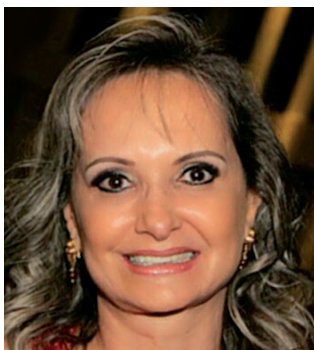


Minimalismo judicial: conceitos e reflexões



Eliana Borges de Mello Marcelo

Juíza Federal. Mestranda em Direito pela PUC/SP.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Características do minimalismo. 3. O que é minimalismo. 4. Categorias de minimalismo. 5. Exemplos de decisões minimalistas e maximalistas. 6. Constitucionalismo democrático e o minimalismo judicial. 7. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. Introdução.

O presente trabalho não tem, nem de longe, a intenção de ser uma pesquisa completa sobre o tema de minimalismo judicial. Ele consiste apenas em resultado da análise e resumo do estudo de alguns interessantes artigos sobre o assunto, contendo posições de seus autores e, algumas vezes, acrescido de opiniões próprias concernentes à realidade brasileira.

Diga-se de passagem, que o minimalismo trata-se de uma teoria desenvolvida nos Estados Unidos da América e defendida veementemente por Cass R. Sunstein, professor de Direito da Universidade de Harvard, ex-professor da Faculdade de Direito de Chicago e autor de muitos artigos sobre direito constitucional, direito administrativo e direito ambiental.¹ Suas ideias são reconhecidas

como inovadoras e proficientes nos meios acadêmicos norte-americano e europeu, embora não muito conhecidas no Brasil.² Não seria verídico afirmar que o minimalismo judicial é uma “invenção” do Professor Sunstein, já que, na prática, ele tem sido usado nos meios acadêmicos e jurídicos americanos, embora sem essa denominação, desde 1893, através de artigo escrito pelo Professor James Bradley Thayer.³ Em 1905, com o Juiz Holmes, da

courts are wrong for America” (2005), “Burkean minimalism” (105 Michigan Law Review, p. 353, 2006), “Incompletely theorizes agreements” (108 Harvard Law Review, p. 1733, 1995), “Problems with rules” (83 Calif. Law Review, p. 953, 1995), “Second - order perfectionism” (75 Fordham Law Review, p. 2867, 2007), “Leaving things undecided” (110 Harvard Law Review, p. 4, 1996).

- 2 DESTRI, Michelle Denise Durieux Lopes. *Minimalismo judicial: alternativa democrática de atuação do poder judiciário em uma sociedade pluralista a partir da perspectiva de Cass R. Sunstein*. Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009, p. 14.
- 3 John David Ohlendorf mencionando artigo de David Luban “Justice holmes and the metaphysics of judicial restraint” (1994), no qual cita o artigo de James Bradley

1 Dentre os trabalhos publicados por Sunstein destacamos: “One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court” (1999), “Radical in Robes: why extreme right - wing

Suprema Corte, esse conceito tomou corpo, ao batalhar contra a doutrina do “due process” econômico e dos excessos da Corte conservadora, sendo seguido pelo Juiz Brandeis que, em 1936, aplicou a tática minimalista ao caso *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*. Em 1992, o Professor Alexander Bickel aprofundou e expandiu o argumento de restrição à atuação da Corte, em seu livro “The least dangerous branch”. De acordo com o próprio Sunstein (em “The smallest court”), o credo minimalista foi estabelecido pelo Juiz Felix Frankfurter, em 1943, num caso de detenção de três homens obrigados a confessar o assassinato de um agente federal, sem poder exercer seus direitos de defesa.⁴ Com base nesses antecedentes o Professor Sunstein, acrescentando novas ideias, conseguiu teorizar, de forma profunda, esse tema bastante atual e palpitante.

Em contraposição ao Professor Sunstein, há outros pensamentos diametralmente opostos, como é o caso de Robert Post e Reva Siegel, professores da Yale Law School, de Neil S. Siegel, professor de ciência legal e política da Duke University, e de John David Ohlendorf,⁵ cujos principais pontos serão aqui abordados, embora superficialmente.

O principal objetivo deste estudo é demonstrar com clareza o que é realmente o minimalismo, segundo algumas interpretações, seus meandros e subdivisões, sua aplicabilidade e consequências, utilizando

exemplos de casos concretos para melhor compreensão do tema. Embora se trate de uma teoria ou doutrina americana, onde a cultura e tradições são muito diferentes da brasileira, tentaremos, ao final, associar casos relativos à nossa realidade.

Cabe ainda enfatizar que a teoria do Professor Sunstein é direcionada às decisões da Suprema Corte Americana, embora haja menções, por alguns autores, de extensão às cortes menores.

