis) tendo em vista distintos contextos decisórios e domínios temáticos em particular. Por exemplo, o tradicionalismo, segundo o autor, revela-se, em tese, atraente para questões institucionais que envolvam a separação entre poderes, o federalismo e, de modo mais controvertido, o direito fundamental ao porte de armas por particulares. Ao contrário, em outros contextos decisórios, como aqueles responsáveis por questões relativas à igual proteção (*equal protection*) e reconhecimento de novos direitos fundamentais com apoio nos princípios da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, o tradicionalismo provavelmente será uma opção inadequada tendo em vista, em muitos casos, preconceitos irracionais compartilhados socialmente⁴⁷⁴.

O argumento desenvolvido por Cass Sunstein procura investigar, de modo crítico, a contribuição da “sabedoria das multidões” para o Direito Constitucional norte-americano, pois – à primeira vista – esse conhecimento construído coletivamente possui como aspectos positivos seu caráter evolutivo, dinâmico e adaptativo às necessidades empíricas e soluções de problemas, bem como se apóia, em tese, na pluralidade de experiências, perspectivas e contribuições de

⁴⁷² SUNSTEIN, Cass. *A Constitution of Many Minds: why the founding document doesn't mean what it mean before*. Princeton: Princeton University Press, 2009, p. ix.

⁴⁷³ SUNSTEIN, Cass. *A Constitution of Many Minds: why the founding document doesn't mean what it mean before*. Princeton: Princeton University Press, 2009, p. x.

⁴⁷⁴ SUNSTEIN, Cass. *A Constitution of Many Minds: why the founding document doesn't mean what it mean before*. Princeton: Princeton University Press, 2009, p. 33-122.

múltiplos atores para a consolidação da prática em questão⁴⁷⁵. Em síntese, o argumento das muitas mentes possui um caráter comparativo, inclusive entre instituições: “mesmo que todos ou a maioria das pessoas não estejam predispostas ao acerto, é possível que a média ou a resposta mediana de um grande número de pessoas seja mais segura do que a resposta produzida pelos juízes federais [em pequeno número]”⁴⁷⁶. Dworkin, entretanto, elabora algumas críticas às tentativas de aplicação do teorema do júri de Condorcet na teoria do direito. Por exemplo, é preciso verificar se o ponto de vista da maioria não foi construído sobre a base de preconceitos ou discriminações arbitrárias comuns em temas morais e jurídicas. Dworkin sustenta, ainda, que a aplicação do teorema é extremamente questionável em questões morais, complexas, multifacetadas, que são essencialmente diferentes das questões empíricas (ou lógicas) mais simples, cujas respostas – comprováveis empiricamente ou demonstráveis logicamente – são binárias em termos de certo ou errado.⁴⁷⁷

Consoante Ronald Dworkin, a estratégia minimalista pode tornar-se demasiado mecânica e acrítica e, ainda, permitir que os magistrados, em casos constitucionais difíceis, evitem sua plena responsabilidade intelectual pela tomada de decisões em temas controvertidos e complexos. Além disso, uma “modéstia agressiva” – tal como a preconizada pelo minimalismo – é capaz, a longo termo, de erodir a própria legitimação institucional e social da Corte como guardiã dos direitos fundamentais. A Corte Suprema possui a responsabilidade soberana de fundamentar seus julgamentos em princípios que constituem premissas normativas da própria democracia americana. Ao contrário, constitui uma postura arrogante aquela adotada por funcionários não eleitos que declaram ou negam o reconhecimento de direitos fundamentais sem justificá-los à luz de princípios constitucionais amplos. Por fim, argumenta Dworkin em oposição ao minimalismo judicial, ao assumir uma nostalgia dos tempos visionários da *Corte Warren*: “necessitamos de decisões ousadas e eloqüentes, na tradição dos grandes juristas

⁴⁷⁵ SUNSTEIN, Cass. *A Constitution of Many Minds: why the founding document doesn't mean what it mean before*. Princeton: Princeton University Press, 2009, p. 08.

⁴⁷⁶ SUNSTEIN, Cass. *A Constitution of Many Minds: why the founding document doesn't mean what it mean before*. Princeton: Princeton University Press, 2009, p. 09.

⁴⁷⁷ DWORKIN, Ronald. Looking for Cass Sunstein. *New York Book's Review*, v. 56, n. 7, abril 30, 2009, p. 05.

do passado, decisões que possam reafirmar os fundamentos de uma jurisprudência constitucional liberal”⁴⁷⁸.

Cass Sunstein também aponta alguns problemas da perspectiva minimalista que não permitem justificá-la como a melhor alternativa interpretativa válida para *todos* os contextos decisórios. De acordo com o autor, “a escolha entre o minimalismo e suas alternativas dependem em parte de considerações pragmáticas e em parte de julgamentos sobre as capacidades de diferentes atores institucionais”⁴⁷⁹. Neste sentido, o minimalismo judicial ao postular a elaboração de decisões circunscritas ao caso ou questão *in concreto* e fundamentadas de modo teoricamente incompleto, pode simplesmente repassar os custos da decisão e de eventuais erros para outros atores institucionais (nas instâncias inferiores) e litigantes no futuro, reduzindo os custos particulares do caso concreto e, ao mesmo tempo, elevando os custos totais relativos à incerteza, imprevisibilidade e efeitos sistêmicos de um ponto de vista global. Além disso, a ausência de decisões fundamentadas de modo completo, detalhadas no tocante às hipóteses de incidência em relação ao futuro, pode acabar por privar os integrantes do Poder Legislativo de considerar a jurisprudência dos tribunais superiores como um *background* normativo claro em relação ao qual poderão deliberar, questionar, atualizar e concretizar seu respectivo conteúdo por meio da legislação⁴⁸⁰.

Apesar das limitações apontadas, o minimalismo apresenta-se particularmente atraente como estratégia decisória nos seguintes contextos⁴⁸¹:

- 1) Quando os juízes estão procedendo em um contexto decisório marcado por incertezas valorativas ou empíricas constitucionalmente relevantes ou sob circunstâncias (políticas, sociais, econômicas, científicas, etc) rapidamente cambiantes;
- 2) Na hipótese em que o planejamento antecipado não seja absolutamente necessário para a reprodução de práticas jurídicas, econômicas e sociais

⁴⁷⁸ DWORKIN, Ronald. Looking for Cass Sunstein. *New York Book's Review*, v. 56, n. 7, april 30, 2009, p. 08.

⁴⁷⁹ SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2001a, p. 56.

⁴⁸⁰ SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2001a, p. 54-57.

⁴⁸¹ SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2001a, p. 57-60.

- que dependem fundamentalmente de certeza e expectativas claras compartilhadas;
- 3) Quando as pré-condições normativas da democracia deliberativa não estão em jogo e os objetivos democráticos são apropriados para serem promovidos por decisões circunscritas (baseadas em regras);
 - 4) O minimalismo é especialmente forte em situações, áreas ou temas que envolvem controvérsia acentuada que se encontra em debate (justificado e efetivo) pelos órgãos democraticamente eleitos no momento da apreciação pelo Poder Judiciário;
 - 5) Na hipótese de casos jurídicos que se situam nas “fronteiras” do Direito Constitucional, isto é, casos absolutamente novos ou pouco freqüentes e que exigem respostas sobre as quais a Corte não possui confiança, familiaridade nem experiência com o tema, questão ou contexto da decisão⁴⁸².

3.3. Minimalismo racionalista, minimalismo tradicionalista e *trimming*

Cass Sunstein elabora uma distinção entre o minimalismo racionalista (*rationalist minimalism*) – discutido até o presente – e o minimalismo tradicionalista ou *burkeano*, apresentado e discutido, de modo pormenorizado, no artigo “*Burkean Minimalism*” de 2006 e no livro “*A Constitution of Many Minds*”, sob a denominação “tradicionalismo” (*traditionalism*), de 2009.

O minimalismo racionalista pode ser definido como a perspectiva interpretativa que busca a tomada de decisões circunscritas, limitadas ao caso e fundamentadas de modo teoricamente incompleto, porém – apesar de sua moderação e cautela – é também capaz de repensar criticamente as tradições e práticas sociais e institucionais reiteradas ao longo do tempo. Esta versão racionalista do minimalismo está preocupada em perquirir as razões (de diferentes ordens, ou seja, as possíveis justificações para as tradições) subjacentes às referidas práticas. A ideia fundamental do minimalismo racionalista é a de que, em muitos casos, tais tradições ou práticas encontram-se sedimentadas sobre

⁴⁸² SUNSTEIN, Cass. Problems with minimalism. *Stanford Law Review*, v. 58, apr. 2006, p. 1914-1915.

preconceitos, discriminações, questões de poder, uso da violência e injustiças arbitrárias, reiteradas ao longo do tempo, e que o desenvolvimento político, moral e social é alcançado justamente a partir da extinção ou transformação crítica de tais práticas tradicionais no âmbito da sociedade.

O minimalismo tradicionalista ou *burkeano*⁴⁸³ preconiza que os princípios constitucionais devem ser construídos (ou concretizados) de modo progressivo, um caso após outro (mediante sucessivos acréscimos de significado) e com apoio no recurso à analogia e, principalmente, com absoluta referência às práticas institucionais consolidadas de longa data. Neste sentido, o minimalismo tradicionalista posiciona-se, como regra geral, de modo deferente em relação às doutrinas judiciais construídas por intermédio da jurisprudência, concebidas como verdadeiras práticas institucionais que consolidam a compreensão de “muitas mentes”, isto é, representam o “entrincheiramento” de muitos julgamentos sobre um determinado tema. Esta perspectiva – literalmente conservadora – destaca a importância da observância de práticas estabelecidas, da experiência consolidada e construída coletivamente sobre uma determinada questão ou tema, podendo desempenhar uma função de “escudo” ou de “espada” com relação à proteção das práticas tradicionais.

Deste modo, o tradicionalismo (*burkeanismo*) pode ser utilizado como um escudo, “permitindo que o governo possa defender-se em relação aos ataques às tradições”⁴⁸⁴ ou, então, como uma espada, “permitindo litigantes a desafiar afastamentos de práticas longamente estabelecidas”⁴⁸⁵. Além disso, o minimalismo

⁴⁸³ Minimalismo inspirado no pensamento de Edmund Burke (1729-1797). Em sua obra *Reflexões sobre a Revolução em França*, Edmund Burke argumenta em sua crítica à Revolução Francesa e correlata admiração pelo constitucionalismo britânico: “Sustento que a nossa situação privilegiada deve-se à nossa constituição; mas refiro-me à nossa constituição como um todo e não a uma de suas partes tomada em separado; (...) Nosso povo encontrará na defesa do que possui matéria onde empregar um espírito verdadeiramente patriótico, independente e livre. *Sem dúvida, não rejeito as mudanças; mas gostaria que as mudanças fossem feitas sempre com o intuito de conservar.* (...) *Caso eu tivesse que fazer alguma mudança em nossa constituição, seguiria o exemplo de nossos ancestrais, fazendo de forma que a reforma, na medida do possível, fosse feita no mesmo estilo que o resto da construção. Este sempre foi um dos princípios condutores dos que nos antecederam, mesmo nas circunstâncias em que se conduziram com a maior firmeza, quando tiveram que agir na política, e agiram com grande precaução, com circunspeção, cheios de reservas, enfim com uma timidez que era muito mais o produto de uma reflexão do que uma característica pessoal. Não tendo sido iluminados por essa luz que, ao que pretendem, tanto ilumina esses senhores na França, os que nos antecederam levaram em consideração nas suas ações um sentimento profundo de consciência da ignorância e da falibilidade da humanidade*” (Cf. BURKE, Edmund. *Reflexões sobre a Revolução em França*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982, p. 221-222, grifo nosso).

⁴⁸⁴ SUNSTEIN, Cass. *Burkean minimalism*. *Michigan Law Review*, Michigan, v. 105, nov. 2006b p. 356.

⁴⁸⁵ SUNSTEIN, Cass. *Burkean minimalism*. *Michigan Law Review*, Michigan, v. 105, nov. 2006b p. 356.

burkeano ou tradicionalista pode justificar outras atitudes estratégicas por parte do Judiciário em relação às tradições: em primeiro lugar, em um sentido menos intenso, magistrados adeptos da perspectiva tradicionalista podem aceitar a rejeição ou remodelação de práticas *exclusivamente* por parte do Poder Legislativo, mas não o próprio rompimento individual por intermédio de um ativismo de precedente ou jurisprudencial (conforme classificação de William P. Marshall) em relação às doutrinas e práticas reconhecidas pelo tribunal; em segundo lugar, de um modo *fundamentalista*, outros magistrados também adeptos do *burkeanismo* podem sujeitar a um escrutínio minucioso toda proposta democrática de transformação ou rejeição de práticas tradicionais institucionalmente consolidadas (minimalismo tradicionalista em sentido forte)⁴⁸⁶.

Apesar de todas as doutrinas mencionadas a seguir serem representantes teóricos de um pensamento constitucional de índole conservadora, o minimalismo *burkeano* se diferencia tanto do originalismo quanto do perfeccionismo conservador – que, por sua vez, se opõe ao perfeccionismo liberal de matriz *dworkiniana* estudado no segundo capítulo. O originalismo, tal como defendido pelos *Justices* Clarence Thomas e Antonin Scalia, acredita que o texto constitucional deve ser interpretado consoante o significado público original compartilhado ao tempo da ratificação (do texto constitucional original e da aprovação de suas sucessivas emendas). Desta forma, qualquer tentativa de afastamento interpretativo desse significado público original, mesmo que amparado em práticas tradicionais posteriores à ratificação ou aprovação das emendas, é considerada ilegítima. Por sua vez, o perfeccionismo conservador (*conservative perfectionism*) é responsável por um amplo programa de ataque e desconstrução de precedentes liberais na jurisprudência norte-americana – por exemplo, ataques contundentes às ações afirmativas, proteção dos direitos de propriedade frente às tentativas governamentais de regulação e invalidação de medidas restritivas no tocante à publicidade comercial – com suporte em amplos ideais conservadores, fundamentados de modo profundo, sobre liberdade, propriedade e livre-iniciativa econômica⁴⁸⁷.

⁴⁸⁶ SUNSTEIN, Cass. Burkean minimalism. *Michigan Law Review*, Michigan, v. 105, nov. 2006b, p. 356.

⁴⁸⁷ SUNSTEIN, Cass. Burkean minimalism. *Michigan Law Review*, Michigan, v. 105, nov. 2006b, p. 357-358. De acordo com Cass Sunstein, os membros mais proeminentes da Corte *Lochner* eram perfeccionistas conservadores (p. 357).

No entanto, as três perspectivas conservadoras supramencionadas têm algo em comum: todas endereçam críticas contundentes ao ativismo liberal, assim como à pretensão racionalista de reforma social, assumidos pela jurisprudência da Corte *Warren* e pela postura ativista de alguns de seus sucessores nos anos seguintes. Neste sentido, rejeitam a idéia – muito difundida nas décadas de setenta e oitenta nos EUA – e recepcionada pela teoria de John Hart Ely, de um ativismo fundamentado na nota de rodapé n. 04 do acórdão de *United States v. Carolene Products Co*; todas rejeitam, ainda, a construção de uma teoria da revisão judicial apoiada na noção de democracia à semelhança, mais uma vez, da proposta procedimentalista de John Hart Ely e, por fim, desaconselham o exercício do ativismo judicial na hipótese de reconhecimento de direitos fundamentais de minorias em desvantagem, isoladas e historicamente estigmatizadas pelo preconceito. Em suma, o minimalismo tradicionalista valoriza a estabilidade, o argumento das muitas mentes para a construção paulatina e coletiva de uma prática social ou institucional e rejeita, à primeira vista, teorias filosóficas e jurídicas abstratas, assim como tentativas racionalistas de arquitetos ou engenheiros institucionais no sentido de revisar e reformular – de cima para baixo – práticas tradicionais longamente estabelecidas (e social e institucionalmente eficientes) na história de uma sociedade.

À semelhança de outras perspectivas já analisadas – perfeccionismo, minimalismo e formalismo – é relevante ressaltar que nenhuma abordagem interpretativa será válida para todo e qualquer contexto decisório, isto é, nenhuma teoria hermenêutica é independente do contexto empírico de sua utilização. Assim, a opção por uma ou outra abordagem dependerá de variáveis contingentes já mencionadas e que podem ser resumidas em duas: preliminarmente, as capacidades institucionais dos atores envolvidos e, em seguida, os efeitos sistêmicos - intencionais ou não - produzidos a partir da decisão interpretativa adotada. Segundo Cass Sunstein, “o argumento em favor do burkeanismo [afirma que] o respeito pelas tradições pode produzir melhores resultados, considerando todas as coisas, do que confiar em teorias de um ou outro tipo, especialmente quando tais teorias são dispostas por seres humanos falíveis como os juízes”⁴⁸⁸. Desta forma, o minimalismo tradicionalista, assim como as demais perspectivas,

⁴⁸⁸ SUNSTEIN, Cass. Burkean minimalism. *Michigan Law Review*, Michigan, v. 105, nov. 2006b, p. 359.

pode ser mais bem compreendido em função de uma análise pragmática ou consequencialista⁴⁸⁹.

Em síntese, o minimalismo tradicionalista apresenta-se plausível diante dos seguintes contextos decisórios:

1. Na hipótese em que uma interpretação originalista (no contexto norte-americano) produzir consequências inaceitáveis em razão das transformações sociais e da resposta a tais mudanças através do estabelecimento de práticas sociais e institucionais tradicionais eficientes na atualidade;

2. Quando práticas tradicionais (sobretudo institucionais) de longa data apresentam-se suficientemente dignas de confiança;

3. Quando houver argumentos suficientes para justificar uma postura cética sobre as capacidades institucionais para elaboração de teorias ou adoção de decisões amplas e profundas – como arquitetos institucionais – por parte dos magistrados e tribunais.

Para o autor, o argumento minimalista tradicionalista é particularmente forte, como regra geral, em contextos decisórios sobre temas como a separação de poderes e as relações entre os entes federativos. Em outros casos, bastante polêmicos, tais como *Elk Grove Unified Sch. Dist. v. Newdow*, também é possível identificar argumentos baseados no minimalismo burkeano⁴⁹⁰. No entanto, a perspectiva tradicionalista não é adequada para a resolução de questões relativas ao reconhecimento de novos direitos fundamentais fundamentados em interpretações inovadoras (que questionam práticas sociais injustas) sobre temas relacionados, por exemplo, à raça, etnia, gênero, cidadania, direitos reprodutivos (que se relacionam com o direito à privacidade) e orientação sexual.

Em todos esses casos há uma forte e consistente crítica por parte dos tribunais às tradições baseadas em preconceitos, erros, violência, poder e discriminações arbitrárias, de tal forma que é possível vislumbrar o surgimento de uma *nova tradição* jurisprudencial orientada para o futuro e não para o passado, qual

⁴⁸⁹ SUNSTEIN, Cass. Burkean minimalism. *Michigan Law Review*, Michigan, v. 105, nov. 2006b, p. 359.

⁴⁹⁰ Por exemplo, neste caso, pode ser citada a defesa do *Chief Justice* Rehnquist a respeito da constitucionalidade da utilização da expressão “under God” no denominado “Pledge of Allegiance” com suporte em argumentos de ordem histórica que sustentam o exercício e a legitimidade de uma prática tradicional consolidada de longa data na sociedade americana. O texto completo do juramento de lealdade aos Estados Unidos, criado em 1892, foi modificado quatro vezes. A expressão “sob Deus” foi inserida na quarta alteração do texto em 1954. O texto na íntegra é: “Prometo lealdade à bandeira dos Estados Unidos da América e à república que ela representa, uma nação sob Deus, indivisível, com liberdade e justiça para todos”. Cf. SUNSTEIN, Cass. Burkean minimalism. *Michigan Law Review*, Michigan, v. 105, nov. 2006b, p. 374-375.

seja: a consolidação, ao longo do tempo em sucessivas decisões, de uma prática institucional reiterada por parte dos tribunais (nos EUA, ao invocar, por exemplo, a cláusula da igual proteção – *equal protection* – inscrita na seção n. 2 da 14ª emenda à Constituição; no Brasil, mediante uma aplicação direta, ampla e profunda dos princípios da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana) no sentido do reconhecimento de novos direitos fundamentais baseados nos ideais de igualdade, liberdade e dignidade inerente a todo ser humano⁴⁹¹.

Por fim, em artigo publicado no ano de 2009, Cass Sunstein introduz e desenvolve a noção de *trimming*⁴⁹² no debate sobre interpretação constitucional. A origem do termo remonta ao século XVII⁴⁹³ (*Trimmers*) que identifica “aqueles que tendiam a rejeitar os extremos e [que] pegavam emprestadas idéias de ambos os lados em controvérsias sociais intensas”⁴⁹⁴. *Trimmers*, segundo o autor, “acreditam ser importante seguir entre os pólos e preservar o que é mais profundo e sensível nas posições em competição”⁴⁹⁵. Apesar do *trimming* em muitas situações possuir um sentido negativo ou pejorativo⁴⁹⁶, o termo pode desempenhar uma importante função descritiva de uma estratégia decisória capaz de revelar-se adequada em determinados contextos morais, políticos, jurídicos ou sociais. Assim, em alguns casos, tal postura possibilitará que ninguém seja excluído, preservando, assim, a auto-estima dos integrantes em disputa; em outras situações, representa uma atitude que se dedica a encontrar e preservar os melhores argumentos de ambos os lados, bem como suas convicções mais profundas; em outras, o *trimming* auxilia na redução do conflito e crítica social. Finalmente, o *trimming* pode produzir os melhores resultados como uma resposta sensível às limitações dos juízes no

⁴⁹¹ SUNSTEIN, Cass. Burkean minimalism. *Michigan Law Review*, Michigan, v. 105, nov. 2006b, p. 377 et seq.

⁴⁹² *To trim* (vt) significa aparar; *trim* (sth) (off sth) significa cortar algo (de algo). Cf. *OXFORD ENGLISH DICTIONARY*. New York: Oxford University Press, 2009. CD-ROM.

⁴⁹³ Termo inspirado na obra de George Savile, Marquis of Halifax, intitulada *The Character of a Trimmer*, publicada em Londres no ano de 1688. Cass Sunstein aponta algumas caracterizações históricas dos termos “trimming” e “Trimmer”. Assim, por exemplo, “trimmers” já foram definidos no passado como: “nonconformists who went to the Church”, “the more moderate sort of Tories” ou “secret Wings”. Cf. SUNSTEIN, Cass. Trimming. *Harvard Law Review*, v. 122, n. 4, feb. 2009c, p. 1051, nota n. 01; e p. 1055-1056.

⁴⁹⁴ SUNSTEIN, Cass. Trimming. *Harvard Law Review*, v. 122, n. 4, feb. 2009c, p. 1053.

⁴⁹⁵ SUNSTEIN, Cass. Trimming. *Harvard Law Review*, v. 122, n. 4, feb. 2009c, p. 1053.

⁴⁹⁶ No sentido de alguém que não se posiciona segundo uma das teses (políticas, morais, filosóficas ou jurídicas) em disputa, mas que, ao mesmo tempo, procura alcançar um meio-termo, uma terceira alternativa ou solução conciliatória que pode ser vista de modo crítico pelos adeptos de cada um dos extremos.

tocante à agregação e processamento de informações, respeito ao precedente e mitigação do conflito social por intermédio da consideração (em parte) aos compromissos inscritos em cada uma das posições em disputa⁴⁹⁷.

De um ponto de vista procedimental, *trimmers* procuram levar em consideração todos os pontos de vista, incluindo os mais extremados. Promovem, ainda, uma listagem das diferentes posições e compromissos em disputa, sem repudiar, de antemão, os valores, ideais ou compreensões normativas mais profundas dos adversários em questões morais, políticas ou jurídicas. No tocante à substância ou conteúdo das questões, *trimmers* procuram se situar entre os extremos. Esta perspectiva interpretativa também possui uma justificação de ordem moral que reside na ideia de “mostrar respeito a todos os lados (...) e assegurar que nenhum lado se sentirá ofendido, diminuído ou injustiçado”⁴⁹⁸.