É importante apontar, antecipadamente, os diferentes termos usados indistintamente, por vários autores dos artigos referenciados neste trabalho, como sinônimos de minimalismo: “minimalismo”, “minimalismo judicial”, “minimalismo decisional” (Sunstein), “humildade judicial”, “restrição judicial” (John David Ohlendorf). Ainda, sobre a qualificação o minimalismo judicial, é chamado de “teoria”, “doutrina”, “tese”, “tema”, “meta doutrina”, “fenômeno” e “tática”.

2. Características do minimalismo.

“Minimalismo judicial” ou “minimalismo decisional” é o fenômeno de dizer somente o que é necessário para justificar uma decisão,⁶ deixando em aberto, na medida do

Thayer “The origin and scope of the american doctrine of constitutional law”, na *Harvard Law Review*, em 1893. (OHLENDORF, John David. Politics, constitutional interpretation, and media ecology: an argument against judicial minimalism. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 31, n. 3, jun. 2008, p. 1139.)

4 Neil S. Siegel mencionando Sunstein (“The smallest court”) a respeito do caso *Mc Nabb v. United States* citando a frase do Juiz Frankfurter: “The history of liberty has been largely the history of the observance of procedural safeguards”. (SIEGEL, Neil S. A theory in search of a court, and itself: judicial minimalism at the Supreme Court Bar. *Michigan Law Review*, v. 103, n. 8, ago. 2005, p. 1954.)

5 OHLENDORF, John David. Politics, constitutional interpretation, and media ecology: an argument against judicial minimalism. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 31, n. 3, jun. 2008.

6 Pensando em minimalismo como uma decisão concisa e absolutamente pertinente para declarar um direito, rememorei uma passagem bíblica, pela qual o Rei Salomão, respeitado por sua sabedoria à época (em Israel aproximadamente 900 a.C.), nos seus quarenta anos de reinado, tomou uma difícil decisão, que lhe foi submetida por duas mulheres que se dirigiram ao seu palácio para reivindicar a maternidade de uma criança. Em síntese “Duas mulheres tiveram filhos juntos, um dos filhos morreu e a mãe do que morreu, pegou a (sic) da outra mãe. De manhã, ela percebeu que aquele que tinha morrido não era seu filho e começaram a discutir. Foram até o palácio do Rei Salomão e contaram-lhe a história. Ele mandou chamar um dos guardas e lhe ordenou: ‘Corte o bebê ao meio e dê um pedaço para cada uma’. Falado isso, uma das mães começou a chorar e disse: ‘Não, eu prefiro ver meu filho nos braços de outra do que morto nos meus’, enquanto a outra disse: ‘Pra mim é justo’. Salomão, reconhecendo a mãe na primeira mulher, mandou que lhe entregassem o filho”. Embora essa decisão tenha se revelado impactante, mostra-se bastante didática, considere-a como justa, porém referida postura foi extremamente minimalista. (BÍBLIA

possível, as questões mais fundamentais.⁷

As decisões minimalistas encontram sua razão de ser na objetividade, como bem pontuado por André Ramos Tavares:

de Genebra. 2. ed. rev. e ampl. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Salom%C3%A3o#cite_note-14>.)

7 “Com vistas a identificar o efeito produzido pelas pressões do grupo e pela ideologia do julgador em seus julgamentos, Sunstein (2006) examinou centenas de decisões prolatadas em cortes federais americanas, compostas por câmaras de três juízes indicados politicamente. Os casos tomados para análise versavam sobre algumas das questões mais polêmicas do Direito e da política, tais como aborto, pena de morte, ações afirmativas, regulação de financiamento de campanhas, proteção ambiental e direitos dos homossexuais. O estudo considerou três hipóteses: a) é relevante o fato de o juiz ter sido apontado por um presidente republicano ou democrata. Os indicados por presidentes republicanos assumem um padrão mais conservador de julgamento, enquanto que os indicados por presidentes democratas são mais liberais; b) a inclinação ideológica de um juiz tende a ser amortecida se ele integra uma câmara julgadora composta por outros dois juízes com inclinações políticas distintas da sua. Por exemplo, é improvável que um democrata assuma um padrão liberal de votação se estiver acompanhado de outros dois juízes republicanos; c) a inclinação ideológica de um juiz tende a ser amplificada se ele integra uma câmara julgadora composta por outros dois juízes com as mesmas inclinações políticas que a sua. Por exemplo, um juiz republicano inclina-se a um padrão de julgamento mais conservador se estiver acompanhado de outros dois juízes republicanos. As hipóteses foram, em sua generalidade, confirmadas, levando o autor a concluir que as tendências ideológicas, assim como as mudanças ideológicas que operam dentro dos tribunais ao longo do tempo estão relacionadas, em um elevado grau, com o percentual de indicações feitas pelos presidentes republicanos e democratas. Apenas dois exemplos contrariaram as conclusões aqui apontadas, e dizem respeito às questões que envolvem aborto e pena de morte. Essas são questões em que a filiação partidária possui grande expressão já que republicanos e democratas divergem, em profundidade. Nessas áreas, se observou pouca ou nenhuma evidência tanto de amplificação ideológica quanto de amortecimento ideológico. Ou seja, os julgamentos dos juízes não foram afetados pela composição das turmas. Esse padrão de votação, livre das influências do grupo não foi identificado em nenhuma outra área do direito. A hipótese levantada por Sunstein (2003) é que nessas áreas as convicções dos julgadores são extremamente fortes e por isso os juízes não se deixam influenciar pelas opiniões de seus pares”. (DESTRI, Michelle Denise Durieux Lopes. *Minimalismo judicial*: alternativa democrática de atuação do poder judiciário em uma sociedade pluralista a partir da perspectiva de Cass R. Sunstein. Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009, p. 121, nota 203.)

Tem-se formado uma concepção bastante estrita no campo do processo objetivo, que lhe confere certa particularidade na aplicação do Direito.

É amplamente aceita a tese de que o Tribunal Constitucional deve manifestar-se, em suas decisões, salvo no estritamente necessário para apresentar a solução para o caso apreciado. Pretende-se que o Tribunal não avance em matérias (jurídicas) cuja abordagem é desnecessária naquele momento. É o que se conhece como “decisão mínima” (Sola 2001: 224).

Não se pode deixar de considerar que essa atitude tem, na base, uma espécie de contenção da Justiça Constitucional (*self-restraint*). Ela opera não por força do princípio da provocação, mas sim por princípio de autocontenção. Não significa apenas que o Tribunal não deve avançar sua apreciação para leis ou atos não impugnados inicialmente, mas que igualmente deve conter o avanço a argumentos e raciocínios que não sejam necessários para alcançar a solução apresentada.

Assim, *v. g.*, evita-se o desenvolvimento total de um princípio que esteja sendo analisado em particular, evitando que se cometam equívocos que, no futuro, impeçam ou prejudiquem uma decisão mais para outras hipóteses não cogitadas inicialmente.⁸

As decisões minimalistas (...) se traduzem em acordos parcialmente teorizados e envolvem duas características próprias – são estreitas e superficiais.⁹

Estreita quer significar não estabelecer regras amplas e gerais para solucionar casos futuros. Adaptando à nossa realidade

8 TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 430.

9 DESTRI, Michelle Denise Durieux Lopes. *Minimalismo judicial*: alternativa democrática de atuação do poder judiciário em uma sociedade pluralista a partir da perspectiva de Cass R. Sunstein. Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009, p. 122.

podemos citar como um contraexemplo de minimalismo a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF,¹⁰ proposta pelo Procurador Geral da República contra o artigo 5º da Lei nº 11.105/2005 (Lei da Biossegurança), que julgou improcedente o pedido formulado, porém, pretendeu decidir, ao mesmo tempo, todas as questões subjacentes ao tema, tais como o conteúdo do princípio da dignidade humana, o valor do início da vida humana merecedora da tutela constitucional, a distinção entre embrião gerado naturalmente e embrião fertilizado *in vitro* para fins de caracterização de aborto, direito constitucional à reprodução assistida, bem como a autonomia com relação ao planejamento familiar. É uma decisão maximalista. Um exemplo direto de minimalismo da Suprema Corte Norte Americana é o caso *United States v. Virginia*,¹¹ de 1996, em que foi impedida a exclusão de mulheres dos cursos do Instituto Militar da Virgínia. A decisão é estreita e, portanto, minimalista porque se recusou a dizer muito sobre a questão da segregação dos sexos na solução.

Superficial, por sua vez, significa preservar a essencialidade do que se discute, ou seja, ater-se o julgador às questões significativas para o deslinde da causa, atentando-se para os princípios fundamentais, sem deixar que sua essência seja perdida pela controvérsia que se instaura nas relações processuais. Apesar da discordância sobre questões profundas (cujas discussões são evitadas), tenta-se a convergência sobre uma decisão particular, facilitando até o atingimento de acordo quando possível. Com muita propriedade Destri pontuou:

Com relação ao aspecto da superficialidade, os juízes minimalistas geralmente tentam evitar discussões sobre o alcance e o significado de princípios fundamentais. Eles desejam simplesmente per-

mitir que pessoas que discordam sobre questões profundas possam convergir sobre uma decisão particular.