Cass Sunstein divide a categoria em dois grupos. Em primeiro lugar, há um grupo (*compromisers*) que identifica os extremos para, em seguida, tentar alcançar um acordo com o objetivo, por um lado, de reduzir o antagonismo social e, por outro, porque que o meio-termo constitui a decisão correta (não apenas de um ponto de vista moral, mas também epistêmico). Em segundo lugar, há aqueles (*preservers*) que buscam, após ouvir todos os lados, preservar ou resguardar o núcleo dos valores, compromissos e objetivos mais fundamentais, compartilhado pelos integrantes de cada uma das posições em disputa. Além disso, o *trimming* pode ser visto como uma característica (ou virtude) pessoal ou, ainda, como uma atividade ou estratégia de decisão válida apenas em certos contextos. Por exemplo, muitas pessoas – cidadãos comuns, juízes, políticos e até familiares – têm uma inclinação para a moderação, o acordo e o consenso e, nesse sentido, buscam aplicá-los a toda situação que envolva uma questão moral, política ou jurídica. Por outro lado, como estratégia de decisão, um juiz poderá aplicar a perspectiva a certos temas ou questões⁴⁹⁹ e não a outros, que considera incompatíveis com uma estratégia de

⁴⁹⁷ SUNSTEIN, Cass. *Trimming*. *Harvard Law Review*, v. 122, n. 4, feb. 2009c, p. 1054.

⁴⁹⁸ SUNSTEIN, Cass. *Trimming*. *Harvard Law Review*, v. 122, n. 4, feb. 2009c, p. 1070.

⁴⁹⁹ Para Cass Sunstein, em certas áreas, tais como o debate sobre ações afirmativas no EUA, a utilização do *trimming* é bastante comum, mesmo que de modo irrefletido. Como exemplo, Sunstein cita a rejeição pela Suprema Corte, por apertada maioria, de cotas raciais definidas de um modo rígido (um percentual) e, ao mesmo tempo, a aceitação do critério racial como mais um “fator”, dentre outros, a ser levado em consideração no âmbito da justificação da ação afirmativa. Cf. *Regents of Univ. of California v. Bakke*, 1978, 418 US 265. Em *Fullilove v. Klutznick* (1980), a Suprema Corte ampliou o entendimento sobre ações afirmativas e aceitou a determinação de quotas fixas por uma medida do Congresso Nacional que previa o financiamento público para

conciliação (por exemplo, a liberdade de expressão nos EUA, que não admitiria restrições “conciliatórias” baseadas no *trimming*⁵⁰⁰). Para o autor, diante da incerteza normativa, empírica ou científica, magistrados podem tentar se situar entre os extremos em função da maior probabilidade de acerto (ou, ao menos, do menor erro) e, também, minimizar eventuais consequências negativas, não previsíveis, decorrentes de sua decisão⁵⁰¹.

Com suporte no teorema do júri de Condorcet, já apresentado, e, ainda, com suporte na reflexão de James Surowiecki sobre a “Sabedoria das Multidões”⁵⁰², Cass Sunstein confere ao *trimming* algumas credenciais epistêmicas. Com relação à atuação dos tribunais (por exemplo, o STF), um ministro, ao ouvir os argumentos das partes, Ministério Público, Advocacia-Geral da União, terceiros que se manifestam no processo e, eventualmente, também audiências públicas e *amicus curiae*, ao adotar uma postura de *trimming* poderia, em tese, se aproximar da posição mediana em relação a todas as opiniões manifestadas e, como consequência, posicionar-se em sintonia com a “sabedoria das multidões”⁵⁰³. Entretanto, essa tese, bastante abstrata e ambiciosa, também se sujeita às restrições empíricas e cognitivas que foram discutidas no caso da teoria de Condorcet.

Em suma, o *trimming* – assim como os demais casos analisados – constitui uma postura interpretativa cuja validade e adequação para a solução de problemas constitucionais dependerá do contexto de decisão, segundo uma análise empírica institucionalista. Cass Sunstein, no sentido acima, aponta alguns problemas do *trimming* que devem ser levados em consideração pelo intérprete-aplicador no âmbito do contexto de decisão a ser enfrentado.

os governos estaduais para a construção de prédios públicos e, ainda, que 10% dos recursos deveriam ficar reservados para prestadores de serviços e fornecedores pertencentes a minorias. Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 84-85.

⁵⁰⁰ Neste sentido, o *trimming* se opõe a uma perspectiva fundamentalista a respeito dos direitos individuais (*rights fundamentalism*) que não aceita o balanceamento entre tais direitos e bens ou interesses coletivos de qualquer natureza ou grau de importância.

⁵⁰¹ SUNSTEIN, Cass. *Trimming*. *Harvard Law Review*, v. 122, n. 4, feb. 2009c, p. 1061.

⁵⁰² Cf. SUROWIECKI, James. *The Wisdom of Crowds: Why the Many Are Smarter Than the Few and How Collective Wisdom Shapes Business, Economies, Societies and Nations*. New York: Little Brown & Co., 2004.

⁵⁰³ SUNSTEIN, Cass. *Trimming*. *Harvard Law Review*, v. 122, n. 4, feb. 2009c, p. 1065 et seq.

Em primeiro lugar, citando a teoria interpretativa de Ronald Dworkin, o *trimming* pode levar a uma decisão diferente – e, portanto, incorreta – daquela preconizada por uma leitura moral da Constituição, opondo ao ideal de integridade no âmbito de uma comunidade de princípios (isto é, a idéia de uma “melhor luz construtiva”) a virtude política da “conciliação”, que, por sua vez, representa objeto de críticas contundentes por parte de Ronald Dworkin⁵⁰⁴ ao discorrer sobre a integridade legislativa. Haveria, dessa forma, uma confusão entre questões de princípios, priorizadas pelo autor, e argumentos políticos que deveriam se submeter aos princípios jurídicos. Em segundo lugar, pode haver em erro na identificação prévia dos extremos, seus significados ou, ainda, das alternativas existentes, fato que acabaria por conduzir, logicamente, a uma alteração e inevitável erro na definição do meio-termo ou decisão mediana. Além disso, há a acusação de que os *trimmers* são *free-riders*, ou seja, suas decisões “pegam carona” em posicionamentos pré-estabelecidos, deixando de contribuir, de fato, com novas perspectivas, argumentos ou pontos de vista não sugeridos inicialmente pelos opositores. Por fim, o *trimming* poderia conduzir a uma indesejável politização do Judiciário, por constituir uma virtude característica das arenas políticas e absolutamente estranha à argumentação e fundamentação judiciais.

A título de conclusão do presente tópico, é possível introduzir, apesar da considerável proximidade, uma diferenciação fundamental entre o minimalismo e o *trimming*. Enquanto o minimalismo prefere “deixar questões difíceis para outro dia”, *trimmers* decidem os casos que têm em mãos. *Trimmers* se recusam a exportar para o futuro, tanto para os tribunais inferiores quanto para os litigantes, os custos de tomada de uma decisão e de eventuais erros em um contexto de incerteza normativa, empírica ou científica sobre temas controvertidos e complexos⁵⁰⁵. Após ouvir as diferentes posições, eles decidem em um sentido moderado, procurando situar-se entre os extremos da questão.

3.4. Minimalismo e o modelo majoritário

⁵⁰⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 217-218.

⁵⁰⁵ SUNSTEIN, Cass. *Trimming*. *Harvard Law Review*, v. 122, n. 4, feb. 2009c, p. 1080 et seq.

O modelo majoritário (*majoritarianism*) tem como principal objetivo reduzir o protagonismo dos tribunais constitucionais nas decisões de governo - isto é, na definição de políticas públicas - em um determinado sistema jurídico-político já fortemente marcado pelo fenômeno da judicialização da política. Assim, a defesa deste modelo de função judicial pressupõe um contexto jurídico-político de judicialização e de constitucionalização já consolidado e em pleno funcionamento.

Em um sentido mais *amplo*, o modelo majoritário aproxima-se da atitude ou estratégia minimalista. Sob um prisma hermenêutico, a não ser que o texto constitucional tenha sido claramente violado, os partidários do modelo majoritário defendem que as Cortes Constitucionais, como regra geral, devem respeitar as decisões dos representantes eleitos democraticamente. Desta forma, em questões morais, políticas, ambientais, econômicas e sociais altamente controversas, a última palavra (interpretativa) deverá ser aquela dada pelos órgãos democráticos de formação da vontade coletiva.

Segundo o modelo majoritário, os tribunais devem evitar decidir questões fundamentais – que envolvam um debate político, econômico ou cultural em larga escala – deixando a deliberação e a decisão sobre o mérito de tais questões “profundas” para o Poder Legislativo e para a sociedade civil no âmbito do espaço público.

Na atualidade, Mark Tushnet é o partidário mais conhecido deste posicionamento no debate norte-americano, ao defender, em primeiro lugar, o resgate de um constitucionalismo popular (*popular constitutionalism*) e, ainda, que a interpretação da Constituição “deva ser retirada das Cortes⁵⁰⁶”, ou seja, que os magistrados tenham os seus poderes de *judicial review* abolidos, inclusive, por meio de uma hipotética proposta de emenda à Constituição norte-americana intitulada *End Judicial Review Amendment (EJRA)*⁵⁰⁷.

Segundo Roberto Gargarella, constituem objetivos do constitucionalismo popular, de um modo geral, a crítica à supremacia judicial, a denúncia de uma sensibilidade anti-popular e anti-democrática por parte da magistratura, o

⁵⁰⁶ Cf. TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1999, p. 154-176.

⁵⁰⁷ Cf. TUSHNET, Mark. Democracy versus judicial review. *Dissent*, summer 2007, disponível em: www.dissentmagazine.org: “Except as authorized by Congress, no court of the United States or of any individual states shall have the power to review the constitutionality of statutes enacted by Congress or by state legislatures”.

fortalecimento de modalidades extra-judiciais de interpretação da Constituição, uma releitura crítica dos impactos sociais das decisões judiciais em sede de controle de constitucionalidade e, por último, a busca de um Direito para além do Direito formal-estatal, centrado nas noções de cidadania e de participação democrática⁵⁰⁸.

Neste sentido, a interpretação da Constituição deve ser deixada, segundo Tushnet, nas mãos do Congresso, do Presidente e dos governadores de estado. O modelo majoritário recomenda que os tribunais evitem resolver questões fundamentais em seu mérito, reconhecendo, assim, um amplo papel a ser desempenhado pelos cidadãos e pelos representantes eleitos na resolução de tais questões nas democracias contemporâneas⁵⁰⁹. Como regra geral, o modelo majoritário preconiza que os tribunais concedam o benefício da dúvida para os poderes eleitos⁵¹⁰.

A crítica comum feita por perfeccionistas, minimalistas e originalistas ao modelo majoritário é a de que o mesmo sobrevaloriza a premissa “estatística” da representação majoritária, identificando-a com a própria essência da democracia, desconsiderando, portanto, o papel da Constituição como um “documento fundador para a proteção de direitos que são fundamentais para o autogoverno e para a própria cidadania⁵¹¹”. Contraditoriamente, esse modelo acaba por converter o texto constitucional em um programa político a serviço da premissa majoritária, não conferindo o merecido relevo ao fato de que a principal função de uma Constituição é justamente a de constituir uma limitação ou pré-compromisso (segundo Jon Elster⁵¹²) àquilo que as maiorias transitórias podem fazer, em defesa dos interesses das minorias.

Em um sentido mais *estrito*, o modelo majoritário elabora uma crítica radical (geral ou universalista) ao controle judicial de constitucionalidade – no caso americano, ao *judicial review* – afastando-se, assim, do minimalismo que não elabora tal crítica radical em termos gerais. Cass Sunstein não desenvolve uma

⁵⁰⁸ GARGARELLA, Roberto. *El nacimiento del constitucionalismo popular: sobre The People Themselves*, de Larry Kramer. Mimeo.

⁵⁰⁹ Cf. SUNSTEIN, Cass. *Radicals in robes: why extreme right-wing courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005, p. 50.

⁵¹⁰ *Id.*, *ibid.*, p. 50.

⁵¹¹ *Id.*, *ibid.*, p. 51.

⁵¹² ELSTER, Jon. *Ulises desatado: estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*. Traducción de J. Mundó. Barcelona: Gedisa, 2002, p. 111-204.

proposta de reformulação institucional ou restrição do *judicial review*; o autor privilegia, ao contrário, uma abordagem hermenêutica atenta às limitações institucionais sem um propósito adicional de reformulação legislativa das instituições que constituem o seu objeto de análise.

Conforme visto, o minimalismo apresenta-se compatível com posturas institucionais de auto-restrição, mas *também* de ativismo judicial, desde que este último não seja efetivado em termos maximalistas, ou seja, mediante decisões judiciais, ao mesmo tempo, normativamente amplas e fundamentadas de modo completo. O minimalismo decisório é compatível com declarações de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade - desde que sejam, ao mesmo tempo, circunscritas e teoricamente incompletas - em um contexto institucional (prévio ou *dado*) no qual o exercício do controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos é previsto pelo direito positivo.

3.4.1. Jeremy Waldron e a crítica majoritária ao *judicial review*

Jeremy Waldron, importante filósofo do direito de origem neo-zelandesa, desenvolve uma poderosa crítica ao controle judicial de constitucionalidade com pretensão de universalidade ao argumentar que a revisão judicial é uma instituição questionável em *qualquer* sociedade livre, pluralista e democrática. Apesar de assumir como alvo principal de crítica o *judicial review* norte-americano, seus questionamentos – segundo a perspectiva do autor – são igualmente válidos, uma vez realizadas pequenas adaptações que não atingem a essência dos argumentos, para outros modelos existentes de controle judicial de constitucionalidade⁵¹³. Jeremy Waldron pretende, ainda, não apenas questionar as defesas de caráter *geral* aduzidas em favor do controle judicial de constitucionalidade, mas também submeter à prova as principais defesas *contextuais* tradicionalmente elaboradas para justificar a sua existência. Deste modo, Waldron argumentará que “o *judicial review* realizado sobre a legislação é inapropriado como modelo de tomada de decisão final em uma

⁵¹³ Sobre o tema, conferir: WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Trad. José L. Martí y Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 251-372; WALDRON, Jeremy. O *judicial review* e as condições da democracia. In: BIGONHA, A. C. A. MOREIRA, L (Orgs.). *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 243-270; WALDRON, Jeremy. Judges as moral reasoners. *I CON*, v. 7, n. 1, p. 02-24, 2009; WALDRON, Jeremy. Refining the question about judges' moral capacity. *I CON*, v. 7, n. 1, p. 69-82, 2009.

sociedade democrática”⁵¹⁴. Jeremy Waldron questionará o *judicial review* em duas frentes:

Ele [*judicial review*] não fornece, como frequentemente se alega, uma maneira pela qual uma sociedade possa claramente focar as questões reais em jogo quando cidadãos discutem sobre direitos; pelo contrário, ele os distrai com questões secundárias sobre precedentes, textos e interpretação. E ele é politicamente ilegítimo, naquilo que diz respeito aos valores democráticos: a privilegiar a maioria dos votos entre um pequeno número de juizes não eleitos e não responsabilizáveis, ele priva os cidadãos comuns de seus direitos e rejeita estimados princípios de representação e igualdade política na resolução final de questões de direitos⁵¹⁵.

Waldron assume preliminarmente quatro pressuposições que caracterizam uma sociedade livre e democrática: (1.) a presença de instituições democráticas em condições de funcionamento razoável, incluindo um Poder Legislativo representativo, eleito por sufrágio adulto universal; (2.) um conjunto de instituições judiciais, também em boas condições de funcionamento, erigidas sobre uma base não representativa para resolver controvérsias e defender o Estado de Direito; (3.) a existência de um comprometimento por parte da maioria dos membros da sociedade e da maioria de suas autoridades com a ideia de direitos individuais e de minorias; e (4.) desacordo permanente, substancial e de boa-fé quanto a direitos (seu significado, restrições e implicações) entre membros da sociedade que estão comprometidos com a ideia de direitos fundamentais⁵¹⁶.

As pressuposições mencionadas acima descrevem as instituições, valores, compromissos e desacordos existentes em uma sociedade livre, pluralista e democrática. Os desacordos existentes não são apenas interpretativos no tocante a aplicação de um direito a um caso concreto, mas também de cunho filosófico, político e moral sobre quais são esses direitos e, ainda, qual o seu respectivo significado em situações de conflito normativo. Não significa, entretanto, que tais desacordos sejam necessariamente acompanhados de um relativismo moral. Independentemente da teoria moral adotada, constitui um fato presente em sociedades democráticas a persistência de divergências sobre a existência e o conteúdo dos direitos fundamentais.

⁵¹⁴ WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao *judicial review*. In: BIGONHA, A. C. A. MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 94.

⁵¹⁵ WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao *judicial review*. In: BIGONHA, A. C. A. MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 98.

⁵¹⁶ WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao *judicial review*. In: BIGONHA, A. C. A. MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 106.

A questão principal levantada pelo autor é a seguinte: diante da persistência de desacordos razoáveis, de boa-fé, sobre tais direitos fundamentais, como prover uma base ou procedimento comum para a definição de uma ação coletiva nos casos em que a mesma é necessária, porém o acordo revela-se impossível? Diante da inexistência de procedimentos decisórios perfeitos, que sempre conduzam a decisões justas e equitativas, Jeremy Waldron analisa diferentes argumentos relacionados ao resultado e ao processo. A tese fundamental do autor é a de que, levando-se em consideração ambos os tipos de razões, a última palavra institucional sobre o significado dos direitos fundamentais inscritos no texto constitucional cabe ao Poder Legislativo e não ao Judiciário.

Em primeiro lugar, juízes estão demasiado preocupados em justificar uma interpretação textualista de sua competência para análise do caso e das questões a serem resolvidas, envolvendo-se em discussões secundárias (ligadas ao texto, intenção do autor, finalidades implícitas, etc) que deixam de lado as razões morais, políticas e pragmáticas importantes para uma plena definição do significado e das condições de aplicação de um direito. Neste sentido, assevera Waldron:

Distraídos por essas questões de legitimidade, os tribunais se concentram no que outros tribunais fizeram ou no que diz o texto da Declaração de Direitos, enquanto os legisladores – apesar de todos os seus defeitos – tendem ao menos a ir diretamente ao cerne da questão⁵¹⁷.

O Poder Legislativo, em função de sua maior abertura no tocante à interface com a sociedade, maior diversidade em sua composição e presença de órgãos auxiliares que promovem a otimização da agregação e do processamento de informações, desenvolve – com apoio em razões de tipo moral (mais ampla do que a jurídica), política e técnica – abordagens mais completas e satisfatórias de temas “multifacetados”⁵¹⁸.

Com relação ao procedimento, os defensores do *judicial review* destacam as insuficiências, limitações e o perigo representado pelo princípio majoritário às minorias. Entretanto, ressalta o autor, é intrigante o fato de os tribunais, à semelhança das legislaturas, tomarem suas decisões por meio de votação, aplicando o princípio majoritário aos votos individuais de poucos membros. Desta

⁵¹⁷ WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao *judicial review*. In: BIGONHA, A. C. A. MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 132.

⁵¹⁸ WALDRON, Jeremy. Refining the question about judges' moral capacity. I CON, v. 7, n. 1, 2009, p. 74 et seq.

forma, “sempre há perda para a democracia quando o ponto de vista a respeito das condições da democracia é imposto por uma instituição não democrática, mesmo que este ponto de vista esteja correto e apresente melhorias à democracia”⁵¹⁹. Com relação à sobrevalorização do temor a respeito da tirania da maioria, argumenta Waldron:

Mesmo que as pessoas discordem sobre direitos, elas podem levar os direitos uns dos outros a sério. Maiorias decisórias podem prevalecer. Às vezes elas estarão certas e às vezes, erradas. Mas isso é algo que elas têm em comum com todos os sistemas de tomada de decisão e isso sozinho não pode enfraquecer a sua legitimidade, contanto que as minorias tópicas tenham uma garantia de que a maior parte dos seus concidadãos leva a questão de seus direitos a sério⁵²⁰.

Pode ser aduzido, no entanto, que a legitimação do controle judicial de constitucionalidade tem força nos casos em que pelo menos uma das pressuposições anteriormente apresentadas não estiver presente. Neste sentido, o controle judicial de constitucionalidade representaria uma resposta às falhas verificadas nas instituições democráticas (por exemplo, sua ausência ou insuficiente representatividade) ou, então, em razão do fato de que não há um pleno compartilhamento da ideia de direitos fundamentais por toda a sociedade e, portanto, o papel “regulador” dos tribunais seria o de suprir tais deficiências existentes em um determinado contexto histórico-social. Nestes casos, afirma o autor, a argumentação contra o *judicial review* é condicional⁵²¹. Entretanto, o caráter condicional da argumentação não significa que ao Poder Judiciário seja sempre possível melhorar a situação existente. Por exemplo, com relação às minorias “discretas” e “insulares” é necessário verificar “se as maiorias judiciais estão infectadas pelos mesmos preconceitos das maiorias legislativas. Se estiverem, então o caso pode ser, além de não essencial, irremediável”⁵²². Sebastián Linares assume posicionamento semelhante ao de Jeremy Waldron ao afirmar que:

⁵¹⁹ WALDRON, Jeremy. O *judicial review* e as condições da democracia. In: BIGONHA, A. C. A. MOREIRA, L (Orgs.). *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 269.

⁵²⁰ WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao *judicial review*. In: BIGONHA, A. C. A. MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 150.

⁵²¹ WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao *judicial review*. In: BIGONHA, A. C. A. MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 153.

⁵²² WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao *judicial review*. In: BIGONHA, A. C. A. MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 155.

Em primeiro lugar, a existência de revisão judicial é completamente compatível com as violações de direitos de minorias. Assim, o controle judicial das leis pode afirmar e dar legitimidades a estas violações (por exemplo, legitimar a idéia de que os negros não são iguais aos brancos, como no infame caso *Dred Scott*). Além disso, nem sequer é claro que, em longo prazo, a presença da revisão judicial contribuirá para reduzir a violação de direitos de grupos culturais minoritários. Esta intuição parece ratificada por estudos contemporâneos sobre o poder judicial que mostram que 'as cortes regularmente estão mais ou menos alinhadas com o que a maioria política dominante quer'⁵²³.

Sebastián Linares apresenta, ainda, outras duas situações que escapam ao regular funcionamento de sistemas democráticos marcados pelo reconhecimento mútuo de direitos e pela efetividade de suas instituições estatais. Ambas as situações podem ser incluídas em uma crítica *contextual* ao controle judicial de constitucionalidade. Em primeiro lugar, de acordo com seus defensores, o controle judicial de constitucionalidade é especialmente relevante em democracias "frágeis" marcadas pela instabilidade política ou pela presença de um recente passado autoritário. Neste caso, as pressuposições (1) e (3) encontram-se presente apenas de um modo bastante parcial, frágil ou imperfeito.

É possível, nesta situação, que o Poder Judiciário efetivamente contribua para o fortalecimento e a consolidação das demais instituições estatais, permitindo e estimulando, inclusive a livre manifestação, o direito de associação e de reunião para a sedimentação de uma sociedade civil ativa; no entanto, segundo Sebastián Linares, não é possível assumir, de antemão, tal postura "redentora" do Judiciário como uma regra geral com pretensão de universalidade histórica:

(...) pensar que o bom funcionamento de uma democracia depende de supostas capacidades redentoras de um órgão que não está estruturalmente desenhado para fazer uma revolução de ofício em países que contam com sociedades civis que não tomam nem a democracia nem os direitos a sério, significa depositar ingenuamente toda nossa confiança em uma elite de juízes ilustrados, esquecendo que a mudança social e política emergem de um processo multipolar no qual a tarefa da Corte necessariamente é acompanhada da ação do resto dos poderes públicos e da sociedade civil.⁵²⁴

⁵²³ LINARES, Sebastián. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 90.

⁵²⁴ LINARES, Sebastián. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 90. De acordo com o autor: "Havíamos dito também que as democracias 'novas' se diferenciam das consolidadas no sentido de que são 'frágeis', quer dizer, com um passado autoritário sempre espreitando por voltar. Sendo assim, custa muito ver como é que a Corte Suprema pode neutralizar essa ameaça; Mais ainda, alguns estudos sugerem o contrário: a probabilidade de que se produza uma quebra do regime democrático se acentua quando os conflitos políticos são direcionados para as instituições judiciais. A experiência latino-americana, por exemplo, não demonstra que as Cortes tenham sido muito eficazes para impedir as tentativas de ruptura do regime democrático. De fato, as Cortes Supremas atuaram em muitas ocasiões como fontes de 'legitimidade formal ou *de iure*' para os sucessivos golpes de Estado que assolaram a região durante o século passado." (p. 92).

Por fim, há casos frequentes de sociedades que enfrentam a crise da representação política. Conforme o autor, não há nenhuma razão geral para pensar que se os canais de recepção e agregação de preferências pelo Legislativo estão bloqueados, os mesmos estarão devidamente abertos no âmbito das instituições judiciais. Por um lado, o Judiciário é caracterizado pelo seu isolamento político-social, fato que, inclusive, é avaliado de modo positivo – e acrítico – pelos defensores do controle judicial de constitucionalidade em razão de sua independência. Por outro lado, há inúmeros fatores processuais e sociais – em termos de acesso à justiça – que podem restringir os canais de recepção e agregação de demandas pelo Poder Judiciário⁵²⁵.