Ao se referir à superficialidade de uma decisão, Sunstein (2001b, p. 13) pretende enfatizar a possibilidade de julgamentos concretos em casos particulares, desacompanhados de fundamentos abstratos. “As decisões concretas não são embasadas em teorias abstratas, mas em argumentação menos ambiciosa acerca da qual as pessoas podem convergir a partir de fundamentos distintos”, ou até mesmo em face de incertezas sobre quais sejam os fundamentos mais apropriados. Trata-se de perceber a essencialidade dos acordos parcialmente teorizados para a realização do direito constitucional, especialmente quando se está diante de questões polêmicas e controvertidas. Vale dizer, ainda, que o recurso à abstração, algumas vezes, é “simplesmente desnecessário e fundamentos mais concretos, atraindo o acordo de pessoas com concepções distintas, é plenamente suficiente”. (SUNSTEIN, 2001b, p. 14).

Quando os desacordos teóricos são intensos e difíceis de mediar e as crenças dos julgadores são pontos fixos, os tribunais geralmente são exitosos em minimizar esses desacordos, e o fazem por meio de uma espécie de regressão.¹²

Uma decisão pode ser minimalista sob certos aspectos e não minimalista sobre outros, dependendo do grau de estreiteza ou amplitude e de superficialidade ou profundidade. Deve-se mencionar, ainda, que uma decisão pode não nascer minimalista e ser considerada como tal pelos seus receptores do sistema legal e vice-versa.

Duas diretrizes básicas importam a teoria minimalista (com as quais não concordamos inteiramente, assim como vários outros professores americanos), assunto que abordaremos mais adiante:

¹⁰ *Ibidem*, p. 122, nota 206.

¹¹ *Ibidem*, p. 122, nota 207.

¹² *Ibidem*, p. 123.

- uma decisão é menos legítima do ponto de vista democrático quando prolatada pelo Judiciário do que quando tomada pelo Legislativo;

- os tribunais são menos capacitados para decidir sobre direitos constitucionais do que órgãos políticos.

Nesse ponto o minimalismo de Sunstein se relaciona com as “virtudes passivas” de Bickel, as quais funcionam como “limitadores das situações de interferência do Judiciário nos processos políticos, minimizando a presença deste poder na vida pública”.¹³

Bickel qualifica o Poder Judiciário como o mais apto para o controle de atos praticados pelo Legislativo e pelo Executivo, em função de seu isolamento em relação à pressão e à opinião pública, o que é refutado por Sunstein. As virtudes passivas de Bickel, adotadas por Sunstein, seriam uma proteção contra o risco de o Judiciário envolver-se demasiadamente nas disputas políticas, utilizando abusivamente seu poder e minando a sua própria legitimidade.

Em artigo publicado no *University of Pennsylvania Law Review*, Benjamin S. Softness tece comentários sobre o minimalismo defendido pelo Professor Sunstein que assim traduzimos:

Eu não necessariamente discordo com essa questão do minimalismo, mas eu penso que ele é incompleto. Minimalismo não facilita inovação doutrinal em uma dada área da lei. A meu ver, a Corte algumas vezes edita regras minimalistas no sentido de preservar sua habilidade de desenvolver doutrina de alguma forma. A habilidade da Corte de dizer “o que é a lei” depende inteiramente de sua credibilidade institucional – credibilidade que corre o risco quando a Corte traça regras sobre tópicos controversos. Assim, em certos casos “quentes”, quando a Corte necessita assumir determi-



nações legais controversas, ela o faz em terreno estreito de forma a preservar o seu poder institucional. Eu chamo essa abordagem de *minimalismo de preservação do poder*.¹⁴

Ainda, consoante Softness,¹⁵ as razões pelas quais as Cortes exercem o minimalismo judicial, quando se deparam com questões de interesse nacional, vão além daquela única apontada por Sunstein no caso *Heller*, ou

14 “I do not necessarily disagree with this account of minimalism, but I think it is incomplete. Minimalism does not only facilitate doctrinal innovation in a given area of the law. On my account, the Court sometimes issues minimalist rulings in order to preserve its ability to develop doctrine *at all*. The Court’s ability to ‘say what the law is’¹⁶ depends entirely on its institutional credibility—credibility that is risked when the Court rules on controversial topics. Thus, in certain ‘hot-button’ cases, when the Court is required to make a controversial legal determination, it does so on narrow grounds in order to preserve its institutional power. I call this approach ‘power-preserving minimalism’.” (SOFTNESS, Benjamin S. Preserving judicial supremacy come *Heller* high water. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 161, n. 2, 2013, p. 625-626.)

15 “Professor Sunstein’s account of *Heller* briefly touches upon one reason courts exercise judicial minimalism when faced with issues of national interest: they want to provide a starting point for doctrinal shifts. But that is not the only motivation for minimalism. In addition to doctrinal shifts, this Section explores two other forces that might lead courts to minimalist rulings. First, there is the argument that courts simply *ought* to exercise restraint as a matter of democratic principle. Second, as Sunstein mentions, courts might use minimalism to set up future doctrinal shifts. Finally, courts use minimalism as a way to preserve power when forced to make controversial or potentially unpopular decisions”. (*Ibidem*, p. 634.)