Não é possível, segundo as perspectivas de Jeremy Waldron e Sebastián Linares, construir uma teoria de justificação do controle judicial de constitucionalidade a partir de situações anômalas ou excepcionais (por mais que, às vezes, sejam frequentes), ou seja, contextos nos quais não há o pleno funcionamento das pressuposições normativas que caracterizam uma sociedade democrática, livre e pluralista em bom funcionamento. Se uma sociedade é marcada por preconceitos de raça, gênero ou opção sexual, crise da representação política ou por instituições frágeis ou reféns de um passado autoritário que ameaça retornar, *é possível* que o Poder Judiciário termine por reproduzir tais situações, assim como também *é possível* que o Legislativo e o Executivo assumam semelhante posicionamento⁵²⁶.

As críticas supramencionadas podem ser situadas em um plano geral ou abstrato acerca do debate sobre a justificação do controle judicial de constitucionalidade. O minimalismo não pode ser inserido no âmbito desse debate político-filosófico mais amplo. Ao contrário, o minimalismo e as perspectivas interpretativas correlatas analisadas no presente capítulo inserem-se em outra discussão, de caráter hermenêutico e operacional, isto é: qual o uso correto (tendo em vista certos fins, valores e objetivos preconizados por cada perspectiva) do controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos em um sistema

⁵²⁵ LINARES, Sebastián. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 93-94.

⁵²⁶ LINARES, Sebastián. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 96.

jurídico que estabelece previamente a sua existência e disciplina os mecanismos processuais para o seu exercício.

3.5 Minimalismo judicial e teoria dos diálogos institucionais

Sabastián Linares define o diálogo entre as Cortes Supremas (ou Tribunais Constitucionais) e o Poder Legislativo como “a configuração de um intercâmbio de argumentos entre as Cortes e o Congresso, um intercâmbio que tem ao menos três fases possíveis: argumento, resposta e réplica”⁵²⁷. O diálogo intitulado “interorgânico” entre os Poderes de Estado possui uma estrutura mínima em comum, apesar da variação de formas institucionais que o mesmo pode assumir em cada sistema jurídico-constitucional. Neste sentido, este esquema de diálogo permite, ao menos, que as decisões no âmbito da jurisdição constitucional tomadas pelas Cortes Supremas ou Tribunais Constitucionais admitam uma réplica por parte do Poder Legislativo, conferindo margem para que, em seguida, os magistrados possam modificar a sua decisão.

No contexto da experiência constitucional canadense, Kent Roach assevera que muito pode ser aprendido sobre o papel do controle judicial de constitucionalidade a partir do exame das interações e eventuais confrontações entre o Judiciário e os poderes eleitos democraticamente. Roach recorre à teoria dos diálogos institucionais em termos descritivos e prescritivos ao “defender a ideia de diálogo como um meio para reconciliar o *judicial review* com a democracia (...), [assumindo] sua legitimação”⁵²⁸. Para o autor, a teoria dos diálogos institucionais entre Cortes e Legislativo pode ser definida como a “faculdade [do Legislativo] em responder às decisões judiciais sobre direitos com nova legislação procurando limitar ou superar os direitos tais como foram interpretados pelas Cortes”⁵²⁹.

Luc B. Tremblay destaca a teoria dos diálogos institucionais como uma genuína contribuição canadense ao debate sobre a legitimação democrática do

⁵²⁷ LINARES, Sebastián. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 200.

⁵²⁸ ROACH, Kent. Dialogue or defiance: Legislative reversals of Supreme Court decisions in Canada and the United States. *Int' J Con Law*, v. 4, n. 2, apr. 2006, p. 348.

⁵²⁹ ROACH, Kent. Dialogue or defiance: Legislative reversals of Supreme Court decisions in Canada and the United States. *Int' J Con Law*, v. 4, n. 2, apr. 2006, p. 348-349.

*judicial review*⁵³⁰. De acordo com tal perspectiva, o Poder Judiciário e o Poder Legislativo participam de um diálogo sobre a determinação do balanceamento adequado entre princípios e políticas públicas, promovendo, assim, uma justificação do controle judicial de constitucionalidade.

O diálogo empreendido entre os Poderes de Estado significa que a Corte Suprema não tem a última palavra institucional a respeito de questões constitucionais e políticas públicas, pois há possibilidade, dependendo de cada experiência constitucional, de reversão, modificação ou anulação da decisão judicial por intermédio da legislação. Segundo Luc Tremblay, a teoria dos diálogos institucionais emergiu teoricamente a partir da experiência constitucional experimentada sob a égide da Carta Canadense de Direitos e Liberdades (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*) de 1982, em particular, a partir da aplicação de dois dispositivos positivados em seu texto: cláusula de limitação (*limitation clause*⁵³¹) inscrita na seção 1 da Carta e a cláusula anulatória (*override clause*⁵³²) ou cláusula “não obstante” prevista na seção 33.⁵³³

Mark Tushnet, por sua vez, contrapõe à supremacia judicial e ao modelo forte de controle judicial de constitucionalidade a perspectiva de um modelo fraco (ou brando) de *judicial review* (*weak-form judicial review*). O modelo forte (ou robusto) de controle judicial de constitucionalidade defende a supremacia do Judiciário, no qual as cortes têm a palavra final (e, portanto, não pode ser reformada por outras instituições) sobre o que o texto constitucional significa e, em

⁵³⁰ TREMBLAY, Luc B. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures. / *CON*, v. 3, n. 4, 2005, p. 617.

⁵³¹ Segundo Valle et al: “A primeira delas [Seção 1], explicitando a possibilidade de o legislador configurar o conteúdo dos direitos fundamentais, preceitua, todavia, que essa mesma intervenção legislativa é limitada por uma exigência de justificação razoável” (VALLE, V. R. L. et al. *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 62).

⁵³² Conforme esclarecimento de Gardbaum: “A Seção 33 (1) declara o seguinte: ‘O parlamento ou o legislativo de uma província pode expressamente declarar em uma lei do parlamento ou do legislativo, conforme o caso, que uma lei ou uma disposição deve vigorar não obstante uma disposição incluída na Seção 2 ou nas Seções 7 a 15 (as disposições de direitos substantivos) desta Carta’. De acordo com a Seção 33 (3) e (4), essa anulação legislativa de um direito da Carta vigora por um período máximo de 5 anos e pode ser promulgada de novo. (...) Desta maneira, a Seção 33 limitaria formalmente o Poder Judiciário. Como previsto de forma mais positiva para alguns, a Seção 33 forneceria a base institucional para uma nova concepção de tutela de direitos no contexto do sistema político democrático, uma alternativa contextualmente atraente para a supremacia judicial no estilo dos Estados Unidos” (GARDBAUM, Stephen. O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica. In: BIGONHA, A. C. MOREIRA, L. (Orgs.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 178-179).

⁵³³ TREMBLAY, Luc B. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures. / *CON*, v. 3, n. 4, 2005, p. 618.

consequência, não há contribuições por parte dos demais atores institucionais no sentido de informar as interpretações constitucionais elaboradas pela Corte. Diversamente, o modelo fraco de *judicial review* possibilita “um processo de intercâmbio entre cortes e legislaturas ao longo do tempo”⁵³⁴ e, ao mesmo tempo, “permite às legislaturas fazer prevalecer suas interpretações constitucionais mesmo quando inconsistentes com interpretações judiciais relativamente recentes”⁵³⁵.

Stephen Gardbaum ressalta o “novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica”⁵³⁶, que rejeita o axioma central do modelo de supremacia judicial segundo o qual haveria necessariamente uma incompatibilidade entre supremacia legislativa e proteção jurídica efetiva dos direitos fundamentais⁵³⁷. De modo inovador, o constitucionalismo da *Commonwealth* concede aos tribunais o poder de proteger direitos, desvinculando, ao mesmo tempo, o controle de constitucionalidade da supremacia judicial ao conferir poderes institucionais “de última palavra” ao Legislativo⁵³⁸.

Valle aponta como vetores práticos das teorias dialógicas no âmbito constitucional: a) a construção de um equilíbrio entre poderes, na busca de uma legitimidade democrática; b) articulação da defesa de um *weak judicial review* como contraponto ao ativismo judicial; c) assegurar a concretização dos direitos fundamentais⁵³⁹.

O objetivo fundamental deste tópico não é o estudo comparativo das alternativas institucionais em perspectiva comparada, mas a potencial aplicação da noção de “diálogo institucional” como contraponto hermenêutico ao ativismo judicial

⁵³⁴ TUSHNET, Mark. Weak-form judicial review and ‘core’ civil liberties. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, v. 41, 2006, p. 03.

⁵³⁵ TUSHNET, Mark. Weak-form judicial review and ‘core’ civil liberties. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, v. 41, 2006, p. 04.

⁵³⁶ Integrado, por exemplo, pelo Canadá, Reino Unido e Nova Zelândia.

⁵³⁷ O modelo de supremacia judicial possui as seguintes características essenciais, de acordo com Stephen Gardbaum: “Quais sejam: um conjunto específico de direitos e liberdades fundamentais com o *status* de lei suprema, petrificado contra emenda ou revogação por maiorias legislativas simples e aplicado por um tribunal independente, que tem o poder de anular e invalidar a legislação que considere em conflito com esses direitos, estando os parlamentos juridicamente impotentes para atuar por meios políticos ordinários contra as decisões de tal tribunal” (GARDBAUM, Stephen. O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica. In: BIGONHA, A. C. MOREIRA, L. (Orgs.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 172).

⁵³⁸ GARDBAUM, Stephen. O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica. In: BIGONHA, A. C. MOREIRA, L. (Orgs.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 161.

⁵³⁹ Cf. VALLE, V. R. L. et al. *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 91-92.

em um contexto fortemente judicializado – como é o caso brasileiro – em função de uma constitucionalização abrangente e da adoção pelo constituinte originário de um sistema eclético ou híbrido de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos pelo Poder Judiciário.

Assim, não é o propósito central deste capítulo propor modificações institucionais no âmbito do sistema jurídico-político existente, mas investigar possíveis estratégias – mediante a adoção de uma postura interpretativa minimalista (atenta às implicações institucionais) – de estímulo ao diálogo constitucional e fortalecimento do debate democrático. Neste sentido, serão analisadas a seguir duas propostas de classificação teórica das diferentes estratégias, canais e instrumentos de viabilização do diálogo entre os poderes estatais: a classificação proposta por Sebastián Linares e a tipologia elaborada por Christine Bateup. Com apoio nesse marco teórico, investigar-se-á a viabilidade de sua aplicação ao caso brasileiro.

3.5.1 Classificação proposta por Sebastián Linares

A classificação proposta por Sebastián Linares é realizada a partir da distinção entre constituições rígidas – isto é, constituições que exigem um procedimento qualificado para a sua reforma, institucionalmente mais difícil ou exigente do que o necessário para a produção de uma lei ordinária – e constituições flexíveis, cujo procedimento de reforma é semelhante ao de produção da legislação ordinária. Em relação ao caso brasileiro, destaca-se a reflexão do autor sobre as estratégias de diálogo em contextos marcados pela existência de constituições rígidas e previsão de sistemas de justiça constitucional. A análise do autor distingue os modelos americano e europeu de controle de constitucionalidade, pois em regra constituem opções alternativas por parte dos legisladores constituintes. No Brasil, a análise dos mecanismos de diálogo institucional torna-se mais complexa em razão da coexistência de ambos os modelos em nosso sistema jurídico-constitucional.

Conforme Sebastián Linares, na hipótese supramencionada, “as possibilidades para o diálogo entre o Tribunal e o Congresso se reduzem ao

máximo”⁵⁴⁰. Por exemplo, se a justiça constitucional opta pela declaração de inconstitucionalidade da lei, a possibilidade de comunicação ou diálogo é rompida⁵⁴¹. Ao Poder Legislativo restaria acatar a decisão final do Judiciário e, como único recurso, deliberar e aprovar uma lei que não seja substancialmente idêntica à anterior. Neste contexto, o autor identifica apenas um mecanismo capaz de promover o diálogo entre os tribunais e os poderes democraticamente eleitos: a denominada “via interpretativa” do diálogo. No âmbito da jurisdição constitucional brasileira não há um mecanismo ou alternativa institucional (à semelhança da *override clause* canadense) ofertada ao Legislativo para reformar ou superar uma decisão do Supremo Tribunal Federal. Em tese, haveria a possibilidade de emenda à Constituição como último recurso do Poder Legislativo para fazer prevalecer sua vontade democrática, todavia, no âmbito de nosso sistema de jurisdição constitucional até essa via foi fechada, tendo em vista que, conforme Luís Roberto Barroso, “é pacífica a possibilidade de controle de constitucionalidade de emenda à Constituição”⁵⁴².

A via interpretativa, no entanto, subsiste mesmo no interior de um sistema jurídico-político caracterizado pela supremacia judicial. A diferença fundamental é que, no âmbito desse modelo, o Poder Legislativo não tem autonomia – viabilizada por mecanismos institucionais – para se opor às decisões finais do Poder Judiciário, dependendo de iniciativa hermenêutica (ou “altruísmo interpretativo”) dos magistrados para o estabelecimento de uma situação de diálogo institucional (“interorgânico”). Deste modo, é necessária, em regra, a opção prévia pelo minimalismo e sua preocupação com o fortalecimento do debate e diálogo democráticos.

No sentido acima, quando os ministros do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, evitam as declarações de inconstitucionalidade com pronúncia de nulidade

⁵⁴⁰ LINARES, Sebastián. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 202.

⁵⁴¹ LINARES, Sebastián. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 203.

⁵⁴² BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 163. Segundo o autor: “Obra do poder constituinte derivado, a emenda à Constituição sujeita-se aos limites determinados pelo poder constituinte originário. Cabe, assim, sua eventual declaração de inconstitucionalidade, seja por razões formais ou materiais. A jurisprudência do STF é pacífica a respeito” (p. 163, nota n. 50).

e preferem optar por sentenças “interpretativas”⁵⁴³, “aditivas”⁵⁴⁴ ou “construtivas”⁵⁴⁵, então haverá a possibilidade dialógica de réplica por parte do Poder Legislativo (ou Executivo) ao produzir (ou propor), eventualmente, uma legislação favorável, que ratifique o conteúdo aditivo das decisões da Suprema Corte, ou aprovar uma lei contrária às contribuições de sentido introduzidas na interpretação do texto normativo da lei anterior⁵⁴⁶. Por sua vez, haverá também a possibilidade de contrarréplica por parte da Corte Suprema que pode emitir uma segunda decisão no sentido da inconstitucionalidade do posicionamento legal pelo Parlamento na hipótese de questionamento da orientação normativa preliminar do tribunal.

Como regra geral, a via hermenêutica ou interpretativa pressupõe a adoção de uma atitude minimalista que, ao mesmo tempo, permite e reconhece a validade das decisões do Poder Legislativo (ao invés de declará-las inconstitucionais) e estimula o futuro debate democrático em torno da eventual aceitação e detalhamento das condições de aplicação dos princípios e regras adicionais introduzidos pelo STF em sentenças “interpretativas” ou de apelo ao legislador.

De acordo com uma perspectiva interpretativa, juízes minimalistas – com apoio em uma decisão circunscrita e fundamentada de modo incompleto – podem declarar inconstitucional uma lei tendo em vista *um* determinado contexto que constitui o seu objeto (uma descrição hipotética e probabilística de uma situação à qual a lei é aplicável), deixando, todavia, outras situações hipotéticas para futura

⁵⁴³ Segundo definição de Linares: “Mediante as sentenças ‘interpretativas’, os tribunais constitucionais estabelecem que uma disposição legal deva ser interpretada de uma maneira específica se se deseja salvar a sua validade. Presume-se que o texto legal tem ao menos duas interpretações possíveis, das quais apenas uma é constitucional” (LINARES, Sebastián. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 203).

⁵⁴⁴ Exemplo de decisão judicial com perfil aditivo pode ser encontrado na parte dispositiva do voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes no caso da pesquisa com células-tronco embrionárias (ADI 3510): “Assim, julgo improcedente a ação, para declarar a constitucionalidade do art. 5º, seus incisos e parágrafos, da Lei nº 11.105/2005, desde que seja interpretado no sentido de que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, deve ser condicionada à prévia autorização e aprovação por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde” (Cf. Voto do Min. Gilmar Mendes, p. 36, disponível em: www.stf.jus.br)

⁵⁴⁵ Conforme ensinamento de José Adércio Leite Sampaio, as sentenças *aditivas* ou *construtivas* caracterizam-se por: “[Emitir], por essa forma, uma decisão que alarga o âmbito de incidência de uma certa disposição de norma, de modo a alcançar situações não previstas originalmente. (...) Em Portugal, ainda que o Tribunal não se refira expressamente a esse tipo de sentença, não é raro o seu emprego com a emissão de uma norma que modifica a aplicação de certa disciplina, de modo a contemplar casos ou situações não reguladas. (...) Mesmo na França, a conformidade sob reserva pode ser acompanhada de uma interpretação construtiva, com a complementação ou adição de norma à disciplina reputada insuficiente”. (SAMPAIO, José Adércio Leite. *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 168-169).

⁵⁴⁶ LINARES, Sebastián. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 203.

regulamentação legislativa. Assim, “nem tudo está perdido” para o legislador ordinário como estaria se a decisão fosse maximalista, ou seja, ampla, abstrata e profunda. Por outro lado, uma decisão minimalista também pode declarar constitucional uma lei – ressaltando a sua validade para determinadas situações concretas hipotéticas – deixando um amplo espaço livre para eventuais medidas de regulamentação por parte do Poder Legislativo em relação a outros contextos concretos correlatos às hipóteses previstas pela lei⁵⁴⁷.

3.5.2. Classificação proposta por Christine Bateup

Christine Bateup elabora uma densa e detalhada tipologia das diferentes teorias sobre diálogos institucionais⁵⁴⁸. Em primeiro lugar, elabora uma distinção entre teorias centradas no método judicial e teorias que privilegiam a estrutura do diálogo para, em seguida, apresentar a sua proposta de “fusão dialógica”.

Segundo a autora, o elemento fundamental das teorias que têm no método judicial o foco de estímulo ao diálogo institucional consiste no uso consciente, pelo Poder Judiciário, de técnicas que permitem ao magistrado estimular e encorajar um amplo debate quanto ao sentido da Constituição, com a participação dos demais poderes estatais. No interior de tal grupo destacam-se as seguintes subteorias:

1.) Teorias de “aconselhamento” judicial⁵⁴⁹: Neste caso, o Poder Judiciário recorre a técnicas, estratégias e construções decisórias que se revelem proativas e recomendem cursos de ação ao poderes estatais enquanto orientações normativas para evitar o risco de inconstitucionalidade. Bateup inclui neste tópico decisões intituladas “*constitutional roadmaps*”, nas quais o Judiciário declara a inconstitucionalidade, porém indica os caminhos que deverão ser seguidos pelo Legislativo ou Executivo para a correção da lei ou ato normativo impugnado. Há também a possibilidade de não declaração de inconstitucionalidade acompanhada da indicação de eventuais fragilidades,

⁵⁴⁷ SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2001a, p. 28 et seq.

⁵⁴⁸ BATEUP, C. The Dialogic promise: assessing the normative potential of theories constitutional dialogue. *Brooklin Law Review*, v. 71, p. 1109-1180, 2006.

⁵⁴⁹ “Judicial advice-giving”, no original. (Cf. BATEUP, C. The Dialogic promise: assessing the normative potential of theories constitutional dialogue. *Brooklin Law Review*, v. 71, 2006, p.1123 et seq).

incoerências ou lacunas existentes, estimulando, assim, uma atividade corretiva por parte dos poderes eleitos democraticamente⁵⁵⁰.

2.) Teorias centradas no processo: No presente caso, os juízes constitucionais privilegiam a análise da adequação, atenção e profundidade dispensadas pelos atores políticos nas deliberações democráticas que têm como objeto a regulamentação e limitação de valores e princípios constitucionais substantivos⁵⁵¹. Segundo Valle, a centralidade do diálogo nas teorias centradas no processo fundamenta-se no fato de que a pronúncia de inconstitucionalidade permitirá ao Poder Legislativo realizar “um segundo olhar sobre um tema que, na compreensão da Corte Constitucional, tenha sido tratado de forma apressada, ou superficial, sempre em risco à legitimidade da decisão”⁵⁵².

3.) Minimalismo judicial: Bateup inclui no âmbito das teorias relativas ao método judicial o minimalismo judicial. Segundo a autora: “(...) técnicas de minimalismo judicial constituem uma forma de participação judicial passiva no diálogo constitucional porque permitem os juízes a abrir um diálogo com poderes políticos de governo”⁵⁵³. A autora destaca a participação “passiva” (ou seja, promotora da deliberação democrática ao “deixar temas correlatos e profundos sem serem decididos”) dos juízes minimalistas na perspectiva de um diálogo institucional que, por sua vez, é criticada por alguns adeptos do constitucionalismo dialógico que conferem uma participação mais ativa do

⁵⁵⁰ Cf. BATEUP, C. The Dialogic promise: assessing the normative potential of theories constitutional dialogue. *Brooklin Law Review*, v. 71, 2006, p. 1123, tradução nossa: “As teorias do aconselhamento sugerem que os juízes usem de uma variedade de interpretações dinâmicas associadas a técnicas de decisões, com o fim de recomendar determinadas ações para as instituições políticas e aconselhá-las de maneiras a evitar problemas constitucionais. Em termos gerais, todas as formas de aconselhamento, envolvem juízes orientando os demais poderes, por meio de pareceres não vinculantes. O objetivo principal destas técnicas é assegurar que as instituições políticas levem em consideração a visão do judiciário sobre o significado constitucional, que irá ajudá-los na elaboração de legislação nova assegurando que irá sobreviver a futuros desafios constitucionais”.

⁵⁵¹ Cf. BATEUP, C. The Dialogic promise: assessing the normative potential of theories constitutional dialogue. *Brooklin Law Review*, v. 71, 2006, p. 1128, tradução nossa: “Em vez de os legisladores dizerem como resolver questões constitucionais, as regras centradas no processo somente procuram se certificar de que os atores políticos que promulgam as leis e deliberam acerca das políticas públicas, levem em conta as premissas constitucionais. Nas teorias centradas no processo, os juízes são encorajados a verificar se os atores políticos prestaram suficiente atenção ou deliberaram de maneira adequada sobre questões que afetam valores substantivos. Se for determinado que não, então o Poder Judiciário pode forçar as instituições políticas do Governo a reconsiderar as suas decisões com o nível adequado de atenção aos referidos valores”.

⁵⁵² VALLE, V. R. L. et al. *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 93.

⁵⁵³ BATEUP, C. The Dialogic promise: assessing the normative potential of theories constitutional dialogue. *Brooklin Law Review*, v. 71, 2006, p. 1133, tradução nossa.

Poder Judiciário em termos de decisões teoricamente mais profundas que poderiam auxiliar a construção cooperativa de consensos amplos e profundos sobre os significados dos dispositivos constitucionais⁵⁵⁴.

Christine Bateup aponta algumas críticas que podem ser endereçadas às teorias centradas no método judicial: em primeiro lugar, as referidas teorias pressupõem uma vontade de colaboração e de disposição subjetiva para o diálogo por parte do Poder Judiciário em relação aos demais poderes estatais; em segundo lugar, é conferida à interpretação judicial uma autoridade ou competência institucional maior, decorrendo, assim, a prerrogativa do Judiciário no tocante à análise, valoração, orientação e provocação do Legislativo no sentido de uma atuação corretiva. Diante de tal situação de desequilíbrio interpretativo e de autoridade entre os Poderes de Estado, não haveria diálogo, pois não existe a possibilidade de o Legislativo fazer prevalecer, em última instância, sua vontade democrática majoritária⁵⁵⁵.

Em seguida, a autora apresenta um conjunto de perspectivas dialógicas que pertencem ao gênero das teorias estruturais do diálogo. Esse conjunto de teorias desloca o foco de análise do método hermenêutico de construção da decisão judicial para a investigação das estruturas, mecanismos e relações institucionais que permitam oferecer uma resposta à decisão que é objeto de desacordo⁵⁵⁶.

1.) Teoria da construção coordenada: Em seu âmbito podem ser incluídas as teorias que reconhecem a definição do significado constitucional como uma tarefa compartilhada entre os diversos poderes estatais⁵⁵⁷. Consoante Valle, o

⁵⁵⁴ BATEUP, C. The Dialogic promise: assessing the normative potential of theories constitutional dialogue. *Brooklin Law Review*, v. 71, 2006, p. 1133-1135.

⁵⁵⁵ BATEUP, C. The Dialogic promise: assessing the normative potential of theories constitutional dialogue. *Brooklin Law Review*, v. 71, 2006, p. 1135; VALLE, V. R. L. et al. *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 94-95.

⁵⁵⁶ BATEUP, C. The Dialogic promise: assessing the normative potential of theories constitutional dialogue. *Brooklin Law Review*, v. 71, 2006, p. 1135; VALLE, V. R. L. et al. *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 1136: "Teorias estruturais do diálogo são baseadas no reconhecimento de que mecanismos políticos coexistem no interior do sistema constitucional, o que permite os atores políticos responder as decisões judiciais em caso de desacordo".

⁵⁵⁷ BATEUP, C. The Dialogic promise: assessing the normative potential of theories constitutional dialogue. *Brooklin Law Review*, v. 71, 2006, p. 1136, tradução nossa: "As teorias dialógicas de estrutura mais simples são as baseadas na construção coordenada com a Constituição. A teoria da construção de coordenada é o projeto

que há de característico “é o fato que também os demais poderes, em caso de desacordo, têm a prerrogativa de provocar a Corte, seja pela reedição do ato censurado seja pela oferta dos recursos correspondentes”⁵⁵⁸.

2.) Teoria dos princípios jurídicos: A perspectiva teórica em tela propõe que o Poder Judiciário possui competência institucional especializada para decidir questões relativas a princípios jurídicos e não políticas públicas. O diálogo é gerado na hipótese de erro na interpretação judicial de tais questões, havendo o controle pelos poderes políticos, fazendo surgir, assim, a presença do diálogo⁵⁵⁹. A teoria dos princípios jurídicos abre duas possibilidades:

(a) em primeiro lugar, embora o Poder Judiciário detenha (supostamente) um *status* institucional privilegiado para lidar com questões de princípios, o erro é uma possibilidade sempre presente e deve ser, portanto, levado em consideração. Com isso, o papel de fiscalizar o bom desempenho desta habilidade por parte dos magistrados é atribuído aos poderes políticos⁵⁶⁰. Neste caso, é possível situar a cláusula não obstante (*override clause*) inscrita na Carta de Direitos e Liberdades Canadense (1982)⁵⁶¹;

(b) em segundo lugar, o foco reside na contribuição efetiva do Poder Legislativo para a construção de um diálogo substantivo, devido à sua competência para lidar com a elaboração de políticas públicas (*policies*), bem como a definição, articulação e o estabelecimento de prioridades entre os fins coletivos. O diálogo, segundo esta perspectiva, surge quando o Legislativo

mais antigo da interpretação constitucional como um empreendimento compartilhado entre as cortes e os ramos políticos do governo, tendo sido exposta pela primeira vez por James Madison”.

⁵⁵⁸ VALLE, V. R. L. et al. *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 95.

⁵⁵⁹ BATEUP, C. The Dialogic promise: assessing the normative potential of theories constitutional dialogue. *Brooklin Law Review*, v. 71, 2006, p. 1143, tradução nossa: “Em contraste com a teoria da construção coordenada, que não oferece papel especial ao Poder Judiciário no diálogo constitucional, as teorias positivas de princípio judicial propõem que os juízes possuem uma função dialógica privilegiada com base em sua competência especial em relação às questões de princípio. Alguns estudiosos afirmam que o diálogo é resultado dos poderes políticos verificando as interpretações de princípios dos tribunais em caso de erro judicial.”

⁵⁶⁰ BATEUP, C. The Dialogic promise: assessing the normative potential of theories constitutional dialogue. *Brooklin Law Review*, v. 71, 2006, p.1144 et seq.

⁵⁶¹ VALLE, V. R. L. et al. *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 96.

insere uma questão de princípio decidida pelo Poder Judiciário em um contexto mais amplo relativo aos objetivos políticos⁵⁶².

3.) Teorias do equilíbrio: Neste conjunto estão inseridas as concepções que não reconhecem ao Poder Judiciário qualquer capacidade institucional especial para lidar com questões de direitos. Os juízes são apenas uma das instâncias de discussão, de maneira a permitir que a sociedade, como um todo, alcance a concepção que ela entenda como a mais adequada ou correta possível⁵⁶³. Diferencia-se das teorias anteriores ao não atribuir um significado epistêmico especial ao Judiciário, “preocupando-se com a forma como atores judiciais e não judiciais podem aprender, debater e modificar seus entendimentos sobre direitos a partir do diálogo estabelecido entre eles”⁵⁶⁴.

4.) Teorias da parceria: Trata-se, na verdade, da outra face da teoria do equilíbrio, que enxerga nos mecanismos institucionais a melhor maneira de fortalecer o diálogo institucional. Assim, as contribuições do Poder Judiciário e dos demais poderes estatais sobre o significado da Constituição são estruturalmente diferentes, de modo que o Judiciário, devido ao seu isolamento político, em uma posição de (suposta) vantagem para identificar, por exemplo, situações em que os objetivos fixados pelo legislador restrinjam indevidamente direitos individuais, sem que isso acarrete uma maior competência para resolver o desacordo sobre o significado dos direitos⁵⁶⁵. Neste sentido, esclarece Valle:

⁵⁶² VALLE, V. R. L. et al. *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 96-97: “Mais uma vez a teoria falha ao reconhecer no Judiciário uma capacidade superior para lidar com questões de direitos; e o diálogo continua tendo esse ramo de poder como eixo central, relegando o Legislativo a um papel marginal, com atuação exclusivamente reativa” (p. 97).

⁵⁶³ BATEUP, C. The Dialogic promise: assessing the normative potential of theories constitutional dialogue. *Brooklin Law Review*, v. 71, 2006, p. 1157, tradução nossa: “Fornece uma forma alternativa de conceber o papel judicial especial no diálogo constitucional que não privilegie as contribuições judiciais. Nessas teorias, este papel é descrito como um de fomentar em toda a sociedade a discussão constitucional que acaba levando a um equilíbrio assente sobre o significado constitucional. Na medida em que fornece uma abordagem muito mais promissora do diálogo constitucional que as teorias examinadas até agora, em última análise, continua incapaz de fornecer uma explicação completa do papel da revisão judicial no âmbito do sistema constitucional”.

⁵⁶⁴ VALLE, V. R. L. et al. *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 98.

⁵⁶⁵ BATEUP, C. The Dialogic promise: assessing the normative potential of theories constitutional dialogue. *Brooklin Law Review*, v. 71, 2006, p. 1168-1169, tradução nossa: “Centra-se no reconhecimento de que diferentes ramos do governo podem fazer contribuições distintas para o diálogo constitucional de uma maneira que não privilegia o papel judicial. Em vez disso, essa teoria reconhece que cada ramo de governo pode aprender com os insumos específicos dos outros ramos de uma ordem constitucional diversificada. O Judiciário e atores não-judiciais são, assim, concebidos como participantes iguais em termos de decisão que,

A combinação das duas perspectivas – a legislativa, acostumada ao estabelecimento de políticas coletivas, e a judicial, destinada precipuamente à interpretação do significado individual das disposições de direitos – seria precisamente o caminho para que o diálogo possa servir como instrumento de fortalecimento dos direitos fundamentais⁵⁶⁶.

Christine Bateup considera a teoria da parceria incompleta porque desconsidera a dimensão social do diálogo em relação à dimensão institucional – entre os poderes – e, conforme Valle, “é na combinação das duas dimensões [social e institucional] que ela fundamenta a que entende como a melhor e mais promissora concepção de diálogo, [a fusão dialógica]”⁵⁶⁷.

Por fim, em seu empreendimento classificatório, Bateup apresenta a teoria da “fusão dialógica”. A fusão dialógica procura combinar as contribuições das teorias do equilíbrio e da parceria e, portanto, congrega as dimensões institucionais e sociais do diálogo⁵⁶⁸. De acordo com Valle, à dimensão institucional preconizada pelas teorias de parceria, a fusão dialógica acrescenta um exame função social do Poder Judiciário como “facilitador da discussão dentro da sociedade dos temas centrais da Constituição”⁵⁶⁹.

Segundo tal perspectiva, é possível apontar dois papéis fundamentais do controle de constitucionalidade nas sociedades modernas: em primeiro lugar, auxilia na produção de respostas mais duráveis e amplamente aceitas em relação a questões constitucionais em razão da ampliação do diálogo com a sociedade como um todo (por intermédio, por exemplo, de audiências públicas e *amici curiae*); em segundo lugar, em um contexto de desacordo razoável sobre o significado do texto

dialógicamente, pode tanto contribuir para a busca de melhores respostas, como resultado de suas exclusivas perspectivas institucionais”.

⁵⁶⁶ VALLE, V. R. L. et al. *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 99.

⁵⁶⁷ VALLE, V. R. L. et al. *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 100.

⁵⁶⁸ BATEUP, C. The Dialogic promise: assessing the normative potential of theories constitutional dialogue. *Brooklin Law Review*, v. 71, 2006, p. 1174, tradução nossa: “A visão mais promissora do diálogo institucional e, conseqüentemente, a mais intensa abordagem normativa do papel da revisão judicial no constitucionalismo moderno surgem quando os entendimentos do equilíbrio e da parceria em relação ao diálogo são combinados. Por um lado, esta síntese ajuda a resolver preocupações persistentes com a legitimidade democrática do modelo de parceria. Mais importante, esta visão combinada permite uma melhor compreensão dos diferentes aspectos institucionais e sociais do diálogo constitucional, e as várias formas originais em que diferentes atores participam na busca de significado constitucional”.

⁵⁶⁹ VALLE, V. R. L. et al. *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 100; BATEUP, C. The Dialogic promise: assessing the normative potential of theories constitutional dialogue. *Brooklin Law Review*, v. 71, 2006, p. 1174.

constitucional, esse entendimento combinado oferece a melhor chance de produzir respostas para questões constitucionais que não serão apenas satisfatórias no contexto da resolução de casos individuais, mas que também para os cidadãos em geral⁵⁷⁰.

3.5.3 Balanço teórico e prático sobre as teorias do diálogo institucional

Primeiramente, em um contexto político-institucional como o brasileiro construído em um sentido fortemente contramajoritário – caracterizado por uma constitucionalização abrangente, amplo elenco de cláusulas pétreas ou superconstitucionais e a existência de um sistema eclético ou híbrido de controle de constitucionalidade – o espaço para a aplicação descritiva e normativa das diferentes propostas de diálogo institucional é reduzido.

Com relação às teorias supramencionadas, cabe destacar a importância da via interpretativa apontada por Sebastián Linares e as diferentes teorias dialógicas centradas no método judicial mencionadas por Christine Bateup, apesar das limitações estruturais e da sobrevalorização da atuação hermenêutica por parte do Poder Judiciário. O minimalismo judicial, conforme apresentado, insere-se nesse debate como uma modalidade de exercício da via interpretativa e, ao mesmo tempo, um desdobramento – modesto e circunscrito – das teorias baseadas no método judicial, com ênfase na promoção da deliberação democrática institucional e social por intermédio de decisões judiciais limitadas em sua amplitude e ambição teórico-filosófica.

Segundo Sebastián Linares, “nenhum dos canais existente tem virtude para engendrar um genuíno diálogo democrático”⁵⁷¹, ou seja, nenhum mecanismo é capaz de gerar um verdadeiro diálogo centrado em razões imparciais que, por sua vez, confirma a última palavra ao procedimento que melhor respeita o direito de participação em pé de igualdade em circunstâncias de desacordo. Conforme Linares:

⁵⁷⁰ BATEUP, C. The Dialogic promise: assessing the normative potential of theories constitutional dialogue. *Brooklin Law Review*, v. 71, 2006, p. 1175-1176.

⁵⁷¹ LINARES, Sebastián. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 221.

Supõe-se que o diálogo se configura quando pessoas partem de um desacordo e estão obrigadas a convencer a outra para tomar uma decisão. Assim, se uma das pessoas não enfrenta as razões oferecidas pelo outro, e logo 'atua' contradizendo essa opinião, então não há diálogo; o que há é uma conduta de indiferença ao parecer do outro, ou uma conduta oportunista.⁵⁷²

Linaires defende a tese da supremacia do Poder Legislativo porque a democracia possui um forte compromisso com os princípios da inclusão e da participação, e o procedimento que respeita de modo mais intenso tais princípios deve prevalecer em relação a qualquer outro procedimento decisório: “em um sistema plenamente democrático é o Congresso que deve ter a última palavra institucional”⁵⁷³.

A partir das definições de diálogo institucional, seus diferentes requisitos, assim como a prevalência institucional do Poder Legislativo, é possível constatar que a posição teórica de índole prescritiva desenvolvida pelo autor não constitui ferramenta operacional adequada para a descrição e justificação de nossas instituições. No caso brasileiro, destaca-se apenas a via interpretativa que ao lado de uma postura minimalista pode estimular o debate democrático por parte dos atores políticos institucionais e sociais. Todavia, inclusive essa via interpretativa tem as suas limitações. De acordo com o autor:

Normalmente acontece o contrário: quando juízes discordam em relação a um dispositivo legal, ou com o modo pelo qual vem sendo aplicado, então 'atribuem' uma nova interpretação ao texto legal, simulando ou assumindo que esse é o significado pretendido pelo Legislador. Deste modo, os juízes simplesmente fazem prevalecer a sua opinião. O resultado é que os juízes não confrontam as razões oferecidas pelos legisladores, e então não é possível falar de um diálogo interorgânico⁵⁷⁴.

As classificações analisadas são importantes para a investigação, identificação e análise das diferentes estratégias decisórias e dos respectivos mecanismos institucionais capazes de fomentar a perspectiva de um constitucionalismo dialógico como contraponto à supremacia judicial e ao ativismo jurisdicional, para a qual o minimalismo judicial, sua preocupação institucional e respectivas premissas interpretativas podem contribuir de maneira decisiva.

⁵⁷² LINARES, Sebastián. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 221.

⁵⁷³ LINARES, Sebastián. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 222.

⁵⁷⁴ LINARES, Sebastián. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 223.

4. O PROTAGONISMO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ENTRE O MINIMALISMO E O PERFECCIONISMO JUDICIAL.

4. 1 Notas metodológicas sobre a aplicação dos modelos

No presente capítulo serão analisados importantes casos constitucionais difíceis – complexos e objetos de controvérsia social – que lidam com temas e questões relacionadas com a política, história, moral e ciência. Todos os casos envolvem questões que transcendem a mera legalidade infraconstitucional ou a dimensão textual da Constituição e, ainda, todos necessitam para a sua análise de outras informações que transbordam os limites do conhecimento jurídico “puro” centrado em textos normativos legislados, doutrina jurídica e precedentes, assim como a sua interpretação estritamente jurídica.

Os modelos apresentados e discutidos nos capítulos anteriores – perfeccionismo, minimalismo e outras perspectivas correlatas – constituirão um referencial teórico, ao mesmo tempo, descritivo e normativo das práticas argumentativas explicitadas nos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral que serão analisados. Em um sentido puramente descritivo, procurar-se-á verificar de que modo a argumentação dos ministros pode (ou não) ser inserida como expressão – em regra, irrefletida – nos pressupostos e limitações de cada um dos modelos de função judicial. Sob um enfoque estritamente normativo, os diferentes modelos serão utilizados para questionar as opções argumentativas e decisórias escolhidas pelos magistrados e, ao mesmo tempo, esclarecer os pressupostos valorativos assumidos nas diferentes estratégias de argumentação.

Outra consideração metodológica importante consiste em investigar a viabilidade prática e a correção teórica – ou não – da utilização de um referencial construído para a análise e justificação de decisões judiciais no contexto da *Common Law* e, portanto, verificar a sua aplicabilidade em outros sistemas jurídicos de tradição diversa como o de origem romano-germânica. De acordo com Flávio Galdino, em resenha sobre a obra “*One case at time*” de Cass Sunstein:

Entretanto, a conclusão de que o minimalismo judicial encontra melhor terreno nos ordenamentos jurídicos do sistema da *common law* (...) não pretende significar sua inadequação aos demais. Com efeito, não parece haver contradição fundamental entre o minimalismo e a existência de normas-fonte abstratas.

A ideia fulcral, repita-se, é restringir a amplitude e profundidade das decisões judiciais, estimulando e promovendo o debate e a deliberação democráticos. E esta ideia, embora de operacionalização mais complexa nos ordenamentos que se filiam à família romano-germânica (regras-fonte abstratas), não é em absoluto inviável.⁵⁷⁵

Decerto, a teoria elaborada por Cass Sunstein refere-se a um contexto jurídico-institucional bastante distinto do sistema jurídico brasileiro. Em primeiro lugar, nos Estados Unidos há um sistema exclusivamente difuso⁵⁷⁶ e incidental⁵⁷⁷ de controle judicial da constitucionalidade das leis – denominado *judicial review* – cujas decisões da Suprema Corte são vinculantes para as demais instâncias judiciárias com fundamento em um sistema de precedentes baseado na doutrina judicial do *stare decisis*⁵⁷⁸. No Brasil, conforme já visto, o constituinte originário optou por um sistema eclético, híbrido ou misto – ao mesmo tempo concentrado⁵⁷⁹ e difuso, abstrato⁵⁸⁰ e concreto – de controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos estatais.

⁵⁷⁵ Cf. SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2001. Resenha de: GALDINO, Flávio. *Arquivos de Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, v. 2, 2000, p. 208-209. De acordo com Flávio Galdino: “Nesta medida, conclui-se que é possível tentar reduzir ou restringir a amplitude das decisões judiciais nos sistemas cuja norma-fonte é abstrata. Conduzir o direito do geral ao particular, pois é o ‘particular’ que permite o minimalismo judicial, evitando-se a necessidade de amplas teorizações. Para tanto, ao concretizar a norma, impende particularizá-la tendo em vista os dados concretos do fato *sub examen*” (p. 209).

⁵⁷⁶ Conforme definição de Luís Roberto Barroso: “Diz-se que o controle é difuso quando se permite a todo e qualquer juiz ou tribunal o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma e, conseqüentemente, sua não-aplicação ao caso concreto levado ao conhecimento da corte. A origem do controle difuso é a mesma do controle judicial em geral: o caso *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte americana, em 1803.” (Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 46-47. No Brasil, o controle difuso foi introduzido pela Constituição de 1891.

⁵⁷⁷ Segundo Luís Roberto Barroso: “Diz-se controle *incidental* ou *incidenter tantum* a fiscalização constitucional desempenhada por juízes e tribunais na apreciação de casos concretos submetidos a sua jurisdição. (...) Tecnicamente, a questão constitucional figura como *questão prejudicial*, que precisa ser decidida como premissa necessária para a resolução do litígio”. (Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 49-50, grifo no original).

⁵⁷⁸ Cf. MELLO, Maria Chaves de. *Dicionário Jurídico*. 9 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 965-966: “Princípio de uniformização da jurisprudência (a máxima latina que significa ‘sê fiel ao que foi decidido’) que expressa a regra de obrigatoriedade de seguir o precedente judicial, praticada pelos tribunais da tradição da *common law*, e segundo o qual uma questão judicial deve ser decidida da mesma forma que foi decidida uma questão semelhante anterior, privilegiando a uniformização da jurisprudência; Essa regra dispõe que a decisão do tribunal superior vincula o inferior, e que aquele também não pode desobedecer ao próprio precedente, a não ser por uma razão extraordinária. No primeiro caso, ocorre a *vertical stare decisis* e, no segundo, a *horizontal stare decisis*.”

⁵⁷⁹ “No sistema *concentrado*, o controle de constitucionalidade é exercido por um único órgão ou por número limitado de órgãos criados especificamente para esse fim ou tendo nessa atividade sua função principal. É o modelo dos tribunais constitucionais europeus, também denominado sistema austríaco”. (Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 47-48, grifo no original).

⁵⁸⁰ “Ao contrário do controle incidental, que segue a tradição americana, o controle por via *principal* é decorrente do modelo instituído na Europa, com os tribunais constitucionais. Trata-se de controle exercido fora de um caso concreto, independente de uma disputa entre partes, tendo por objeto a discussão da validade da lei em si. Não

A função jurisdicional, em regra, destina-se a resolver conflitos de interesses entre partes que possuem pretensões antagônicas. Neste caso, estaremos diante de um caso concreto – *stricto sensu* – submetido à apreciação do tribunal. Para adaptar o referencial teórico às peculiaridades do sistema jurídico brasileiro que também positivou o controle judicial de constitucionalidade abstrato e concentrado, revela-se mais apropriado recorrer a um conceito mais amplo – o de contexto decisório⁵⁸¹ – que é compatível com situações nas quais se verifica “um exercício atípico de jurisdição, porque nele não há um litígio ou situação concreta [relativa às partes e ao conflito de interesses] a ser solucionada mediante a aplicação de lei pelo órgão julgador”⁵⁸².

O controle é denominado “em tese” ou “abstrato” justamente porque não há um caso concreto *stricto sensu* subjacente à apreciação e à decisão judicial. O objeto é um pronunciamento acerca da validade de uma lei ou ato normativo, destinando-se, portanto, à proteção objetiva do próprio ordenamento⁵⁸³. Entretanto, o referencial teórico supramencionado é compatível com o conceito mais amplo de “contexto decisório” que remete ao objeto (por exemplo, uma lei – em regra geral e abstrata – ou ato normativo estatal) e suas implicações abstratas (em relação ao sistema normativo, princípios e regras) e concretas (com relação a situações hipotéticas específicas) para casos semelhantes no presente e no futuro. A noção de contexto decisório permite o relacionamento entre a dimensão *objetiva* do controle de constitucionalidade abstrato e concentrado e suas implicações e desdobramentos em termos *subjetivos* em situações *hipotéticas* (antecipadas de modo abstrato pelos magistrados) e, ao mesmo tempo, concretas (com repercussões em situações particularizáveis).

4. 2 Análise de casos constitucionais

se cuida de mecanismo de tutela de direitos subjetivos, mas de preservação da harmonia do sistema jurídico, do qual deverá ser eliminada qualquer norma incompatível com a Constituição”. (Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 50-51, grifo no original).

⁵⁸¹ Contexto de decisão, contexto decisório ou caso concreto em *sentido amplo* (sem a presença de litigantes e o respectivo conflito entre pretensões subjetivas antagônicas).

⁵⁸² BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 145-146.

⁵⁸³ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 146: “Trata-se de um processo objetivo, sem partes, que não se presta à tutela de direitos subjetivos, de situações jurídicas individuais” (p. 146).

4.2.1 O caso da cláusula de barreira (ADI nº 1351-3 e ADI nº 1354-8):

Em 07 dezembro de 2006, o Supremo Tribunal Federal julgou as ADIs nº 1351 e 1354 propostas por partidos políticos – PC do B e PSC, respectivamente – que se sentiram prejudicados com a cláusula de barreira estabelecida, especialmente, pelos artigos 13, 41, 48 e 49 da Lei nº 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos⁵⁸⁴) e que passaria a produzir efeitos a partir da legislatura que se iniciaria em 2007. Em síntese, a cláusula de barreira ou de desempenho pretendia restringir o direito ao funcionamento parlamentar, à distribuição e acesso ao horário gratuito de rádio e televisão e aos recursos provenientes do fundo partidário (art. 17, § 3º, da CF).

Estas ações tramitavam no Supremo Tribunal Federal desde 1995, ano em que entrou em vigor a mencionada lei, e tinham como pedido a declaração de inconstitucionalidade da cláusula de barreira, sob a alegação de que a mesma confrontaria os princípios da isonomia, da igualdade de chances e do pluralismo político, violando, também, o direito de manifestação livre e igualitária das minorias políticas. A decisão unânime do plenário do STF foi no sentido de declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei dos Partidos Políticos que versavam sobre a cláusula de barreira. Com relação à argumentação desenvolvida pelos ministros, os seguintes pontos centrais merecem ser destacados:

Primeiramente, os ministros reconheceram a relevância de um dos principais fundamentos do Estado de Direito, que é o pluralismo político (art. 1º, V, da CF). Foi reconhecido, ainda, o caráter necessário do pluripartidarismo que assegura aos partidos a liberdade de criação e o direito à igualdade de chances no tocante à defesa, funcionamento e manifestação de seus ideais políticos. Em segundo lugar, um sistema político democrático deve acolher as diferenças, as desigualdades existentes e o direito de pensar diferente, respeitando, assim, o direito das minorias. Em terceiro lugar, com as regras da cláusula de barreira, estar-se-ia restringindo o financiamento desses partidos e suas possibilidades de propagarem seus ideais nas redes de rádio e de televisão de forma tão desproporcional que os levariam,

⁵⁸⁴ Artigo 13 da Lei nº 9.096 de 19 de setembro de 1995: “Tem direito a funcionamento parlamentar, em todas as Casas Legislativas para as quais tenha elegido representante, o partido que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados obtenha o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total em cada um deles”.

inevitavelmente, à extinção, impossibilitando, ao mesmo tempo, o surgimento de novos partidos com diferentes ideais políticos. Por último, no tocante à interpretação que deve ser dada ao art. 17, inciso IV da CF, os ministros do STF entenderam que a expressão “na forma da lei” não pode ser compreendida como uma liberdade absoluta para o legislador dispor discricionariamente sobre a representação parlamentar, esvaziando, por intermédio de uma lei ordinária, os princípios constitucionais supramencionados.