13 *Ibidem*, p. 140.

seja, implantar um ponto inicial de mudanças doutrinárias. Então Softness acrescenta duas outras forças que podem levar ao minimalismo: princípios democráticos e preservação do poder.

3. O que é minimalismo.

De acordo com o Professor Neil S. Siegel, em sua publicação no *Michigan Law Review*, o Professor Cass R. Sunstein não define com precisão o que significa o termo minimalismo e, “de fato, ele é notoriamente ambíguo” sobre isso.

Sua teoria é conceitualmente instável. Em alguns pontos na exposição do Prof. Sunstein, minimalismo parece ser a teoria da posição institucional da Suprema Corte, talvez esperando receber mais informações ou é tão dividida que não pode resolver o caso ou está ligada a considerações estratégicas pendendo da possibilidade de reações públicas adversas. Por todas essas razões pode ser prudente esperar.¹⁶

Essa teoria da posição institucional da Corte segue a linha de Alexander Bickel que enfoca o papel da Corte em decidir ou não decidir casos.¹⁷ Expresso como uma conta institucional, minimalismo parece ser uma generalização da teoria bickeliana das “virtudes passivas” estabelecendo não somente a questão “quando” a Corte deve decidir certas

questões controversas, mas também “como”. De fato, o Professor Sunstein escreve que:

(...) quando o juiz minimalista deseja promover objetivos democráticos, enquanto reconhece o pluralismo social, o projeto minimalista é facilmente ligado a uma ideia de “virtudes passivas”, como discutido por Alexander Bickel.¹⁸

O minimalismo, concebido como teoria da posição institucional da Corte, é, às vezes, apresentado como uma teoria de expressão escrita que promove decisões “estreitas e superficiais” advindo delas certos benefícios como minimização do custo, da decisão e dos erros, promoção de deliberação democrática, sobreposição de consenso e redução de profunda teorização de fortes proteções processuais.

Outras vezes, o minimalismo parece ser uma teoria substantiva de tomada de decisões na qual estão implícitos a minimização de custos, as virtudes de autogoverno democrático ao modo da teoria moderna republicana e o alcance da sobreposição de consenso. Ainda, em outras ocasiões, o minimalismo parece ser uma teoria substantiva de direitos, que realça a importância de fortes proteções processuais.¹⁹

Conforme relata o Professor Neil S. Siegel, no livro do Professor Sunstein “One case at a time” ele identifica minimalismo como “o fenômeno de não dizer mais do que o necessário para justificar uma decisão e deixar o máximo possível sem decidir” ou, em outras palavras, “solucionando as maiores questões do dia (...) o mais superficialmente possível” e tendo por requisitos que “acima de tudo (...) os procedimentos sejam legais, apropriados e justos”.²⁰

16 “Professor Sunstein is, in fact, notoriously ambiguous about what he means by ‘minimalism.’ His theory is conceptually unstable. At some points in Professor Sunstein’s exposition, minimalism appears to be a theory of the Supreme Court’s institutional position. He writes that ‘the denial of certiorari can be analyzed as a form of minimalism.’ ‘Perhaps,’ he suggests, ‘the Court wants to receive more information, is so divided that it could not resolve the case in any event, or is attuned to strategic considerations stemming from the likelihood of adverse public reactions. For all these reasons, it may be prudent to wait.’” (SIEGEL, Neil S. A theory in search of a court, and itself: judicial minimalism at the Supreme Court Bar. *Michigan Law Review*, v. 103, n. 8, ago. 2005, p. 1957.)

17 *Ibidem*, p. 1957-1958.

18 *Ibidem*, p. 1963.

19 *Ibidem*, p. 1959.

20 Menção por Siegel do livro de Sunstein, “The Smallest Const.” (*Ibidem*, p. 1963.)

4. Categorias de minimalismo.

Segundo Softness são três as categorias do minimalismo:

4.1. minimalismo mandatório (*mandatory minimalism*);

4.2. minimalismo “porta de entrada” (*foot-in-the-door minimalism*);

4.3. minimalismo de preservação de poder.

4.1. Minimalismo mandatório.²¹

O minimalismo mandatório é aquele em que os juízes deferem o desejo político dos ramos democráticos do Governo com exceção daqueles cenários mais egrégios.