Em razão de suas pretensões perfeccionistas, merece especial atenção a análise do voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes na ADI nº 1351-DF. O voto do Min. Gilmar Mendes é extremamente ambicioso, pois procura desenvolver amplas e profundas considerações sobre o desenvolvimento do sistema político-eleitoral brasileiro, a natureza e a função dos partidos políticos no regime democrático, a conformação legislativa do sistema proporcional, o princípio da igualdade de chances como corolário do Estado de Direito e, para além da questão sobre a cláusula de barreira sob exame, objetiva posicionar-se, ainda, sobre o controvertido tema da fidelidade partidária. Segundo o ministro, o modelo de cláusula de barreira elaborado pelo legislador brasileiro simplesmente negou o funcionamento parlamentar, constituindo uma clara violação aos princípios da proporcionalidade e da igualdade de chances⁵⁸⁵.

Assim, se o modelo adotado pelo legislador restringisse não o funcionamento parlamentar, mas a própria atribuição de mandato ao representante eleito por um partido que não atingisse a cláusula de barreira, a decisão a ser adotada seria diferente, já que nesta hipótese seria declarada a sua constitucionalidade. Com apoio na experiência constitucional alemã, o Min. Gilmar Ferreira Mendes disserta sobre aquele que, segundo o seu entendimento, seria o melhor modelo de cláusula de barreira a ser adotado pelo legislador democrático, procurando, assim, orientar a atuação do Poder Legislativo em um contexto de reforma política que transcende, em larga medida, o contexto particular do caso concreto:

Estou certo de que se o legislador brasileiro tivesse conformado um modelo semelhante ao adotado no direito alemão, por exemplo, (...) talvez não estaríamos aqui a discutir esse tema. É possível, sim, ao legislador pátrio, o estabelecimento de uma cláusula de barreira ou de desempenho que impeça a atribuição de mandatos à agremiação que não obtiver um dado percentual de votos⁵⁸⁶.

⁵⁸⁵ Confira o voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes na ADI 1351-DF, p. 16, disponível em www.stf.jus.br.

⁵⁸⁶ Citação de trecho do voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes na ADI 1351-DF, p. 17, disponível em www.stf.jus.br.

Com relação ao princípio da “igualdade de chances”, o voto do Min. Gilmar Mendes pretendeu delinear parâmetros gerais para a resolução futura de problemas e temas controvertidos correlatos ao caso em questão. Afastou-se, assim, do postulado minimalista que preconiza a tomada de decisões que sejam, ao mesmo tempo, “estreitas” e “rasas”, ou seja, decisões que versem sobre temas indispensáveis para a solução do caso em questão, recorrendo a argumentos que, devido a sua incompletude, possam conquistar um acordo generalizado, evitando, assim, questões constitucionais “profundas”, complexas e controvertidas na sociedade. No sentido acima, com o objetivo de orientar o debate sobre a reforma política, assevera o Min. Gilmar Ferreira Mendes:

É fundamental, portanto, que a legislação que disciplina o sistema eleitoral, a atividade dos partidos políticos e dos candidatos, o seu financiamento, o acesso aos meios de comunicação, o uso de propaganda governamental, dentre outras, não negligencie a ideia de igualdade de chances sob pena de a concorrência entre agremiações e candidatos se tornar algo ficcional, com grave comprometimento do próprio processo democrático⁵⁸⁷.

Para além do tema da cláusula de barreira, a sua argumentação perfeccionista pretende apoiar e promover uma “ampla agenda” de inovações legais com fundamento em decisões interpretativas com efeitos modificativos ou corretivos do texto constitucional a serem adotadas pelo STF, manifestando-se sobre a legitimação do tribunal para apreciação de questões controvertidas presentes em outros casos jurídicos, tais como o aborto de feto anencéfalo⁵⁸⁸ (ADPF nº 54) e a fidelidade partidária⁵⁸⁹ (MS nº 26.602, 26.603 e 26.604 - STF).

⁵⁸⁷ *Idem*, p. 37.

⁵⁸⁸ Sobre a ADPF nº 54 afirma o ministro: “Caso o Tribunal decida pela procedência da ação, dando interpretação conforme aos artigos 124 e 128 do Código Penal, invariavelmente proferirá uma típica decisão manipulativa com eficácia aditiva. Ao rejeitar a questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República, o Tribunal admitiu a possibilidade de, ao julgar o mérito da ADPF nº 54, atuar como verdadeiro legislador positivo, acrescentando mais uma excludente de punibilidade – no caso do feto padecer de anencefalia – ao crime de aborto”. Citação de trecho do voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes na ADI 1351-DF, p. 52-53, disponível em www.stf.jus.br.

⁵⁸⁹ Sobre a fidelidade partidária, ainda não apreciada pelo STF ao tempo da decisão sobre o caso da cláusula de barreira, afirma: “A crise tornou-se, porém, evidente, para todos, a necessidade de que sejam revistas as atuais regras quanto à fidelidade partidária. Em outros termos, estamos desafiados a repensar o atual modelo a partir da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Devemos refletir, inclusive, sobre a consequência da mudança de legenda por aqueles que obtiveram o mandato no sistema proporcional, o que constitui, sem sombra de dúvidas, uma clara violação à vontade do eleitor e um falseamento grotesco do modelo de representação popular pela via da democracia de partidos! (...) Assim, ressalvadas situações específicas decorrentes de ruptura de compromissos programáticos por parte da agremiação ou outra situação de igual

Em seu voto, o ministro propõe uma verdadeira reforma política por meio de uma modificação da orientação jurisprudencial tradicional do STF sobre a temática, desconsiderando, por completo, a contribuição e a competência do Poder Legislativo nesta tarefa. Cabe destacar que, em relação à fidelidade partidária, não tinham sido impetrados, ainda, os Mandados de Segurança supramencionados pelos partidos políticos prejudicados com a mudança de legenda de seus parlamentares na atual legislatura. Na conclusão de seu voto, o Min. Gilmar Ferreira Mendes estabelece algumas orientações para a atuação do Poder Legislativo na definição da reforma política, procurando restringir a liberdade de conformação do legislador no sentido de limitar o pluripartidarismo exacerbado que caracteriza o sistema político brasileiro:

Deixo enfatizado, não obstante, que o legislador pode estabelecer uma cláusula de desempenho que fixe, de forma proporcional, certo percentual de votação como requisito para que o partido político tenha direito não só ao funcionamento parlamentar, mas à própria eleição de representantes, ficando, porém, assegurado a todos os partidos, com observância do princípio da igualdade de chances, o acesso aos meios e recursos necessários para competir no prélio eleitoral seguinte, incluídos, nesse sentido, o acesso ao rádio e à televisão e aos recursos do fundo partidário.

O posicionamento do Min. Gilmar Ferreira Mendes foi perfeccionista, pois (a) abordou o caso a partir do enfrentamento e posicionamento em questões constitucionais e políticas controversas com apoio em considerações, ao mesmo tempo, amplas e profundas; (b) manifestou-se sobre questões que, apesar de correlatas, transcendem o caso concreto e que, portanto, poderiam ser decididas oportunamente no futuro e (c) concebeu o caso em tela como integrante de um “amplo projeto” de mudanças legais mediante sucessivas decisões com efeitos modificativos ou aditivos, vislumbrando e legitimando a competência do tribunal para a reforma do sistema político-partidário e eleitoral através de uma alteração em sua orientação jurisprudencial.

4.2.2 O caso da fidelidade partidária (Resolução nº 22.526 – TSE; MS nº 26.602, MS nº 26.603 e MS nº 26.604 – STF)

significado, *o abandono da legenda, a meu ver, deve dar ensejo à perda do mandato*”. Citação de trecho do voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes na ADI 1351-DF, p. 52-53, disponível em www.stf.jus.br, grifo no original.

Apesar de o neoconstitucionalismo não ter sido citado expressamente em seus julgados, as suas teses principais integram, sem dúvida, a autocompreensão da maioria dos ministros do STF e do TSE sobre a atuação destes tribunais no *hard case* da fidelidade partidária. O estudo será iniciado, então, pela Resolução nº 22.526 adotada pelo TSE a partir da Consulta nº 1.398 formulada pelo Partido da Frente Liberal (PFL), atualmente Democratas, com a seguinte indagação dirigida ao tribunal:

Os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?⁵⁹⁰

O voto do relator do caso em tela, o Min. César Asfor Rocha, é bastante representativo das teses supramencionadas, ao afirmar, acerca da aplicabilidade imediata dos princípios constitucionais, que “tem-se, hoje em dia, como pertencente ao passado, a visão que isolava os princípios constitucionais da solução dos casos concretos⁵⁹¹”. Mais adiante, assevera que “o tempo presente é o da afirmação da prevalência dos princípios constitucionais sobre as normas de organização dos Partidos Políticos⁵⁹²” e, com uma linguagem excessivamente axiológica, destaca em sua conclusão:

Outro ponto relevante que importa frisar é o papel das Cortes de Justiça no desenvolvimento da tarefa de contribuir para o conhecimento dos aspectos axiológicos do Direito, abandonando-se a visão positivista tradicional, certamente equivocada, de só considerar dotadas de força normativa as regulações normatizadas; essa visão, ainda tão arraigada entre nós, deixa de apreender os sentidos finalísticos do Direito e, de certo modo, desterra a legitimidade da reflexão judicial para a formação do pensamento jurídico⁵⁹³.

O Min. César Asfor Rocha justifica o seu voto vencedor, no sentido da possibilidade de perda de mandato em caso de troca injustificada de partido político pelo representante eleito, com apoio em uma interpretação *extensiva* do princípio da moralidade em um sentido menos usual, e mais ambicioso, do que aquele tradicionalmente atribuído ao art. 37, *caput*, da CF:

⁵⁹⁰ Resolução nº 22.526 (TSE), p. 02, disponível em: www.tse.gov.br, grifo nosso.

⁵⁹¹ *Idem*, p. 04.

⁵⁹² *Idem*, p. 07.

⁵⁹³ *Idem*, p. 09.

O princípio da moralidade (...) inserido solenemente no art. 37 da Carta Magna, repudia de forma veemente o uso de qualquer prerrogativa pública, no interesse particular ou privado, não tendo relevo algum afirmar que não se detecta a existência de norma proibitiva de tal prática⁵⁹⁴.
 (...) “Não tenho dificuldade em perceber razões de ordem jurídica e, sobretudo, razões de ordem moral, inquinam a higidez dessa movimentação, a que a Justiça Eleitoral não pode dar abono, se instada a se manifestar a respeito da legitimidade de absorção do mandato eletivo por outra corrente partidária, que não recebeu sufrágios populares para o preenchimento daquela vaga⁵⁹⁵”.

A moralização da decisão, uma das consequências da adoção do neoconstitucionalismo como uma manifestação do perfeccionismo, com a aplicação imediata de princípios com forte carga axiológica e, também, excessivamente indeterminados, constitui uma característica da argumentação empreendida pelo Min. César Asfor Rocha em seu voto. No presente caso, o Tribunal decidiu por maioria, restando apenas um ministro vencido, o Min. Marcelo Ribeiro, que adotou um posicionamento mais formalista. O Min. Marcelo Ribeiro, em seu voto, procurou também adotar uma postura minimalista⁵⁹⁶, isto é, evitando entrar em considerações profundas, extremamente abstratas e controversas sobre quais valores ou, mais especificamente, quais normas jurídicas, podem ser extraídos argumentativamente do princípio democrático, da moralidade administrativa e da proporcionalidade do sistema eleitoral. O voto do Min. Marcelo Ribeiro é bem menos ambicioso do que o posicionamento dos ministros vencedores.

Em regra, os ministros vencedores pretenderam, de um modo *perfeccionista*⁵⁹⁷, construir grandes interpretações sobre a democracia, o mandato representativo, a moralidade na função pública, extraindo dessas considerações

⁵⁹⁴ *Idem*, p. 05.

⁵⁹⁵ *Idem*, p. 06.

⁵⁹⁶ SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999, p. 03-23. Conforme vimos, os minimalistas decidem cada caso de uma vez, evitando formular regras muito gerais para a orientação de casos futuros. São céticos sobre as tentativas de construção de grandes teorias acerca da interpretação jurídica. Suas decisões não são fundacionalistas, pois evitam entrar em questões profundamente controversas, isto é, em temas ou debates de larga escala, deixando-os em aberto (*leaving things undecided*, nas palavras do autor). Neste sentido, os minimalistas assumem uma postura restritiva com relação ao exercício do “poder judicial”.

⁵⁹⁷ O perfeccionismo, conforme foi visto, se propõe a interpretar o texto constitucional a partir de questões profundas, controvertidas na sociedade, buscando fazer da Constituição o melhor que ela pode ser ou, ao menos, aquilo que o intérprete julgue ser a “melhor luz” sobre o problema em questão. Cf. SUNSTEIN, Cass. *Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005, p. 31 *et seq.*

algumas orientações gerais para a atuação dos atores políticos no futuro⁵⁹⁸. Assumido uma postura bem menos ambiciosa, o Min. Marcelo Ribeiro sintetiza que “não há norma na Constituição, nem em lei infraconstitucional, que diga que aquele que mudar de partido perderá o mandato⁵⁹⁹”. Em seguida, há um debate entre os Ministros Marco Aurélio e Marcelo Ribeiro que ilustra bem as diferentes pretensões hermenêuticas do neoconstitucionalismo e do minimalismo. O Min. Marco Aurélio questiona: “E precisaria de uma norma diante dos princípios consagrados pela Constituição Federal? Seria acaciano⁶⁰⁰”. Em seguida, o Min. Marcelo Ribeiro ratifica o seu posicionamento:

Não me parece haver espaço para invocar princípios implícitos quando a matéria foi tratada expressamente na Constituição anterior e a alusão à perda de mandato, de modo claro, foi retirada da atual Constituição. Parece-me, com a devida, vênua, que o constituinte não quis que essa hipótese, de mudança de partido pelo parlamentar eleito, acarretasse a perda do mandato⁶⁰¹.

Continuando em sua postura minimalista, o ministro vencido procura separar as razões éticas ou morais que sustentam a plausibilidade da tese da fidelidade partidária, com as quais concorda, das razões jurídico-positivas que poderiam autorizar semelhante conclusão com apoio em nosso texto constitucional. Segundo o magistrado, tais razões normativas não existem em nosso direito positivo.

Segundo Cass Sunstein, há boas razões para o minimalismo judicial nos casos difíceis. Essas razões são igualmente válidas para os demais casos analisados neste capítulo. Em primeiro lugar, os juízes não são eleitos pelo voto popular. Em segundo lugar, os magistrados não possuem uma particular *expertise* em teoria ética, moral ou política. Por último, eles não possuem também suficiente conhecimento técnico para prever as principais consequências de suas decisões, especialmente nos planos político e econômico⁶⁰².

Nos julgamentos dos Mandados de Segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604 (STF), posicionamento semelhante ao do Min. Marcelo Ribeiro (TSE) foi adotado

⁵⁹⁸ Esta afirmação é válida para a argumentação dos ministros vencedores no TSE e também no STF.

⁵⁹⁹ Resolução nº 22.526 (TSE), p. 55, disponível em: www.tse.gov.br.

⁶⁰⁰ *Idem*, p. 55.

⁶⁰¹ *Idem*, p. 60-61.

⁶⁰² SUNSTEIN, Cass. *Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005, p. 35.

pelo parecer do Procurador-Geral da República e pelo voto do Min. Eros Roberto Grau, ambos com estratégias de argumentação, ao mesmo tempo, minimalistas e formalistas⁶⁰³. Tanto o Procurador-Geral da República quanto o Min. Eros Roberto Grau evitaram entrar no debate político sobre a representação partidária, o sistema eleitoral proporcional e os rumos da reforma política. Os seus posicionamentos destacam o caráter taxativo e exaustivo do art. 55 da Constituição Federal, bem como o fato de que a competência institucional para o equacionamento destas questões políticas cabe ao Congresso Nacional mediante a deliberação e proposição de uma ampla e urgente reforma política. Neste sentido, o Procurador-Geral da República assevera:

A questão em debate não é simples, pois envolve considerações éticas, políticas e jurídicas. E o Ministério Público não desconhece que do ponto de vista ético e político a solução deveria ser outra mas, por outro lado, não pode defender providência que a Constituição não diz ou determina”.

(...) Por isso, embora esteja convencido de que a fidelidade partidária, melhor ainda a fidelidade ao eleitor, na reunião com outras medidas que se fazem necessárias à reforma política, tende a reforçar o sistema partidário e o regime democrático, considero, dentro dos estritos limites do ordenamento constitucional, que a sua qualificação como causa ensejadora de perda de mandato esteja submetida à reserva de Constituição, circunstância que indica a improcedência da pretensão mandamental⁶⁰⁴.

Em seu voto, o Min. Eros Roberto Grau explicita de modo claro um posicionamento minimalista ao evitar pronunciar-se sobre o conteúdo e o alcance da fidelidade partidária, assim como sobre a natureza do mandato político, “estreitando” e delimitando, deste modo, o objeto de sua decisão:

Não me parece correta a afirmação de que esta Corte irá definir, neste julgamento, se os mandatos de que se cuida pertencem ao partido político ou ao deputado. Nem estaremos a tomar decisão a respeito do que cabe ou excede o conteúdo da fidelidade partidária. Aqui, hoje, definiremos somente se o impetrante há direito à declaração de vacância dos cargos dos deputados federais eleitos pelo PPS, que o deixaram, e à convocação dos suplentes para que tomem posse. *Nada mais decidiremos, apenas isso, sem avançar qualquer passo no sentido de enunciar ou anunciar reforma política alguma, matéria de competência do Poder Constituinte derivado*⁶⁰⁵.

⁶⁰³ O formalista é aquele que, por razões políticas ou morais, se compromete com o significado padrão ou ordinário do texto. O formalismo pressupõe a possibilidade de que em certos casos o texto e o significado imediatamente associado a ele podem ser claros.

⁶⁰⁴ Citação de trecho do parecer do Procurador-Geral da República disponível em www.stf.jus.br.

⁶⁰⁵ Citação de trecho do voto do Min. Eros Roberto Grau no MS nº 26.602-DF, p. 05, disponível em www.stf.jus.br, grifo nosso.

O Min. Eros Roberto Grau recorre em seu voto à distinção entre mutação e reforma constitucional. No presente caso, assevera o ministro, não estaríamos diante de uma hipótese de mutação, isto é, de “reaproximação” entre as normas constitucionais e a realidade constitucional subjacente, pois o rol do art. 55 revela-se taxativo em relação às hipóteses de perda de mandato, mas sim de uma reforma mediante uma “quebra constitucional”. Segundo o Min. Eros Roberto Grau:

Não há oposição, neste sentido, entre as normas constitucionais e a realidade constitucional, de modo a justificar que o Supremo Tribunal Federal – menos ainda o TSE – exorbite da função jurisdicional para emendar a Constituição, reformando-a. Mais, consta que o Poder Legislativo vem atuando em direção à implantação de uma reforma política, no bojo da qual o item da fidelidade partidária compõe-se entre os temas prioritários. Por isso mesmo a usurpação, pelo Poder Judiciário, de função do Poder Constituinte derivado já em si consubstancia ‘quebra constitucional’⁶⁰⁶.

Por outro lado, apesar das decisões em sentidos contrários, os votos dos Ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski aproximaram-se do modelo perfeccionista e, conseqüentemente, também do neoconstitucionalismo como uma espécie de maximalismo nas decisões judiciais. Neste sentido, o Min. Ricardo Lewandowski teceu considerações extensas sobre os partidos políticos, a democracia participativa, a segurança em sua versão político-institucional e a importância da fidelidade partidária. Apesar de não citar expressamente o neoconstitucionalismo, é possível vislumbrar a adoção de suas principais teses na justificação de seu voto⁶⁰⁷.

Semelhante estratégia perfeccionista de justificação foi adotada pelo Min. Celso de Mello em seu voto. Certamente, o principal representante do modelo perfeccionista de decisão judicial no STF é o Min. Celso de Mello. Neste sentido, constituem características centrais em seus votos em casos difíceis a interpretação do texto constitucional a partir de questões amplas e profundas, as longas considerações teóricas sobre questões altamente controversas e complexas, o desejo de “deixar tudo decidido” por intermédio da fixação de regras gerais com

⁶⁰⁶ Citação de trecho do voto do Min. Eros Roberto Grau no MS nº 26.602-DF, p. 10, disponível em www.stf.jus.br.

⁶⁰⁷ Neste sentido: “Em primeiro lugar, há que assentar que, no ápice da hierarquia axiológica de todas as constituições, figuram alguns princípios, explícitos ou implícitos, identificados e classificados pelo festejado jurista alemão Otto von Bachoff como preceitos de caráter pré-estatal, supralegal ou pré-positivo, que servem de paradigmas às demais normas constitucionais sob pena de carecerem de validade”. Citação de trecho do voto do Min. Ricardo Lewandowski nos Mandados de Segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604 (STF), p. 07, disponível em www.stf.jus.br.

amplios efeitos prospectivos, além das pretensões claramente doutrinárias manifestadas em seus votos e decisões monocráticas⁶⁰⁸. Não foi diferente o posicionamento no caso da fidelidade partidária. Em seu extenso voto (com 61 páginas) foram acolhidas as teses fundamentais do neoconstitucionalismo, tais como a força normativa da Constituição e a centralidade dos princípios jurídicos na estrutura normativa constitucional⁶⁰⁹. Foram abordadas, também, questões constitucionais profundas, tais como “a essencialidade dos partidos políticos no processo de poder (...), a importância do postulado da fidelidade partidária, o alto significado entre o mandatário eleito e o cidadão que o escolhe, o caráter eminentemente partidário do sistema proporcional e as relações de recíproca dependência o eleitor, o partido político e o representante eleito⁶¹⁰”.

No discurso do Min. Celso de Mello, excessivamente normativo, a centralidade e a importância dos partidos políticos aparecem como pontos inquestionáveis, divergindo, assim, da análise de inúmeros cientistas políticos que argumentam justamente o contrário, ou seja, a enorme importância do candidato e de suas características e aptidões pessoais em comparação à efetiva contribuição do partido político para a sua eleição⁶¹¹.

4.2.3 O caso da inelegibilidade ou da “ficha suja” (ADPF 144)

Em 6 de agosto de 2008, o Supremo Tribunal Federal, por nove votos a dois, julgou inconstitucional a ADPF 144 promovida pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) – conhecida como o caso da inelegibilidade ou da “ficha suja” – cujo pedido formulado pela associação defendia a possibilidade de juízes eleitorais impugnarem a candidatura de políticos que respondessem a processos judiciais ou

⁶⁰⁸ O exemplo mais notável de uma atitude perfeccionista ou maximalista foi a decisão monocrática do Min. Celso de Mello na ADPF nº 45 na qual, após extensas considerações sobre o papel da jurisdição constitucional diante dos direitos sociais, a omissão dos Poderes Legislativo e Executivo na regulamentação e efetivação de tais direitos, a reserva do possível e os contornos jurídicos do mínimo existencial, acabou julgando prejudicada a arguição de descumprimento de preceito fundamental em razão da perda superveniente de seu objeto.

⁶⁰⁹ Confira o voto do Min. Celso de Mello nos Mandados de Segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604 (STF), p. 47-49, disponível em www.stf.jus.br.

⁶¹⁰ Citação de trecho do voto do Min. Celso de Mello nos Mandados de Segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604 (STF), p. 02-03, disponível em www.stf.jus.br.

⁶¹¹ André Marengo aponta, neste sentido, a contribuição da regra eleitoral de lista aberta para a autonomia dos candidatos frente aos partidos políticos. Cf. MARENCO, André. “Migração partidária”. In: AVRITZER, Leonardo. ANASTASIA, Fátima (Orgs.). *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006, p. 183-187.

administrativos ou, então, que não tivessem, ainda, sido condenados com o trânsito em julgado da sentença respectiva.

Em síntese, três foram os posicionamentos assumidos pelos ministros do STF no caso:

(a) A maioria – composta pelos Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso, Ellen Gracie, Marco Aurélio e Gilmar Mendes – seguiu o posicionamento inaugurado pelo Min. Celso de Mello, segundo o qual impedir a candidatura de políticos sem o trânsito em julgado de sentença judicial condenatória representa uma violação dos princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal;

(b) O Min. Carlos Ayres Brito julgou integralmente procedente o pedido formulado pela AMB;

(c) O Min. Joaquim Barbosa construiu uma solução intermediária, segundo a qual é constitucional impedir a candidatura de políticos com condenação em segunda instância. A postura do Min. Joaquim Barbosa pode ser interpretada em termos de *trimming*⁶¹² ao identificar os extremos e pretender conciliar o que há de mais importante e profundo em cada posição em disputa: por um lado, a presunção de inocência e devido processo legal e, por outro, o princípio da moralidade na Administração Pública. A postura do Min. Joaquim Barbosa é conciliatória ao procurar se situar no meio-termo entre os pólos do debate.