Um dos exemplos mais importantes é o caso *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, em que a Suprema Corte Americana invalidou, com base na Primeira Emenda Constitucional, a necessidade, imposta a todos os estudantes, de recitar o “Pledge of Allegiance”²² todas as manhãs na escola. Consoante o relator Felix Frankfurter, os juízes não têm justificativa em escrever suas noções privadas de política sobre a Constituição, que suas próprias opiniões sobre a sabedoria ou pecado de um lei deveriam ser totalmente

excluídas quando se chega a uma decisão e, ainda, que o mais longe que um juiz deve ir é considerar se o legislador poderia em plena razão ter promulgado tal lei. Para Frankfurter, os legisladores são os principais guardiões das liberdades em grau tão elevado quanto as Cortes.

Outro, mais moderno argumento para o minimalismo mandatório diz respeito às regras em tempo de guerra. Nesse sentido, o Professor Sunstein diz que as Cortes devem emitir regras estreitas e teorizadas incompletamente e isso evita intrusão excessiva no domínio do Executivo. Em outras palavras, a Corte deve deferir aos outros ramos do poder quando, como matéria prática, ela não está bem situada para decidir a questão.²³

4.2. Minimalismo “porta de entrada”.

O minimalismo também pode ser visto como estratégico. Entenda-se aqui a expressão traduzida do inglês “foot-in-the-door minimalism”, significando a abertura de uma porta, o primeiro passo para uma inovação doutrinal. Mencionadas por Softness, são duas as razões, de acordo com o Professor Sunstein, que podem levar a esse tipo de minimalismo:

Uma razão é a estratégia de litígio; se o objetivo é convencer a Corte a adotar um novo caminho, a melhor estratégia usualmente é encontrar algo ilegítimo e pedir à Corte para invalidá-lo de uma forma a deixar uma porta para expansão futura. E, se a Corte está iniciando uma

21 “Many theorists argue that judges must defer to the political will of the democratic branches except in the most egregious scenarios. Let us call this *mandatory minimalism*. A normative version of this view is perhaps best associated with Justice Felix Frankfurter, whose dissent in *West Virginia State Board of Education v. Barnette* was a paean to judicial minimalism and democratic values. In *Barnette*, the Court invalidated on First Amendment grounds West Virginia’s requirement that all students recite the Pledge of Allegiance each morning at school. Admonishing the Court for its ambition, Justice Frankfurter wrote that judges are ‘not justified in writing [their] private notions of policy into the Constitution’ and that their ‘own opinion[s] about the wisdom or evil of a law should be excluded altogether.’” (SOFTNESS, Benjamin S. Preserving judicial supremacy come *Heller* high water. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 161, n. 2, 2013, p. 634-635.)

22 A versão moderna do “Pledge of Allegiance” é a seguinte: “I pledged allegiance for the flag of the United States of America, and to the Republic for which it stands, one Nation under Good, indivisible, with liberty and justice for all.”

23 “There are other, more modern arguments for mandatory minimalism that focus on its practical virtues. For instance, with respect to wartime rulings, Professor Sunstein has argued that courts should issue ‘narrow, incompletely theorized’ rulings as to executive war powers. This practice, he says, ‘avoid[s] excessive intrusions into the executive domain.’ Moreover, it errs on the side of nonintervention in a situation where a court invariably has incomplete knowledge. In other words, a court should defer to the other branches when, as a practical matter, the court is not well situated to decide the question before it”. (SOFTNESS, Benjamin S. Preserving judicial supremacy come *Heller* high water. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 161, n. 2, 2013, p. 635.)

nova via para potenciais invalidações, é provável começar estreitamente e de forma a não ficar mau com as convicções do público.²⁴

Heller v. District of Columbia pode ser um exemplo desse tipo de minimalismo. Trata-se de uma ação proposta em 2008, contra uma lei de Washington, D.C., que propunha limites estritos à posse de armas no Distrito de Columbia, buscando definição do escopo da Segunda Emenda Constitucional Americana²⁵ sobre o direito de possuir armas. A Corte concluiu que ela protege o direito individual de posse de arma e invalidou a lei do Distrito de Columbia, embora assegurando que a Constituição deixa “uma variedade de ferramentas para combater” a violência armada. *Heller* empregou sem dúvida o minimalismo de porta de entrada, pois, em “casos subsequentes a Corte expandiu o direito à privacidade de proteger uma crescente esfera de atividades por regulação do estado”.²⁶ Além disso, nesse caso, a Corte Suprema sinalizou que visitaria

o tema futuramente, como, de fato, ocorreu no caso *McDonald v. City of Chicago*, dois anos mais tarde (2010), no qual “proibiram a posse de armas de fogo não registradas e o registro da maior parte das pistolas de mão, assim banindo sua posse”.²⁷

4.3. Minimalismo de preservação do poder.

Uma terceira motivação para a Corte empregar o minimalismo é o desejo de preservar a supremacia judicial sobre a interpretação constitucional, o que Softness chama de “minimalismo de preservação do poder”.²⁸