O voto do Min. Eros Grau destaca-se por suas duras críticas ao pós-positivismo e ao neoconstitucionalismo. Segundo o ministro, corroborar a tese de que o Judiciário pode, diante da ausência de lei complementar, estabelecer critérios de avaliação da vida pregressa dos candidatos com o intuito de definir situações de inelegibilidade significaria substituir a presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII, da CF) por “uma presunção de culpabilidade contemplada em lugar nenhum da Constituição⁶¹³”. Neste sentido, afirma o Min. Eros Grau:

É bom que se diga, mais uma vez, que ninguém está autorizado a ler na Constituição o que lá não está escrito, prática muito ao gosto dos neo e/ou pós-positivistas, gente que reescreve a Constituição na toada de seus humores.

⁶¹² Cf. o final do item 3.3 no terceiro capítulo da presente tese.

⁶¹³ Voto do Min. Eros Grau na ADPF 144, p. 03, disponível em www.stf.jus.br.

Assumindo uma postura diametralmente oposta àquela preconizada pela leitura moral da Constituição, o Min. Eros Grau assevera que “o Poder Judiciário não está autorizado a substituir a ética da legalidade por qualquer outra⁶¹⁴”. O Judiciário não está autorizado para tanto não por apego irrefletido à positividade do Direito, mas em razão do relativismo da justiça e da produção democrática do Direito. Assim, a ética da legalidade não significa identificar o Direito com a positividade estrita emanada das autoridades competentes, mas sim com uma racionalidade formal que define, por sua vez, uma “positividade democrática⁶¹⁵”. A positividade democrática constitui uma barreira de defesa contra as investidas de setores sociais, mídia e opinião pública que exigem a “suspensão da Constituição⁶¹⁶” em determinadas situações de conflito, desconfiança ou insegurança.

É importante, neste momento, destacar em sua decisão a fundamentação democrática que confere ao formalismo jurídico, ou seja, à postura de deferência em relação às prescrições legais elaboradas pelo legislador, atribuindo às mesmas uma avaliação positiva ou, nas palavras de Jeremy Waldron, uma defesa da “dignidade da legislação⁶¹⁷”.

Continuando em sua crítica ao pós-positivismo e à substituição de uma ética de legalidade por uma ética de justiça, o Min. Eros Grau retoma, no presente voto, a sua argumentação no caso da fidelidade partidária, oportunidade na qual assumiu uma postura claramente minimalista. Referindo-se, implicitamente, ao caso da fidelidade partidária como um exemplo da substituição supramencionada, o Min. Eros Grau asseverou que:

O fato de o princípio da moralidade ter sido consagrado no art. 37 da Constituição não significa abertura do sistema jurídico para introdução, nele, de preceitos morais. (...) *A moralidade da Administração* – e da atividade legislativa, se a tanto chegarmos – apenas pode ser concebida por referência à legalidade, nada mais⁶¹⁸.

Deste modo, a postura assumida relativamente à interpretação do art. 37, *caput*, da CF, opõe-se claramente à concepção expansionista do significado do

⁶¹⁴ *Id.*, p. 06.

⁶¹⁵ *Id.*, p. 16.

⁶¹⁶ *Id.*, p. 20.

⁶¹⁷ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁶¹⁸ Voto do Min. Eros Grau na ADPF 144, p. 11-12, grifo no original.

princípio da moralidade construída pelo Min. César Asfor Rocha em seu voto na Resolução nº 22.526 do TSE sobre fidelidade partidária que, conforme foi visto, aproxima-se do neoconstitucionalismo e do perfeccionismo.

O voto do Min. Celso de Mello conferiu, em primeiro lugar, destaque à força irradiante do princípio de não culpabilidade para além da esfera penal como uma garantia definidora das sociedades democráticas e do devido processo legal. Em segundo lugar, o Min. Celso de Mello assumiu um posicionamento perfeccionista ao ampliar o escopo do seu pronunciamento para além do objeto da ação, enfrentando, também, indiretamente, a questão da publicidade da “lista suja”. Neste aspecto em particular, considerou conforme aos princípios democrático, republicano e da publicidade a divulgação de lista contendo a relação dos candidatos que respondem a processos ou, ainda, que não tenham sido condenados em definitivo⁶¹⁹ tendo em vista o direito do eleitor, de caráter fundamental em uma democracia, à máxima informação possível para a definição da escolha de seu representante político.

4.2.4 O caso do amianto (Medida cautelar na ADI 3937-7 SP)

Em linhas gerais, o presente caso aprecia a constitucionalidade de lei paulista (Lei nº 12.684) que veda o uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbestos, incluindo, assim, o amianto branco ou crisotila⁶²⁰. A lei paulista colide com dispositivos da lei federal que disciplinam a matéria (Lei nº 9.055/95) que, por sua vez, abrem uma exceção ao uso, produção e comercialização de materiais que contenham a crisotila. O Min. Marco Aurélio, relator do caso, seguiu a jurisprudência do STF⁶²¹, deferindo o pedido de liminar para suspensão dos efeitos da lei paulista com apoio no argumento de que não cabe aos Estados, mas exclusivamente à União, legislar sobre a matéria.

O Min. Eros Grau lançou um novo olhar sobre a jurisprudência firmada pelo STF em relação à questão do amianto ao deslocar o debate sobre a

⁶¹⁹ Voto do Min. Celso de Mello na ADPF 144, p. 04 *et seq.*, disponível em www.stf.jus.br.

⁶²⁰ A medida cautelar foi apreciada e julgada em 04 de junho de 2008.

⁶²¹ Cf. ADI 2656-9 SP e ADI 2396-9 MS. Segundo a jurisprudência firmada a partir dos casos citados, ficou definido, em primeiro lugar, que a Corte deve afastar-se da apreciação de questões técnicas referentes aos efeitos danosos do amianto branco; em segundo lugar, a legislação federal estabelece normas gerais que afastam as leis estaduais na disciplina do tema.

inconstitucionalidade da lei estadual do Estado de São Paulo para aquele sobre a inconstitucionalidade da própria lei federal (Lei nº 9.055/95) por violação direta da Constituição Federal.

O Min. Joaquim Barbosa rompe com o entendimento consolidado pelo tribunal ao ingressar na análise de questões científicas envolvendo os malefícios à saúde provocados pelo uso e pela exposição ao amianto branco ou crisotila que, segundo o seu entendimento, estão comprovados⁶²².

Diferentemente do Min. Joaquim Barbosa, que levantou os temas da internacionalização e da incorporação das normas internacionais consagradoras de direitos fundamentais, especialmente em relação ao direito de proteção da saúde dos trabalhadores (Convenção nº 162 da OIT), o Min. Eros Grau limitou-se à violação do texto constitucional pela lei federal, conferindo uma dimensão de eficácia direta para as normas constitucionais de caráter social, particularmente em relação ao direito à saúde. O próprio Min. Eros Grau havia seguido posicionamento semelhante ao do relator do presente caso, o Min. Marco Aurélio, mais formalista e apegado aos precedentes da Corte sobre o assunto, em outro caso semelhante de sua relatoria, a ADI 3356. Neste sentido, o ministro assumiu uma postura de ativismo de precedentes conforme a definição de Marshall.

O Min. Eros Grau destacou, em seu voto na medida cautelar, que “a esta Corte incumbe apreciar toda e qualquer inconstitucionalidade que lhe chegue ao conhecimento direta ou indiretamente⁶²³”, mesmo que não faça parte expressamente do objeto do pedido apreciado pela Corte. Este posicionamento revela uma ampliação da competência da Corte no sentido de apreciar a constitucionalidade de leis que não foram expressamente questionadas em sede constitucional, revelando, assim, uma importante manifestação do ativismo jurisdicional apontado por Marshall⁶²⁴.

Além do mais, representa a adoção de uma postura perfeccionista ao querer ampliar o escopo da decisão, que, inclusive, é objeto de outra ação direta de

⁶²² O ministro cita o entendimento de especialistas e uma resolução do CONAMA (Conselho Nacional do Meio Ambiente) sobre a ausência de limites seguros para a exposição humana à crisotila.

⁶²³ Cf. voto do Min. Eros Grau na ADI n. 3937-7, p. 74 do acórdão na íntegra disponível em: <http://www.stf.jus.br>.

⁶²⁴ MARSHALL, Willian. *Conservatism and the Seven Signs of Judicial Activism*. Publicado pela University of Colorado Law Review, 2002, p. 104. Acessado em 02 de outubro de 2008 in: <http://ssrn.com/abstract_id=330266>.

inconstitucionalidade, a ADI nº 4066, cujo objeto é a própria constitucionalidade da Lei nº 9.055/95.

Neste ponto inicia-se a argumentação do Min. Gilmar Mendes que, assumindo uma postura consequencialista, preocupada com as repercussões jurídicas, sociais e econômicas da decisão, destaca três pontos fundamentais:

Em primeiro lugar, o Min. Gilmar Mendes destaca o caráter complexo do caso, que possui repercussões não apenas formais na definição da divisão das competências legislativas entre os entes federativos, mas, sobretudo, práticas. Neste ponto, o ministro assume uma perspectiva pragmatista – ou seja, centrada na análise do contexto e das consequências das decisões – ao destacar a insegurança jurídica e a ausência de uniformização legislativa resultante de uma compreensão da competência concorrente na qual “a União e os Estados comecem a se digladiar sobre os mais diversos produtos segundo critérios científicos os mais diversos, na matéria que exige um mínimo de uniformização, de algum critério⁶²⁵”.

Em segundo lugar, ressalta o caráter contraditório que marca muitos debates científicos, no Brasil e no mundo, sobre o caráter benéfico ou maléfico à saúde de muitos produtos polêmicos como, por exemplo, o caso dos alimentos transgênicos. Além disso, destaca a importância de subsídios técnicos adicionais – neste sentido, talvez a realização de uma audiência pública ou, então, a participação de especialistas no curso da ação - para a correta solução do problema.

Por último, seguindo o posicionamento do Min. Eros Grau sobre a ampliação do objeto do controle de constitucionalidade no sentido da apreciação da própria lei federal que disciplina a matéria, o Min. Gilmar Mendes menciona a possível necessidade, no futuro, de aplicar ao caso as modalidades atípicas de decisão em sede de controle de constitucionalidade, em razão da provável apreciação, para além do objeto do pedido da ADI, da constitucionalidade de outra lei, no caso federal, no âmbito do controle abstrato das normas. Esta nova possibilidade – singular e nunca antes imaginada pelo ministro⁶²⁶ – caso implementada, significará um novo passo para a ampliação decisória do sistema de controle concentrado de

⁶²⁵ Cf. voto do Min. Gilmar Mendes na ADI n. 3937-7, p. 76 do acórdão na íntegra disponível em: <http://www.stf.jus.br>.

⁶²⁶ Cf. voto do Min. Gilmar Mendes na ADI n. 3937-7, p. 77 do acórdão na íntegra disponível em: <http://www.stf.jus.br>.

constitucionalidade e, conseqüentemente, mais uma manifestação do ativismo jurisdicional apontado por William P. Marshall⁶²⁷.

Em razão do receio da adoção pelos Estados de soluções singulares para problemas complexos, inclusive do ponto de vista científico, que necessitam de uma disciplina jurídica uniforme e, também, em razão do acúmulo de competências legislativas – não apenas relativa à saúde, mas também à política industrial – o Min. Gilmar Mendes posicionou-se, de modo antecipado no curso do debate, na mesma linha do entendimento desenvolvido pelo relator do caso, o Min. Marco Aurélio.

O Min. Carlos Britto retoma o tema da internacionalização ao mencionar que a Lei federal faz remissão expressa à Convenção n. 162 da OIT e que tal diploma internacional tem, após a sua incorporação, status de norma *supralegal*, porém não constitucional. Segundo o Min. Carlos Britto, a própria lei reconhece a nocividade de todas as formas de amianto, incluindo a crisotila, pois o seu art. 3º, 1, dispõe sobre “prevenir e controlar os riscos, para a saúde, oriundos da exposição profissional ao amianto [de um modo geral]”. De acordo com a Convenção da OIT, a legislação sobre amianto consiste em um exemplo de normas de eficácia progressivamente atenuada, ao ponto, de um dia, ser proibida a permanência de qualquer forma de amianto no mercado. Além disso, o ministro pontua outro paradoxo inscrito na lei federal: ao mesmo tempo em que excepciona a comercialização da crisotila, define-a como “fibras naturais e artificiais comprovadamente nocivas à saúde humana” (art. 2º, parágrafo único) cujo “transporte (...) é considerado de alto risco e, no caso de acidente, a área deverá ser isolada, com todo o material sendo reembalado dentro de normas de segurança, sob a responsabilidade da empresa transportadora” (art. 10 da Lei n. 12684/07).

Deste modo, retomando a argumentação do Min. Joaquim Barbosa, o Min. Carlos Britto afirma que a legislação estadual, muito mais do que a federal, cumpre os mandamentos constitucionais e supralegais (a Convenção da OIT) de proteção à saúde humana e de evitar riscos aos trabalhadores, à população em geral e ao meio ambiente. Por último, o Min. Carlos Britto destacou dois princípios, em um contexto de risco, que justificam a negativa do referendo da medida cautelar: o princípio da *precaução*, que objetiva evitar riscos ou danos à saúde e ao meio ambiente para

⁶²⁷ MARSHALL, *cit.*, p. 104.

gerações *presentes*; e o princípio da *prevenção*, que tem a mesma finalidade para as gerações *futuras*.

O Min. Cezar Peluso também acompanhou o entendimento perfilhado pelos Ministros Eros Grau e Joaquim Barbosa, citando a Convenção da OIT e o reconhecido perigo e nocividade do uso do amianto em todas as suas formas⁶²⁸. Antecipou, ainda, o seu entendimento sobre a lei federal que está sendo questionada pela ADI 4066 (relatoria do Min. Carlos Britto), considerando-a inconstitucional principalmente por violação dos artigos 6º e 196 da Constituição. Deste modo, à semelhança dos Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Carlos Britto, o Min. Cezar Peluso posicionou-se de modo contrário ao referendo da medida cautelar concedida anteriormente pelo relator, o Min. Marco Aurélio de Mello.

Por último, é importante destacar o voto da Min. Ellen Gracie por seu caráter minimalista em relação à apreciação pelo tribunal de questões científicas complexas, que será aprofundado no próximo tópico. Segundo a ministra, o STF não é “uma academia de ciência”, repetindo, assim, idêntico argumento desenvolvido no julgamento do caso da pesquisa científica com células-tronco embrionárias (ADI 3510), que também versou sobre questões científicas com elevado nível de especialização. Neste sentido, conclui a Min. Ellen Gracie:

*Evidente, já vou repetir mais de uma vez, que não somos uma academia de ciências. Portanto, não nos cabe definir a nocividade de produtos, mas o que se trata é de um produto completamente diferente daquele radicalmente proibido, inclusive na Convenção da OIT, que é o anfibólio [asbestos marrom e azul]*⁶²⁹.

4.2.5 O caso da lei de anistia (ADPF 153)

No Brasil o debate sobre justiça de transição, especialmente a sua dimensão punitiva, alcançou grande repercussão com o julgamento da Arguição de

⁶²⁸ Cf. voto do Min. Cezar Peluso na ADI n. 3937-7, p. 140 do acórdão na íntegra disponível em: <http://www.stf.jus.br>.

⁶²⁹ Cf. voto da Min. Ellen Gracie na ADI n. 3937-7, p. 137 do acórdão na íntegra, grifo nosso, disponível em: <http://www.stf.jus.br>.

Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153⁶³⁰ ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ao postular a realização de uma interpretação conforme à Constituição do § 1º do art. 1º da Lei 6.683/1979⁶³¹ (Lei de Anistia). Em síntese, a OAB questionou o significado de “crimes conexos” à luz do Direito Penal e Processual Penal, assim como a violação provocada pela interpretação tradicional do dispositivo – em termos de bilateralidade, amplitude e caráter irrestrito – aos preceitos fundamentais da isonomia em matéria de segurança, não ocultação da verdade, bem como aos princípios democrático, republicano e da dignidade da pessoa humana.

O Min. Eros Grau, relator do processo, julgou improcedente o pedido formulado pela OAB. Destacou a importância de uma análise histórica da Lei de Anistia, compreendida como lei-medida e defendeu o caráter *sui generis*, mais amplo, do significado de “crime conexo”, próprio ao momento histórico de transição para a democracia. Deste modo, a Lei de Anistia não deveria ser interpretada segundo parâmetros normativos “descontextualizados” e atuais, mas com suporte no “direito pressuposto” existente no momento histórico de luta social pela transição política para um regime democrático.

Argumentou, ainda, que o Supremo Tribunal Federal não está autorizado a reescrever leis de anistia, isto é, ao Poder Judiciário não caberia a alteração de textos normativos concessivos de anistia, mas apenas ao Poder Legislativo. Por fim, sustentou que a EC nº 26/85, responsável, segundo o ministro, pela instauração da nova ordem constitucional a partir da ruptura normativa com o período de exceção, reafirmou e ampliou a anistia, inserindo-a na “totalidade” originária, ou seja, responsável pela instituição da futura Constituição de 1988.

Os Ministros Celso de Mello e Carmen Lúcia seguiram o posicionamento final do relator, porém com diferentes argumentos. Em primeiro lugar, o Min. Celso de Mello destaca o “antijudicialismo” que caracteriza os estados de exceção, ou seja, a

⁶³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 29 de abril de 2010. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em 06/03/2011.

⁶³¹ “Art. 1º. É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

§1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.”

proibição expressa de revisão pelo Poder Judiciário dos atos excepcionais, ditos “revolucionários” pelo *status quo*, adotados pelo Poder Executivo. Destacou, também, o caráter bilateral da anistia, sua dimensão objetiva (relativa aos fatos, não aos agentes), além de justificar em um sentido positivista, com suporte na Constituição vigente à época (EC nº 1/69), a extensão da anistia para outros delitos considerados não políticos, ou seja, crimes comuns, desde que aprovada – como foi o caso – formalmente pelo Congresso Nacional. Em seu voto, reiterou, de modo seletivo do ponto de vista histórico, o caráter de acordo, “pacto social”, assumido pelo processo de discussão social e elaboração legislativa da anistia no país.

O Min. Celso de Mello proclamou a incompatibilidade entre a lei de anistia brasileira e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por não se tratar, no presente caso, de uma lei de auto-anistia em razão de seu caráter bilateral, ou seja, de “mão dupla”. Por último, abordou a questão da revisão ou eventual revogação da Lei de Anistia, considerando-a possível se promovida pelo Poder Legislativo, porém com estrita observância do princípio da irretroatividade das leis no tocante aos efeitos jurídicos, especialmente na seara criminal, de tal revogação.

O voto da Min. Carmen Lúcia também propõe uma interpretação que leve em consideração o momento histórico de mobilização, discussão e promulgação da Lei de Anistia. Com relação à ausência de legitimidade do Congresso Nacional à época, o argumento poderia conduzir, se levado às últimas consequências, ao questionamento de toda a legislação infraconstitucional posteriormente recepcionada pela nova ordem constitucional, assim como a EC nº 26/85 e a própria Constituição de 1988. Por último, a Min. Carmen Lúcia, à semelhança do posicionamento do Min. Celso de Mello, destacou que a responsabilidade criminal, ou sua ausência em razão da existência de anistia, não se confunde com o reconhecimento dos direitos à verdade, à história e à memória que, inclusive, são objeto de outra ação no STF, a ADI nº 4077, que questiona a constitucionalidade das Leis nº 8.159/1991 e 11.111/2005.

Em sentido contrário, ao julgar parcialmente procedente a ADPF nº 153, o Min. Ricardo Lewandowski preconizou uma interpretação mais formalista – em um sentido também minimalista⁶³² – e apegada aos precedentes da Corte no tocante à

⁶³² Cf. SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999.

definição e critérios de distinção entre crimes políticos e comuns. Segundo o Min. Ricardo Lewandowski, ao preconizar uma abordagem caso a caso (*case by case approach*), deve-se interpretar o dispositivo questionado no sentido de que os agentes do Estado não estariam automaticamente abrangidos pela anistia, devendo o magistrado ou tribunal, antes de admitir a persecução penal, realizar uma análise do caso concreto com apoio nos critérios da “preponderância” e da “atrocidade dos meios” com o intuito de aferir a eventual prática de delitos comuns “puros” com a conseqüente exclusão da prática de crimes políticos ou delitos comuns praticados com motivação política.

O Min. Ricardo Lewandowski critica, também, a natureza social do acordo “tácito”, “bilateral”, ao reiterar, antes, o momento histórico de grande insatisfação popular com o regime de exceção em decadência. Por fim, o conceito jurídico de crime político, construído pela jurisprudência do STF, não admitiria o recurso a ações ou meios violentos, marcados pela crueldade, pelo atentado à vida e à liberdade, especialmente por agentes que pretendiam não *suplantar*, mas *conservar* o estado de exceção, o autoritarismo e o *status quo* ditatorial.

Os votos supramencionados apontam para importantes questões hermenêuticas e limitações institucionais do Poder Judiciário em questões complexas⁶³³. Dentre elas, cabe ressaltar, em primeiro lugar, os limites epistemológicos dos juízos históricos formulados pelos magistrados (caráter supostamente “social”, “eqüitativo” e “bilateral” da anistia em um contexto de desrespeito formal aos direitos e garantias fundamentais de liberdade e de participação política); em segundo, a discussão sobre o reconhecimento, em maior ou menor grau, da importância das fontes normativas internacionais de direitos humanos para a justificação das decisões (debate sobre a internalização ou incorporação do Direito Internacional) e sua inserção em um contexto de progressiva judicialização dos direitos humanos nos planos regional e internacional; em terceiro lugar, a importância e repercussão sistêmica da distinção entre regras e princípios para a compreensão e justificação das decisões em *hard cases* (em especial, seu impacto e adaptação às exigências *garantistas* específicas do Direito Penal e Processual Penal); em quarto lugar, a compreensão do debate jurídico sobre a

⁶³³ Cf. SILVA, A. G. Minimalismo, democracia e *expertise*: o Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas. *RDE – Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, p. 107-142, out./dez. 2008.

anistia em termos mais *textualistas* (centrada na definição e distinção jurisprudencial entre crimes políticos e comuns e a relação entre ambos, conforme entendimento do Min. Ricardo Lewandowski) do que propriamente históricos, políticos ou sociológicos (Ministros Eros Grau, Celso de Mello e Carmen Lúcia) e suas consequências para a justificação da decisão do caso; por último, segundo um enfoque pragmatista, é possível lançar um olhar crítico sobre a decisão em razão de seus efeitos pedagógicos para a consolidação e futuro da democracia: neste sentido, ao privilegiar uma análise histórico-contextual do passado de rupturas institucionais exemplificadas pelo registro de mais de trinta atos de anistia no período republicano⁶³⁴, perdeu-se a importante oportunidade de explicitar e consolidar os princípios normativos capazes de dissuadir, prevenir e combater a eventual repetição de atos excepcionais violadores do Estado democrático de direito no futuro.

4.3 Considerações gerais sobre os casos analisados

As relações entre os modelos minimalista e perfeccionista de função judicial, as dimensões do ativismo e a democracia são extremamente complexas. É possível apenas apontar algumas tendências gerais que, em razão de seu caráter probabilístico, podem ser excepcionadas pela prática.

Os modelos minimalista e perfeccionista de decisão judicial foram concebidos por Cass Sunstein tendo em vista o contexto jurídico-político do sistema difuso de controle de constitucionalidade norte-americano, no qual as questões controversas são sempre discutidas a partir de um caso concreto bem delineado e o caráter geral e vinculante da decisão do tribunal – no caso, a decisão final da Suprema Corte – é alcançado com o sistema de precedentes judiciais.

Conforme visto, no caso brasileiro há um sistema híbrido⁶³⁵ de controle de constitucionalidade, no qual convivem o modelo difuso e o modelo concentrado. Nos últimos anos, principalmente com o advento da EC nº 45/04 e com a adoção de uma

⁶³⁴ Cf. Voto do Min. Rel. Eros Grau na ADPF nº 153, p. 39 et seq disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 06/06/2011.