Aliás, essa supremacia judicial é fruto da história, é resultado da confiança do povo nos membros da Suprema Corte, pela sua competência, seriedade e apartidarismo, fazendo deles os mais sérios e qualificados guardiões da Constituição. Softness, trazendo ao texto citação de Alexander Hamilton, diz: “nem força nem desejo, mas meramente julgamento” para se referir ao fato de que a Suprema Corte “não possui exército com o qual poderia impor sua vontade”, a própria Constituição não lhe garante essa supremacia, esse poder de revisão. Ela “depende da ajuda do Poder Executivo, mesmo para a eficácia dos seus julgamentos”.²⁹ É importante que os outros dois ramos da árvore democrática cumpram as decisões judiciais e eles normalmente o fazem, pois são eleitos pelo povo que crê no Judiciário.

Por isso, “quando a Corte percebe um caso particular ameaçando sua influência,

24 “Let us call this *foot-in-the-door minimalism*. Sunstein suggests two reasons why the Court might begin a long judicial journey with a single, fairly small step: One reason is sensible litigation strategy; if the goal is to convince the Court to embark on a new path, the best strategy is usually to find an outlier and ask the Court to invalidate it in a way that leaves a door for future expansion. And if the Court itself is initiating a new avenue for potential invalidations, it is likely to begin narrowly and in a way that does not fit badly with public convictions. Sunstein suggests that *Heller* could be an example of this kind of minimalism. If it is, then his comparison to *Griswold* holds up well. *Griswold* held narrowly that the Connecticut prohibition on the use of contraception irreconcilably conflicted with ‘the notions of privacy surrounding the marriage relationship.’ The Court did not address the constitutionality of banning the purchase or sale of contraception, nor of the right of unmarried persons to use it. Nevertheless, in subsequent holdings, the Court expanded the right to privacy to protect a growing sphere of activity from state regulation”. (*Ibidem*, p. 636.)

25 A Segunda Emenda inclui: “A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the People to keep and bear Arms, shall not be infringed”. U.S. Const. amend. II.

26 “Nevertheless, in subsequent holdings, the Court expanded the right to privacy to protect a growing sphere of activity from state regulation”. (SOFTNESS, Benjamin S. Preserving judicial supremacy come *Heller* high water. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 161, n. 2, 2013, p. 636.)

27 “The Court characterized the laws as similar to the ones in *Heller*, because they prohibited possession of an unregistered firearm and ‘prohibit[ed] registration of most handguns, thus effectively banning handgun possession’.” (*Ibidem*, p. 630.)

28 “There is a third factor that has, at times, motivated the Court to employ minimalism: its desire to preserve judicial supremacy over constitutional interpretation”. (*Ibidem*, p. 637.)

29 “Indeed, as Alexander Hamilton said, the Judiciary is the only branch of government that has ‘neither FORCE nor WILL but merely judgment’. It ‘ultimately depend[s] upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments’. Judicial supremacy, then, is entirely the result of – and dependent upon – the coordinate branches ‘compliance with judicial decisions’.” (*Ibidem*, p. 638.)

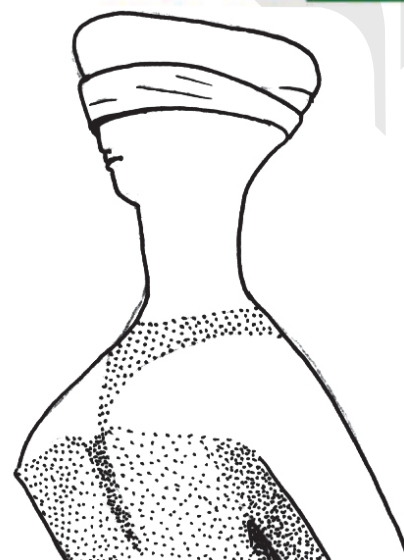
ela pode decidir o caso com deliberada visão no sentido de preservar seu próprio poder”,³⁰ escolhendo para isso o minimalismo “como ferramenta judicial apropriada para dar efeito ao seu desejo”.³¹

Segundo Softness, o minimalismo de preservação é mais apropriado quando:

- o caso é importante e preocupante ao público;
- a opinião pública é dividida;
- a Corte se sente legalmente compelida a decidir contra o Estado.³²

Então, a Corte declina da utilização total de sua autoridade, preservando-a dessa forma. Ainda, Softness sustenta que o minimalismo de preservação de poder não é inconsistente com o minimalismo porta de entrada. Enquanto este envolve “pequenos desvios doutrinários numa dada área da lei (como privacidade na Segunda Emenda) pode criar uma oportunidade para a Corte evoluir essa doutrina mais significativamente com o tempo e com mais decisões”, a outra, “sugere que o máximo eventual impacto pode algumas vezes requerer um delicado toque inicial”.³³

Assim, enquanto o minimalismo de porta de entrada se relaciona com a



particular doutrina ante a Corte, o minimalismo de preservação de poder se preocupa com o papel da Corte no nosso sistema constitucional.³⁴

Embora *Heller* and *McDonald* também possam ser considerados como minimalistas de preservação do poder, os casos mais característicos são: *Marbury v. Madison* e *Brown v. Board of Education*.