⁶³⁵ ARANTES, Rogério Bastos. “Judiciário: entre a Justiça e a Política”. In: AVELAR, Lúcia. CINTRA, Antônio Octávio (Orgs.). *Sistema político brasileiro: uma introdução*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung; São Paulo: Fundação Unesp Editora, 2004, p. 92.

postura ativista (no sentido jurisdicional apontado por Marshall) por parte do STF em importantes casos jurídicos⁶³⁶, tem-se assistido a uma sobrevalorização da dimensão concentrada em detrimento da difusa com o objetivo de tornar as decisões da Suprema Corte imediatamente vinculantes para todos os Poderes.

Os modelos teóricos elaborados por Sunstein também são aplicáveis ao estudo dos julgados do Supremo Tribunal Federal em nosso sistema híbrido, principalmente para analisar em que medida os magistrados permanecem circunscritos à análise do objeto da ação, assim como em que grau de profundidade buscam argumentos, acordos, teorias e conceitos, inclusive extra-jurídicos, para a justificação de suas decisões em casos difíceis.

É importante destacar que não há um magistrado que em sua prática jurisdicional seja sempre minimalista ou perfeccionista. Nos casos da fidelidade partidária, da cláusula de barreira e da inelegibilidade, por exemplo, o Min. Eros Grau assumiu um posicionamento nitidamente minimalista e formalista, ao passo que no caso do amianto aproximou-se, conforme foi visto, do modelo perfeccionista. Os dois modelos são, no sentido weberiano, tipos ideais e, portanto, constituem “recortes” ou “caricaturas” da realidade e da prática jurídicas. Frequentemente, os juízes tendem a fazer um uso estratégico dos modelos anteriormente descritos tendo em vista fins previamente escolhidos, ou seja, optam pragmaticamente pelo modelo mais adequado para a resolução do problema enfrentado no contexto decisório.

Além disso, não é possível afirmar que uma postura minimalista seja sempre a melhor a ser adotada em todos os casos constitucionais difíceis. Decisões ou manifestações judiciais perfeccionistas podem ser historicamente importantes para o reconhecimento de novos direitos ou, então, para a formulação de (re)interpretações socialmente criativas para direitos fundamentais já existentes⁶³⁷. Como importante exemplo, cabe mencionar a apreciação de medida cautelar na ADI 3300 DF, oportunidade na qual o Min. relator Celso de Mello, para além do objeto da ação,

⁶³⁶ Por exemplo, a Reclamação 4335 (Acre) que reinterpreto em termos de mutação constitucional o art. 52, X, da CF.

⁶³⁷ Este é o caso, por exemplo, de todas as decisões judiciais que tendem a (re)interpretar o conceito jurídico – e monolítico – de família adaptando-o à realidade social, na qual encontram-se presentes manifestações afetivas plurais que extravasam e fulminam, na terminologia de Ulrich Beck, o “conceito-zumbi” de entidade familiar inscrito no art. 226, § 3º, da Constituição Federal. Cf. RUTHERFORD, Jonathan. “Categorías zombis: entrevista com Ulrich Beck”. In: BECK, Ulrich. BECK-GERNSHEIN, Elisabeth. *La individualización: el individualismo institucionalizado y sus consecuencias sociales y políticas*. Traducción de Bernardo Moreno. Barcelona: Paidós, 2003, p. 339-355.

apontou a necessidade de se discutir, em sede de uma futura argüição de descumprimento de preceito fundamental, o tema das uniões estáveis homoafetivas e sua possível subsunção ao conceito de entidade familiar previsto no art. 226, § 3º, da CF, antecipando, ainda, o seu posicionamento em sentido favorável ao reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Neste sentido, assumindo uma postura perfeccionista, afirmou o ministro:

Não obstante as razões de ordem estritamente formal, que tornam insuscetível de conhecimento a presente ação direta, mas considerando a extrema importância jurídico-social da matéria (...), cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa *hermenêutica construtiva*, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto à *proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar*, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito e na esfera das relações sociais⁶³⁸.

A temática sobre a união estável homoafetiva foi novamente analisada no âmbito da ADI 4277 e da ADPF 132, oportunidade na qual foi discutida a equiparação da união estável homoafetiva à entidade familiar desde que preenchidos os requisitos semelhantes inscritos no art. 1723 do CC. Com relação à decisão unânime do STF, cabe destacar, em particular, as preocupações dos Min. Gilmar Mendes e Min. Cezar Peluso com os desdobramentos específicos e concretos do reconhecimento abstrato da equiparação (em um sentido amplo) entre as modalidades de união estável, assumindo uma preocupação minimalista⁶³⁹ a partir de votos que foram predominantemente perfeccionistas. Neste sentido, a Corte Suprema, em linhas gerais decidiu por um reconhecimento amplo e profundo (fundamentado de modo completo em princípios tais como dignidade humana, liberdade, igualdade e vedação de discriminação) da união estável homoafetiva à

⁶³⁸ Cf. decisão do Min. rel. Celso de Mello na ADI 3300 MC/DF, p. 02, grifo nosso, disponível em: <http://www.stf.jus.br>.

⁶³⁹ De acordo com o Min. Cezar Peluso: “estamos diante de um campo hipotético que em relação aos desdobramentos deste importante julgamento da Suprema Corte brasileira, nós não podemos examinar exaustivamente, por diversos motivos”. Conforme o ministro, os pedidos não o comportariam, além de que “sequer a nossa imaginação seria capaz de prever todas as consequências, todos os desdobramentos, todas as situações advindas do pronunciamento da Corte”. (Cf. Presidente do STF conclama Legislativo a colaborar com regulamentação da união estável homoafetiva. *Notícias do STF*. 5 de maio de 2011. Disponível em: www.stf.jus.br).

semelhança da união estável heterossexual e, em particular, o Min. Cezar Peluso e Min. Gilmar Mendes destacaram a virtude democrática – no sentido de estimular a participação do Poder Legislativo – desse posicionamento maximalista do tribunal⁶⁴⁰. Segundo o Min. Gilmar Mendes: “Pretender regular isso é exacerbar demais nossa vocação de legisladores positivos, com sério risco de descarrilarmos, produzindo lacunas”⁶⁴¹.

As relações entre perfeccionismo, minimalismo e ativismo judicial também não são tão simples. Há uma forte tendência do modelo minimalista de decisão judicial em contrapor-se aos ativismos contra-majoritário, de precedente e jurisdicional apontados por Marshall. Por outro lado, magistrados minimalistas podem reverter decisões perfeccionistas e, neste sentido, aproximar-se-iam do ativismo de precedente (*precedential activism*). O perfeccionismo judicial, assim como a sua versão neoconstitucional, ao defenderem uma leitura moralizante da Constituição e uma submissão integral da política ao Direito, tendem a se aproximar do ativismo contramajoritário e do ativismo jurisdicional, que instrumentaliza e legitima procedimentalmente o primeiro.

Já as relações entre perfeccionismo, minimalismo e democracia são, à primeira vista, mais claras. O minimalismo decisório tende a “levar a sério” as decisões dos órgãos eleitos democraticamente. Aproxima-se, assim, da “positividade democrática” mencionada pelo Min. Eros Grau no caso da inelegibilidade. O juiz minimalista, de um ponto de vista hermenêutico, não concebe o texto constitucional de um modo inflacionado ou maximalista, segundo o qual tudo estaria previsto pela Constituição, cabendo ao legislador ordinário apenas concretizar tarefas constitucionais pré-definidas por valores e princípios positivados ou não.

De um ponto de vista político, o minimalismo judicial acredita que é fundamental para as sociedades democráticas pluralistas a existência de um amplo espaço de liberdade – com a maior extensão possível – para a atuação criativa dos atores políticos no Poder Legislativo e da sociedade civil. O perfeccionismo,

⁶⁴⁰ Segundo o Min. Cezar Peluso: “Da decisão da Corte folga um espaço para o qual, penso eu, que tem que intervir o Poder Legislativo”. Neste sentido, o Poder Legislativo deve regulamentar as inúmeras situações concretas que foram criadas a partir do reconhecimento da equiparação pelo STF. (Cf. Presidente do STF conclama Legislativo a colaborar com regulamentação da união estável homoafetiva. *Notícias do STF*. 5 de maio de 2011. Disponível em: www.stf.jus.br).

⁶⁴¹ Cf. Sexto voto favorável à união homoafetiva é do ministro Gilmar Mendes. *Notícias do STF*. 5 de maio de 2011. Disponível em: www.stf.jus.br.

segundo os minimalistas, pode conduzir à paralisia da “imaginação institucional” e da “criatividade valorativa” cuja fonte principal encontra-se na sociedade civil concebida como um espaço público heterogêneo marcado, principalmente, pela crítica, pluralismo, publicidade e fluidez de seus atores e demandas.

Por último, o minimalismo judicial também tende a ser deferente com relação às decisões produzidas por órgãos legitimados por seu conhecimento técnico especializado. Neste sentido, destaca-se o posicionamento da Ministra Ellen Gracie em dois importantes casos difíceis – o da pesquisa científica com células-tronco embrionárias para fins terapêuticos⁶⁴² e o do amianto – nos quais afirmou não ser o STF uma “Academia de Ciências” para resolver, de uma vez por todas, questões científicas extremamente complexas e sem perspectiva de consenso nem dentro nem fora da comunidade científica.

⁶⁴² ADI 3510 DF.

5 CONCLUSÕES

Em nossas vidas e no Direito é possível afirmar que a razão é um bem escasso⁶⁴³. Nossas decisões cotidianas sobre os mais variados assuntos são racionalmente limitadas por inúmeras dificuldades: nosso conhecimento é especializado em alguns temas e, ao mesmo tempo, bastante superficial sobre outros, o tempo é escasso, alguns problemas enfrentados são complexos e a agregação de informações provenientes de muitas fontes revela-se difícil, o processamento dessas informações, o estabelecimento de relações, prioridades e valorações admite uma pluralidade de respostas, sem contar os obstáculos introduzidos pelo complicado equacionamento entre auto-interesse, concepções individuais e coletivas sobre o bem e ponto de vista imparcial e universalista preconizado pela moral. E, ainda, se agregarmos às dificuldades descritas uma concepção filosófica anti-realista acerca do conhecimento científico, perder-se-á, também, a realidade exterior em relação à qual todas as nossas escolhas, julgamentos e afirmações poderiam ser submetidos à prova.

Mesmo diante do desejo de se alcançar uma decisão razoável, de boa-fé, com atenção às particularidades empíricas e axiológicas relacionadas com a questão sob exame, duas ou mais pessoas racionais e razoáveis poderão chegar a uma situação de desacordo razoável, cuja fonte reside “nos muitos acasos envolvidos no correto (e consciencioso) exercício de nossas faculdades de raciocínio e julgamento no curso normal da vida política”⁶⁴⁴. A partir dessa constatação é possível afirmar, conforme Jeremy Waldron, a existência de duas circunstâncias fundamentais que definem a necessidade e o relevo da política: os desacordos mencionados não seriam importantes se não necessitássemos de coordenação entre as nossas ações individuais e, ainda, de um curso de ação coletiva para atingir certos fins sociais; ao mesmo tempo, a necessidade de ação coletiva não daria origem à política se não houvesse desacordos persistentes e sem perspectiva de consenso sobre qual ação coletiva escolher⁶⁴⁵. Surge, então, a necessidade e

⁶⁴³ Cf. VERMEULE, Adrian. *Law and the limits of reason*. New York: Oxford University Press, 2009, p. 01-24.

⁶⁴⁴ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. Dinah A. Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 99.

⁶⁴⁵ WALDRON, Jeremy. *Derechos y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 124.

urgência de um debate sobre o procedimento de decisão a ser escolhido. Nenhum procedimento decisório será perfeito. Seja um procedimento legislativo majoritário dotado de supremacia, seja um procedimento judicial de controle de constitucionalidade que represente a última palavra institucional sobre a discussão, ambos chegarão, em algumas oportunidades, a tomada de decisões erradas ou injustas.

Em face das considerações anteriores, procurou-se destacar o caráter complementar e indissociável da hermenêutica institucional, uma perspectiva interpretativa que leva em consideração as capacidades institucionais dos intérpretes em disputa e os reflexos de suas decisões sobre a atuação de outros atores institucionais e sociais. A análise institucional aproxima o debate excessivamente abstrato sobre a interpretação constitucional e a legitimação do controle judicial de constitucionalidade da realidade, ao destacar as limitações cognitivas, motivacionais, os custos de decisão, a possibilidade de erro, suas implicações sistêmicas e viabilidade de correção, a necessidade de previsibilidade e certeza, entre outros fatores.

Os fundamentos filosóficos de caráter construtivista do perfeccionismo judicial iluminam a compreensão do modelo de juiz como reformador social capaz de explicitar e harmonizar princípios implícitos em nossa prática constitucional em torno de uma concepção coerente de integridade personificada no ideal de uma comunidade de princípios. No Brasil e em outros países, os defensores desta perspectiva concebem o neoconstitucionalismo como a teoria que oferece a melhor justificação moral para a prática jurídica no âmbito de um Estado Constitucional e Democrático de Direito.

Com relação aos modelos de função judicial – o embate entre o juiz visionário e o magistrado como arquiteto institucional – foram apresentados os pressupostos filosóficos e políticos, limitações teóricas e práticas e seus respectivos contextos favoráveis de decisão. A escolha interpretativa pelo perfeccionismo, minimalismo racionalista, minimalismo tradicionalista, *trimming* ou formalismo é sempre definida em função do contexto decisório. Conforme Cass Sunstein, “a Constituição não estabelece as instruções para a sua própria interpretação”⁶⁴⁶.

⁶⁴⁶ SUNSTEIN, Cass. *A Constitution of many minds: why the founding document doesn't mean what it meant before*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2009a, p. x.

O conceito operacional de “contexto decisório” foi definido em um sentido mais amplo do que o de “caso concreto”, referindo-se, portanto, ao objeto de análise e decisão (por exemplo, uma lei – em regra, geral e abstrata – ou ato normativo estatal) e suas implicações abstratas (em relação ao sistema normativo, princípios e regras jurídicas) e concretas (com relação a situações hipotéticas específicas e implicações sistêmicas na economia, política, etc) para casos semelhantes no presente e no futuro. A dependência do contexto decisório não significa, todavia, uma adesão irrefletida ao relativismo ou ausência de critérios objetivos para a opção por um ou outro modelo de função judicial. Cass Sunstein, por diversas vezes, assevera que “o argumento para qualquer abordagem em particular dependerá, em parte, de um conjunto de julgamentos sobre capacidades institucionais”⁶⁴⁷. Neste sentido, ao longo dos capítulos, foram sistematizadas algumas orientações normativas sobre quais contextos decisórios tendem a favorecer o perfeccionismo⁶⁴⁸, o minimalismo (racionalista)⁶⁴⁹, o minimalismo tradicionalista⁶⁵⁰, o

⁶⁴⁷ SUNSTEIN, Cass. Second-order perfeccionism. *Public Law and Legal Theory Working Paper*, n. 144, dec. 2006c, p. 02.

⁶⁴⁸ Conforme visto no item 2. 6, os contextos decisórios favoráveis ao perfeccionismo são: (1.) Quando os juízes possuem razoável confiança – em função do conhecimento e experiência suficientes que possuem no caso em questão – nos méritos da decisão; (2.) Quando a solução em um sentido perfeccionista, com amplos e profundos efeitos prospectivos, for capaz de reduzir os custos da decisão em termos de incerteza normativa tanto para os tribunais inferiores quanto para os litigantes em casos semelhantes no futuro; (3.) Na hipótese em que o planejamento, a redução de riscos e de incertezas, por intermédio da adoção de uma decisão pormenorizada, for desejável para a estabilidade de expectativas normativas para a eficiente reprodução jurídica das relações econômicas, políticas e sociais; (4.) Quando uma abordagem maximalista promover objetivos democráticos por intermédio da confirmação dos pré-compromissos normativos inscritos no ideal de democracia deliberativa ou incentivar a regulamentação legislativa da decisão (por meio de princípios e regras mais claros, precisos e detalhados) pelos atores democraticamente eleitos; (5.) E, ainda, na hipótese em que a decisão perfeccionista estiver apoiada em jurisprudência dos tribunais inferiores ou em experiências institucionais ou normativas de sucesso (isto é, eficientes) construídas originalmente pelos entes federativos a nível estadual ou local.

⁶⁴⁹ Confira o final do item 3. 2 sobre os contextos de decisão favoráveis ao minimalismo judicial: (1.) Quando os juízes estão procedendo em um contexto decisório marcado por incertezas valorativas ou empíricas constitucionalmente relevantes ou sob circunstâncias (políticas, sociais, econômicas, científicas, etc) rapidamente cambiantes; (2.) Na hipótese em que o planejamento antecipado não seja absolutamente necessário para a reprodução de práticas jurídicas, econômicas e sociais que dependem fundamentalmente de certeza e expectativas claras compartilhadas; (3.) Quando as pré-condições normativas da democracia deliberativa não estão em jogo e os objetivos democráticos são apropriados para serem promovidos por decisões circunscritas (baseadas em regras); (4.) O minimalismo é especialmente forte em situações, áreas ou temas que envolvem controvérsia acentuada que se encontra em debate (justificado e efetivo) pelos órgãos democraticamente eleitos no momento da apreciação pelo Poder Judiciário; (5.) Na hipótese de casos jurídicos que se situam nas “fronteiras” do Direito Constitucional, isto é, casos absolutamente novos ou pouco freqüentes e que exigem respostas sobre as quais a Corte não possui confiança, familiaridade nem experiência com o tema, questão ou contexto da decisão.

⁶⁵⁰ De acordo com o item 3. 3, os contextos decisórios favoráveis ao minimalismo tradicionalista são: (1.) Na hipótese em que uma interpretação originalista (no contexto norte-americano) produzir consequências inaceitáveis em razão das transformações sociais e da resposta a tais mudanças através do estabelecimento de práticas sociais e institucionais tradicionais eficientes na atualidade; (2.) Quando práticas tradicionais (sobretudo institucionais) de longa data apresentam-se suficientemente dignas de confiança; (3.) Quando houver argumentos suficientes para justificar uma postura cética sobre as capacidades institucionais para elaboração de

*trimming*⁶⁵¹ e, em linhas mais gerais, o formalismo⁶⁵² tal como compreendido por Sunstein, Vermeule e Schauer. As orientações mencionadas constituem uma tentativa de sistematização doutrinária de parâmetros normativos para a utilização justificada de cada uma das abordagens interpretativas. É possível, ainda, fundamentar uma prioridade de caráter relativo entre as distintas abordagens hermenêuticas com suporte em considerações adicionais acerca dos diferentes contextos de decisão. Considerações sobre polarização, cascatas sociais e diversidade são importantes para a definição de novas orientações normativas sobre a utilização dos modelos interpretativos.

Cass Sunstein progressivamente tem caminhado, em sua vasta obra teórica, de uma concepção mais abstrata de validade do minimalismo judicial como teoria geral de legitimação do *judicial review*, com fundamento em pressupostos normativos derivados do ideal de democracia deliberativa, para uma defesa cada vez mais contingente e contextual da utilização de cada perspectiva interpretativa anteriormente estudada. James Flemming identificou, em importante artigo, esse processo de “redução” das pretensões normativas do minimalismo judicial e da democracia deliberativa na obra de Sunstein⁶⁵³.

Em estudos recentes, Cass Sunstein tem procurado desmistificar o excessivo idealismo presente nas diferentes teorias da democracia deliberativa. Por exemplo, a partir de pesquisas empíricas, o autor elaborou a seguinte tese: “quando as pessoas se encontram em grupos de tipos que pensam de modo semelhante, ficam particularmente propensas a se mover para os extremos”⁶⁵⁴. Este fenômeno é conhecido como “polarização” que, por sua vez, caracteriza um padrão típico em grupos deliberativos⁶⁵⁵.

teorias ou adoção de decisões amplas e profundas – como arquitetos institucionais – por parte dos magistrados e tribunais.

⁶⁵¹ Cf. item 3. 3 da tese.

⁶⁵² Cf. item 1. 2 da tese.

⁶⁵³ FLEMMING, J. E. The incredible shrinking constitutional theory: from the partial constitution to the minimal constitution. *Fordham Law Review*, v. 75, p. 2885-2920, 2007.

⁶⁵⁴ SUNSTEIN, Cass. *A era do radicalismo*: entenda por que as pessoas se tornam extremistas. Trad. Luciene Guimarães. São Paulo: Campus, p. 04.

⁶⁵⁵ SUNSTEIN, Cass. *A era do radicalismo*: entenda por que as pessoas se tornam extremistas. Trad. Luciene Guimarães. São Paulo: Campus, p. 05.

A racionalidade da deliberação também pode ser limitada pela ocorrência de “cascatas sociais”, ou seja, “quando crenças e perspectivas se espalham de uma pessoa para outra a ponto de muitas pessoas se basearem não no que sabem de verdade, mas naquilo que (elas pensam que) outras pessoas pensam”⁶⁵⁶. O Teorema do Júri de Condorcet – que sugere que grupos maiores podem muitas vezes ser mais sensatos do que indivíduos ou grupos menores – também possui sérias limitações. Em primeiro lugar, suponhamos que há maior probabilidade de cada membro do grupo estar errado. Nesse caso, a probabilidade de a maioria do grupo decidir no sentido correto aproxima-se de zero à medida que o grupo aumenta⁶⁵⁷. Os erros de avaliação e decisão podem ser provenientes de preconceitos, insuficiência de informações ou, ainda, da presença de cascatas informacionais. Deste modo, argumenta Sunstein:

Mas não tenho a intenção de desafiar as concepções deliberativas da democracia aqui ou sugerir que empresas, famílias, organizações religiosas e sindicatos devam fazer uma contagem de opiniões. Apenas sugere que precisamos especificar a ideia de deliberação, em vez de celebrá-la como tal. Um sistema de deliberação tem chance de funcionar bem se incluir pessoas diversificadas – ou seja, se tem um grau de diversidade em termos de abordagens, informação e posições. A diversidade cognitiva é crucial para o sucesso da democracia deliberativa e seus análogos no setor privado.⁶⁵⁸

A diversidade é fundamental tanto para a deliberação democrática quanto para a deliberação judicial. Em um contexto de incerteza, a heterogeneidade de perspectivas, contribuições e informações possui um “efeito moderador”, evitando, assim, posturas extremas como o risco da “amplificação ideológica”, ou seja, a tendência ideológica dos juízes, em casos ideologicamente controvertidos, provavelmente será ampliada se estiver acompanhado de juízes ideologicamente semelhantes⁶⁵⁹.

Adrian Vermeule, diante das limitações da razão, defende uma superioridade epistêmica do Poder Legislativo em comparação com o Judiciário, o que não conduz

⁶⁵⁶ SUNSTEIN, Cass. *A era do radicalismo*: entenda por que as pessoas se tornam extremistas. Trad. Luciene Guimarães. São Paulo: Campus, p. 78.

⁶⁵⁷ SUNSTEIN, Cass. *A era do radicalismo*: entenda por que as pessoas se tornam extremistas. Trad. Luciene Guimarães. São Paulo: Campus, p. 126 et seq.

⁶⁵⁸ SUNSTEIN, Cass. *A era do radicalismo*: entenda por que as pessoas se tornam extremistas. Trad. Luciene Guimarães. São Paulo: Campus, p. 127.

⁶⁵⁹ SUNSTEIN, Cass. *Are judges political? An empirical analysis of the Federal Judiciary*. Washington: Brookings Institution Press, 2006, p. 08 et seq.

à afirmação de que as decisões do Poder Legislativo sempre serão corretas ou justas. O Legislativo é, ao mesmo tempo, composto por um grupo maior, mais representativo e diversificado. A diversidade pode ser vislumbrada, por exemplo, na composição profissional das legislaturas, reduzindo “pensamentos de grupo” que podem conduzir a decisões erradas; a representatividade – independentemente de seu caráter efetivo ou ideal – promove uma agregação de informações e contribuições provenientes de diferentes locais, valores sociais e preferências individuais e coletivas; o maior número potencializa a diversidade e a pluralidade cognitiva presentes em seu interior⁶⁶⁰.

Defensores de uma perspectiva favorável à supremacia judicial têm destacado a relevância das audiências públicas, participação de terceiros interessados e *amici curiae*⁶⁶¹ para superar os problemas da homogeneidade e da limitação institucional do Poder Judiciário no sentido de agregar e processar informações provenientes de diferentes fontes de conhecimento, sobretudo extra-jurídicas. De acordo com Damares Medina, “quanto maior a informação, menor a incerteza, e quanto menor a incerteza, maior a segurança no processo de tomada de decisão. Essa formulação coloca no centro da reflexão o papel das informações no processo de decisão”⁶⁶².

É importante distinguir as diferentes interpretações existentes sobre a atuação do *amicus curiae* em relação ao processo judicial: em primeiro lugar, há uma compreensão do *amicus* como uma espécie de terceiro imparcial, dotado de neutralidade, que ingressa no âmbito do processo para oferecer ajuda especializada à Corte ou defender um interesse institucional; em segundo, em especial nos Estados Unidos, diversos juristas e cientistas políticos têm apontado o seu papel efetivo como instrumento adicional de defesa dos interesses de uma das partes no litígio, assumindo, portanto, uma atividade de *lobby* no sentido de influenciar, de

⁶⁶⁰ VERMEULE, Adrian. *Law and the limits of reason*. New York: Oxford University Press, 2009, p. 11 et seq.

⁶⁶¹ Damares Medina destaca a contribuição em termos de informação por parte do *amicus curiae*: “O *amicus curiae* é um terceiro que intervém em um processo, do qual ele não é parte, para oferecer à corte sua perspectiva singular acerca da questão constitucional controvertida. Além disso, ele pode apresentar informações técnicas acerca de questões complexas cujo domínio ultrapasse o campo legal. Por fim, mas não menos importante, o *amicus* pode atuar na defesa de interesses de grupos por ele representados no caso de serem, direta ou indiretamente, afetados pela decisão a ser tomada” (Cf. MEDINA, Damares. *Amicus Curiae: amigo da Corte ou da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 47).

⁶⁶² MEDINA, Damares. *Amicus Curiae: amigo da Corte ou da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 157.

modo mais intenso, próximo e a um custo mais acessível, as decisões do tribunal⁶⁶³. Além disso, em muitos casos, há uma duplicação ou redundância de informações, perspectivas e contribuições trazidas pelo *amicus curiae* que originalmente foram introduzidas pelas partes ou atores legitimados a participar no âmbito do processo⁶⁶⁴. Essas questões problematizam a natureza (neutralidade, imparcialidade ou não) e a qualidade (redundância) das informações trazidas ao processo pelo *amicus* – que podem ser ampliadas para o caso das audiências públicas – e que acabam por fragilizar o argumento da supremacia judicial.

Em face do caráter fortemente contramajoritário de nosso sistema político-jurídico, resta um espaço muito reduzido para o desenvolvimento de estratégias de diálogo institucional. Basicamente, os mecanismos e estratégias de diálogo institucional dependem de um “altruísmo hermenêutico” por parte do Judiciário em um contexto de desequilíbrio em relação aos demais poderes estatais. O minimalismo revela-se uma importante estratégia para a construção de um constitucionalismo dialógico e cooperativo em um sistema político-jurídico caracterizado pela constitucionalização abrangente, judicialização da política e ativismo jurisdicional. A via interpretativa, apesar de conferir superioridade epistêmica e institucional ao Judiciário, representa um importante meio para a efetivação do diálogo institucional.

Diante do exposto, cabe sistematizar novas orientações normativas para a opção por um dos modelos de função judicial estudados. Neste sentido, primeiramente, podemos apontar algumas orientações normativas genéricas referentes à história recente e ao funcionamento político, jurídico e social das instituições de uma determinada sociedade. Com apoio nas pressuposições formuladas por Waldron – sem, todavia, se filiar ao modelo majoritário defendido pelo autor – é possível afirmar que diante da existência de instituições democráticas em condições razoáveis de funcionamento (pressuposição n. 1) e do comprometimento dos membros da sociedade e autoridades com os direitos fundamentais (pressuposição n. 2) deve ser concedida prioridade ao modelo

⁶⁶³ MEDINA, Damares. *Amicus Curiae: amigo da Corte ou da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 36 et seq.

⁶⁶⁴ MEDINA, Damares. *Amicus Curiae: amigo da Corte ou da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 157 et seq.

minimalista de decisão judicial no tocante ao controle de constitucionalidade de leis que versarem sobre temas complexos e controvertidos⁶⁶⁵.

Em segundo lugar, apesar de presentes as pressuposições 1 e 2, o perfeccionismo será o modelo mais adequado, em linhas gerais, para o contexto decisório no qual se verificar o debate sobre a recepção ou a interpretação conforme à nova Constituição de leis promulgadas em períodos históricos autoritários (relativamente recentes) anteriores ao sistema constitucional e democrático em vigência. Neste sentido, uma postura perfeccionista⁶⁶⁶ revelar-se-á fundamental para a construção, explicitação e consolidação dos valores constitucionais e democráticos indispensáveis para a institucionalização do novo regime político⁶⁶⁷.

Em terceiro lugar, uma vez presentes as pressuposições 1 e 2, quanto maior o grau de consenso no interior do Legislativo e fora de seu âmbito (por exemplo, uma lei proveniente de iniciativa popular) obtido por uma lei, maior a força de sua presunção de constitucionalidade (inclusive por razões epistêmicas) e menor o espaço para considerações perfeccionistas, amplas e profundas, em rejeição ou revisão das interpretações, escolhas e decisões do Poder Legislativo, ou seja, menor o espaço para o exercício do ativismo judicial.

Em quarto lugar, na ausência da pressuposição n. 1 – na hipótese de restrições de direitos políticos (por exemplo, liberdade de expressão, manifestação, associação, reunião e voto) como medida majoritária para o bloqueio de eventuais mudanças políticas (conforme a teoria de John Hart Ely) e da pressuposição n. 2 – quando uma lei que restringe direitos de um grupo social tradicionalmente alvo de discriminação e que impede o exercício de sua autonomia deliberativa, ou seja, atuar em plenitude nos diversos setores da vida social e política – o magistrado poderá (e deverá) decidir em um sentido ativista, declarando a inconstitucionalidade, portanto, da referida lei ou ato normativo estatal.

⁶⁶⁵ WALDRON, Jeremy. *A essência da oposição ao judicial review*. In: BIGONHA, A. C. MOREIRA, L. (Orgs.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 106.

⁶⁶⁶ É justamente o caso do julgamento da ADPF 153 (caso da lei de anistia). Entretanto, neste caso, os ministros citados no item 4.2.5 desta tese que recorreram ao perfeccionismo, erraram em suas considerações amplas e profundas de teor histórico sobre o nosso passado autoritário; o Min. Ricardo Levandowski, que seguiu uma postura minimalista, acertou no sentido da ratificação de nossos compromissos democráticos e constitucionais mais importantes, porém restou vencido.

⁶⁶⁷ Orientação inspirada nas reflexões de Victor Ferreres Comella sobre os diferentes graus de presunção de constitucionalidade das leis. Cf. COMELLA, Victor Ferreres. *Justicia constitucional y democracia*. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2007, p. 203 et seq.

Entretanto, a declaração de inconstitucionalidade poderá ser justificada em termos minimalistas ou perfeccionistas a depender do contexto decisório e das demais orientações específicas para cada modelo de função judicial. Não é preconizada aqui uma perspectiva redentora do Poder Judiciário, já que “tudo depende de saber se as maiorias judiciais estão infectadas pelos mesmos preconceitos das maiorias legislativas [e da população em geral]”⁶⁶⁸. Nestes casos, o Poder Judiciário pode acertar⁶⁶⁹, mas também pode errar.

Por fim, deve ser destacada a importância do estabelecimento e da sistematização de parâmetros normativos para a atuação do Poder Judiciário, destinados à limitação do ativismo judicial e à redução dos efeitos produzidos pelo fenômeno da judicialização da política. Procurou-se, assim, investigar, mapear e problematizar diferentes modelos de função judicial, suas distintas implicações em termos dialógicos para as relações entre os poderes estatais e possíveis contribuições para a construção de um constitucionalismo cooperativo capaz de contrabalançar a força das doutrinas jurídicas e práticas institucionais que correlacionam, de modo acrítico, a proteção dos direitos fundamentais e da democracia com a necessidade de supremacia judicial.

⁶⁶⁸ WALDRON, Jeremy. *A essência da oposição ao judicial review*. In: BIGONHA, A. C. MOREIRA, L. (Orgs.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 155.

⁶⁶⁹ Como de fato acertou no recente caso da união estável homoafetiva (ADI 4277 e da ADPF 132).

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do Direito Constitucional*. Tradução de Mauro R. de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ACKERMAN, Bruce. ROSENKRANTZ, Carlos F. Tres concepciones de la democracia constitucional. In: ACKERMAN, Bruce *et al. Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 15-31.

ALEXY, Robert. *El concepto y la naturaleza del derecho*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2008.

_____. Ponderación, control de constitucionalidad y representación. In: ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. México: Distribuciones Fontamara, 2005a. p. 89-103.

_____. *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. México: Distribuciones Fontamara, 2005b.

_____. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, nº 217, p. 55-66, 1999.

ARANGO, Rodolfo. *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia, 2004.

ARANTES, Rogério Bastos. “Judiciário: entre a Justiça e a Política”. In: AVELAR, Lúcia. CINTRA, Antônio Octávio (Orgs.). *Sistema político brasileiro: uma introdução*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung; São Paulo: Fundação Unesp Ed., 2004, p. 79-108.

ATIENZA, Manuel. *Cuestiones judiciales*. México: Distribuciones Fontamara, 2001.

BADINTER, Robert. BREYER, Stephen (Eds.). *Judges in contemporary democracy*. New York: New York University Press, 2004.

BARAK, Aharon. A judge on judging: the role of a Supreme Court in a democracy. *Harvard Law Review*, v. 116, p. 133-136, 2002.

BARBOZA, E. M. Q. *Jurisdição Constitucional: entre o constitucionalismo e a democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008a.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 22 de dezembro de 2008b. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/static/text/72894,1>>. Acesso em: 06 jan. 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *RDA*, v. 240, abr./jun. 2005.

BATEUP, C. The Dialogic promise: assessing the normative potential of theories constitutional dialogue. *Brooklin Law Review*, v. 71, p. 1109-1180, 2006.

BATHAEE, Yavar. Incompletely theorized agreements: an unworkable theory of judicial modesty. *Fordham Urb. L. J.*, v. 34, p. 1457-1488, 2007.

BAUMAN, R. W. KAHANA, T (Ed.). *The least examined Branch: the role of legislatures in the Constitutional State*. New York: Cambridge University Press, 2006.

BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BIGONHA, A. C. A.; MOREIRA, L. (Orgs.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2009.

_____. *Limites do Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2009.

BINEMBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BLACK, Julia. Procedimentalizando a regulação: parte I. In: MATTOS, Paulo Todescan L. (Coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate europeu*. São Paulo: Singular, 2006a. p. 141-166.

_____. Procedimentalizando a regulação: parte II. In: MATTOS, Paulo Todescan L. (Coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate europeu*. São Paulo: Singular, 2006b. p.166-203.

BONAVIDES, P. *A constituição Aberta: Temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Curso de direito constitucional*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BROWN, Wendy. WILLIAMS, Patrícia. *La crítica de los derechos*. Traducción de Isabel Christina Jaramillo. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Instituto Pensar, Universidad de los Andes – Facultad de Derecho, 2003.

CANOTILHO, J. J. G.. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Livraria Almedina: Coimbra, 2003.

CAPPELLETTI, M. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, 23, 2004, p. 115-126.

CASTRO, Marcos Faro. O STF e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 34, p. 147-156, junho de 1997.

COELHO, Vera S. P. NOBRE, Marcos (Orgs.). *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Ed. 34, 2004.

COMELLAS, Víctor Ferreres. *Justicia constitucional y democracia*. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2007.

COOKE, Maeve. Five arguments for deliberative democracy. *Political Studies*, Oxford, v. 48, p. 947-969, 2000.

COUTINHO, D. VOJVODIC, A. M. (Coords.) *Jurisprudência constitucional: como decide o SFT?* São Paulo: Malheiros, 2009.

COVER, Robert. *Derecho, narración y violencia: poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial*. Traducción de Christian Courtis. Barcelona: Gedisa, 2002.

CRUZ, Luis M. *La constitución como orden de valores: problemas jurídicos y políticos. Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo*. Granada: Editorial Comares, 2005.

DIMOULIS, Dimitri. DUARTE, Écio Oto. *Teoria do Direito Neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008.

DIXON, Rosalind. The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue, and Deference. *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 47, 2009.

_____. Creating dialogue about socioeconomic rights: strong-form versus weak-form judicial review revisited. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 5, n. 3, p. 391-418, 2007.

DWORKIN, Ronald. *The Supreme Court Phalanx: the Court's new right-wing bloc*. New York: New York Review Books, 2008.

_____. *Justice in robes*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006a.

_____. *O direito da liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo B. Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006b.

_____. *O império do Direito*. Tradução de J. L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes: 2003.

_____. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *Bill of Rights for Britain: why British liberty needs protection*. London: Chatto & Windus, 1991.

EISENBERG, José. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 43-61.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1980.

ELSTER, Jon. *Ulises desatado: estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*. Traducción de Jordi Mundó. Barcelona: Gedisa, 2002.

_____. (Comp.). *La democracia deliberativa*. Traducción de J. M. Lebrón. Barcelona: Gedisa, 2001.

ELSTER, Jon. SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalismo y democracia*. Traducción de M. U. Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito: o Poder Judiciário em face dos novos movimentos sociais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

FAVOREU, L. *As cortes constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004.

FISS, Owen. The perils of minimalism. *Theoretical Inquiries in Law*, v. 09, n. 2, p. 643-664, 2008.

FLEMMING, J. E. The incredible shrinking constitutional theory: from the partial constitution to the minimal constitution. *Fordham Law Review*, v. 75, p. 2885-2920, 2007.

_____. *Securing constitutional democracy: the case of autonomy*. Chicago: University of Chicago Press, 2006.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução de Maria Luíza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GARDBAUM, Stephen. The new commonwealth model of constitutionalism. *American journal of comparative law*, v. 49, n. 4, 2001. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=302401 Acesso em: 15/03/2010.

GARGARELLA, Roberto. La dificultad de defender el control judicial de las leyes. In: VÁZQUEZ, Rodolfo (Comp.). *Interpretación y decisión judicial*. Mexico: Distribuciones Fontamara, 1998. p. 215-233.

_____. *La justicia frente al gobierno: sobre el caracter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Editorial Ariel, 1996.

_____. *El nacimiento del constitucionalismo popular: sobre The People Themselves*, de Larry Kramer. Mimeo.

GOODIN, Robert. *The theory of institutional design*. Cambridge University Press, 1996.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2v.

HALL, Peter A. TAYLOR, Rosemary C. R. As três versões do neo-institucionalismo. *Lua Nova*, n. 58, p. 193-224, 2003.

HART, Herbert. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HEISE, Michael. Preliminary thoughts on the virtues of passive dialogue. Mimeo.

HIEBERT, Janet L. *Limiting rights: the dilemma of judicial review*. Montreal: McGill-Queen's University Press, 1996.

_____. *Charter conflicts: what is Parliament's role?* Montreal: McGill-Queen's University Press, 2002.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2007.

_____. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. *Fordham Law Review*, v. 75, p. 721-754, 2006.

KELBLEY, Charles A. Privacy, minimalism and perfectionism. *Fordham Law Review*, v. 75, p. 2951-2971, 2007.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução de A. Krug et al. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LINARES, S. El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas. In: *Revista Mexicana de Sociología*, v. 70, n. 3, 2008.

_____. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

MALLEN, Jorge *et al.* (Comp.). *La función judicial: ética y democracia*. Barcelona: Gedisa, 2003.

MANFREDI, Christopher P. *Judicial power and the Charter: Canada and the paradox of liberal constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

MANFREDI, Christopher. P; KELLY, James B. *Contested constitutionalism: reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Vancouver: University of British Columbia Press, 2009.

MARSHALL, William. Conservatism and the seven sins of judicial activism. *University of Colorado Law Review*, 2002. Acessado em 30 de novembro de 2008 in: <http://ssrn.com/abstract_id=330266>.

MAUS, Ingeborg. *O Direito e a política: teoria da democracia*. Tradução de E. Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". *Novos Estudos CEBRAP*, nº 58, p. 183-202, nov. 2000.

MCCARTHY, Thomas. Constructivismo y reconstructivismo kantianos: Rawls y Habermas en diálogo. In: GINBERNAT, José Antônio (Ed.). *La filosofía moral y política de Jürgen Habermas*. Madrid: Biblioteca Nueva, 1997. p. 35-61.

MELLO, Patrícia P. Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do Direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Universidade de São Paulo, 2008.

_____. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. 4. tir. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato das normas no Brasil e na Alemanha*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Controle de Constitucionalidade: aspectos políticos e jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MENDES, G. F. COELHO, I. M. BRANCO, P. G. G. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MILDENBERGER, Joshua. Waldron, Waluchow and the merits of constitutionalism. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 29, No. 1, p. 71–90, 2009.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. A teoria constitucional e seus lugares específicos: notas sobre o aporte reconstrutivo. *RDE – Revista de Direito do Estado*, Ano 1, nº 1, p. 89-104, jan./mar.2006.

_____. A interpretação constitucional contemporânea entre o construtivismo e o pragmatismo. In: MAIA, Antônio C. *et al* (Orgs.). *Perspectivas atuais da filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 475-497.

NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.

_____. *Derecho, moral y política: una revisión de la teoría general del derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, S. A., 1994.

_____. Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad. In: ACKERMAN, Bruce *et al*. *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 97-137.

_____. La filosofía del control judicial de constitucionalidad. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 4, p. 79-89, set./dez. 1989a.

_____. *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. 2ª edición. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989b.

_____. *El constructivismo ético*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989c.

OLIVEIRA, Nythamar de. *Rawls*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

PETTIT, Philip. Three conceptions of democratic control. *Constellations*, v. 15, n. 1, p. 46-56, 2008.

PICKERILL, J. Mitchell. *Constitutional deliberation in Congress: the impact of judicial review in a separated system*. Durham, NC: Duke University Press, 2004.

POSNER, Richard. *Law, pragmatism and democracy*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2005.

_____. Reply: the institutional dimension of statutory and constitutional interpretation. *Michigan Law Review*, v. 101, p. 952-966, 2003.

_____. *Overcoming Law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995.

POWELL, Walter W. DIMAGGIO, Paul J. (Comp.). *El nuevo institucionalismo en el análisis organizacional*. Traducción de Roberto. R. R. Mazzoni. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999.

QUEIRÓZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

RAWLS, John. *Justiça e democracia*. Tradução de Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000a.

_____. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2ª edição. São Paulo: Editora Ática, 2000b.

REVISTA JURÍDICA DA FACULDADE NACIONAL DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, v. 1, n. 3, dez. 2008. 172 p.

ROACH, Kent. Dialogue or defiance: Legislative reversals of Supreme Court decisions in Canada and the United States. *International Journal of Constitutional Law*, v. 4, n. 2, p. 347-370, Apr. 2006.

_____. *The Supreme Court on trial: judicial activism or democratic dialogue*. Toronto: Irwin Law, 2001.

ROOSEVELT, Kermit. *The myth of judicial activism: making sense of Supreme Court decisions*. New Haven and London: Yale University Press, 2006.

SANDLER, Ross. SCHOENBROD, David. *Democracy by decree: when happens when Courts run government*. New Haven: Yale University Press, 2003.

SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHWABE, Jürgen. *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Traducción de Marcela Anzola Gil. Montevideo: Konrad-Adenauer; Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.

SUNSTEIN, Cass. *A Constitution of many minds: why the founding document doesn't mean what it meant before*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2009a.

_____. *A constituição parcial*. Tradução de M. T. Martins e R. Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2009b.

_____. Trimming. *Harvard Law Review*, v. 122, n. 4, p. 1052-1094, feb. 2009c.

_____. Beyond judicial minimalism. *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, n. 432, p. 01-25, 2008.

_____. Acordos constitucionais sem teorias constitucionais. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, p. 79-94, set./dez. 2007a.

_____. On avoiding foundational questions: a reply to Andrew Coan. *Stanford Law Review*, v. 60, p. 241-246, 2007b.

_____. *Are judges political? An empirical analysis of the Federal Judiciary*. Washington, D.C.: Brookings Institution Press, 2007c.

_____. Problems with minimalism. *Stanford Law Review*, v. 58, p.1899-1918, 2006a.

_____. Burkean minimalism. *Michigan Law Review*, Michigan, v. 105, p. 353-408, nov. 2006b.

_____. Second-order perfeccionism. *Public Law and Legal Theory Working Paper*, n. 144, p. 01-25, dec. 2006c.

_____. Testing minimalism: a reply. *Michigan Law Review*, v. 104, p. 129-135, oct. 2005a.

_____. *Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005b.

_____. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2001a.

_____. *Designing democracy: what Constitutions do?* New York: Oxford University Press, 2001b.

_____. Deliberative trouble: why groups go to extremes? *The Yale Law Journal*, v. 110, p. 110-159, oct. 2000.

_____. Must formalism be defended empirically? *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, n. 70, p. 01-43, 1999a.

_____. The Law of group polarization. *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, n. 91, p. 01-38, 1999b.

_____. *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, Mass.: Harvard University Press, 2001. Resenha de: BYBEE, Keith. *Law & Society Review*, v. 35, n. 04, p. 943-961, 2001.

SUNSTEIN, Cass. One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2001. Resenha de: GALDINO, Flávio. *Arquivos de Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, v. 2, p. 173-215, 2000.

SUNSTEIN, Cass *et al.* Predictably incoherent arguments. *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, n. 131, p. 01-72, 2001.

SUNSTEIN, Cass. POSNER, Eric. On learning from others. *Stanford Law Review*, v. 59, n. 5, p. 1309-1322, 2007.

SUNSTEIN, C. VERMEULE, A. Interpretative theory in its infancy: a reply to Posner. *Michigan Law Review*, v. 101, p. 972-977, 2003.

_____. A. Interpretation and institutions. *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, Chicago, nº 28, p. 01-55, 2002. Disponível em: <<http://law.uchicago.edu/academics/publiclaw/index.html>>. Acesso em: 20 mar. 2009.

STEINMO, Sven. The new institutionalism. In: CLARK, Barry. FOWERAKER, Joe (eds.). *The encyclopedia of democratic thought*. London: Routledge, 2001.

SWEET, Alec Stone. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. New York: Oxford University Press, 2000.

TATE, C. N., VALLINDER, T. (Ed.). *The global expansion of Judicial Power*. Nova York: Nova York University Press, 1997.

THAYER, James B. The origin and scope of the american doctrine of constitutional Law. *Harvard Law Review*, v. 7, n. 3, 1893.

THÉRET, Bruno. As instituições entre as estruturas e as ações. *Lua Nova*, n. 58, p. 225-255, 2003.

TREMBLAY, Luc B. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 3, n. 4, p. 617-648, 2005.

TRIBE, Lawrence. DORF, Michael. *Hermenêutica constitucional*. Tradução de A. S. Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

TROPER, Michel. La máquina y la norma: dos modelos de constitución. *DOXA*, v. 22, p. 331-347, 1999.

TUSHNET, Mark (Ed). *I dissent: great opposing opinions in landmark Supreme Court cases*. Boston: Beacon Press, 2008.

_____. Weak-form judicial review and “core” civil rights. *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, v. 41, p. 01-22, 2006.

_____. Democracy versus judicial review. *Dissent*, v. 41, 2005.

_____. Alternative forms of judicial review. *Michigan Law Review*, v. 101, p. 2781-2802, 2003.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1999.

VALLE, V. L. (Coord.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2010.

VERMEULE, Adrian. *Mechanisms of democracy: institutional design writ small*. New York: Oxford University Press, 2007.

_____. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006.

VIANNA, Luiz W. *et al. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia: vícios e virtudes republicanas. *Jornal O Valor*, 06/11/2007.

_____. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

VILA, Marisa Iglesias. *El problema de la discreción judicial: una aproximación al conocimiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

VILLA, Vittorio. *Costruttivismo e teorie del diritto*, Turino: Ed. Giappichelli, 1999.

_____. Constructivismo y teoría del derecho. *DOXA*, n. 22, p. 285-302, 1999.

WALDRON, Jeremy. Judges as moral reasoners. *I CON*, v. 7, n. 1, p. 02-24, 2009a.

_____. Refining the question about judge's moral capacity. *I CON*, v. 7, n. 1, p. 69-82, 2009b.

_____. The concept and rule of Law. *Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper*, n. 08-50, p. 01-67, 2008.

_____. *Los derechos em conflicto*. Traducción de A. U. Maldonado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

_____. The core of the case against Judicial Review. *Yale Law Journal*, vol. 115, 2006.

_____. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

WALUCHOW, W. J. *A Common Law theory of judicial review: the living tree*. New York: Cambridge University Press, 2007.

WHITTINGTON, Keith E. *Political foundations of judicial supremacy: the Presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in U. S. history*. New Jersey: Princeton University Press, 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Principios y votos: el Tribunal Constitucional y la política*. Traducción de M. M. Neira. Madrid: Minma Trotta, 2008.

ZURN, Christopher F. *Deliberative democracy and the institutions of judicial review*. New York: Cambridge University Press, 2007.

_____. Deliberative democracy and constitutional review. *Law and Philosophy*, v. 21, n. 4-5, p. 467-542, jul. 2002.