Marbury é um caso histórico e antigo de 1803.³⁵ Pretendia ele que a Suprema Corte

30 “Once we accept the proposition that judicial supremacy is tentative, we should acknowledge that when the Court perceives a particular case as threatening its influence, it may choose to decide a case with a deliberate eye toward preserving its own power”. (*Ibidem*, p. 639.)

31 “In some of those cases, the Court will choose minimalism as the appropriate judicial tool to give effect to this desire”. (*Ibidem*, p. 639.)

32 “In my view, this approach is necessary when (i) the case addresses an issue of broad and intense public concern; (2) public opinion is divided (or, worse, squarely on the losing side); and (3) the Court feels legally compelled to rule against the state”. (*Ibidem*, p. 639-640.)

33 “Power-preserving minimalism is not inconsistent with foot-in-the-door minimalism. It is, however, a subtle expansion on that notion. Foot-in-the-door minimalism holds that small doctrinal disruptions in a given area of the law (such as privacy or the Second Amendment) can create an opportunity for the Court to evolve that doctrine more significantly over time and with more decisions. This idea is itself innovative. The Court, in order to *maximize* its impact, must perhaps *minimize* its initial splash”. (*Ibidem*, p. 640-641.)

34 “Thus, while foot-in-the-door minimalism is concerned with the particular doctrine before the Court, power-preserving minimalism is concerned with the Court’s role in our constitutional system”. (*Ibidem*, p. 641.)

35 A primeira notícia que se tem de controle incidental de constitucionalidade é o caso *Madison v. Marbury* (1803), em que a Suprema Corte Americana declarou ser próprio da atividade jurisdicional interpretar e aplicar a lei, na inteligência do destacado juiz Marshall. E que, ao fazê-lo, encontrando dissonância entre a lei e a Constituição, deve-se aplicar esta última. E os fatos que desencadearam a decisão passaram-se do seguinte modo: “Vencidos nas eleições presidenciais, procuravam os federalistas, no seu pouco tempo restante de administração, entricheirar-se nos tribunais. Nova Lei Judiciária foi sancionada em 27 de fevereiro visando à extensão do Judiciário nacional e criando numerosos lugares de juízes. Na véspera da posse de Jefferson, o presidente eleito, até as 21h00, Adams ainda lavrava nomeações, cujos beneficiários foram apelidados de *juízes da meia noite*. Marbury, que era cidadão norte-americano, fôra legalmente nomeado, em 1801, nos últimos dias do Governo Adams, juiz de paz no Distrito de Colúmbia. Madison, Secretário de Governo, seguindo instruções de Jefferson, o novo Presidente, negou-lhe a posse. Requerida ordem de *mandamus* contra Madison, este não se defendeu e a causa correu à revelia. Em 1802, nos jornais e no Congresso, foi a Corte violentamente

obrigasse a sua nomeação como juiz de paz

atacada, sugerindo James Monroe o *impeachment* contra os juízes, se ousassem ‘aplicar os princípios da *common law* à Constituição’. A mesma providência foi pleiteada, dias antes da decisão, por um jornal oficioso do governo; se concedida, a medida certamente não seria cumprida. Enfrentava-se assim uma situação difícil. Indefinir simplesmente o pedido seria, conforme observou Crosskey, capitulação demasiado visível; afirmar apenas que a lei judiciária somente autorizava o *mandamus* pela Corte Suprema em grau de apelação era resultado satisfatório. A Corte de modo hábil, procurou dissimular o recuo inevitável, com um ato de afirmação contra o partido do poder. Invertendo a ordem do exame das questões preliminares, decidiu que Madison, na realidade, agira ilegalmente ao negar a posse a Marbury, e de acordo com os princípios aplicáveis à *common law*, havia remédio para tal caso, o *mandamus*, pelo qual Madison poderia ser compelido a dar posse a Marbury. Não cabia, porém, o *writ*, porque pedido diretamente à Corte Suprema, cuja competência originária era estritamente definida na Constituição e não poderia ter sido dilatada pela Lei Judiciária de 1789. Era, assim, *inconstitucional* e *nulo* o artigo 13 dessa lei, que atribuía competência originária à Suprema Corte para expedir ordens de *mandamus* (Lêda Boechat Rodrigues, A Corte Suprema e o direito constitucional americano, princípios 21). Evitou a Suprema Corte o confronto com o Executivo, e ao mesmo tempo afirmou a possibilidade de o Poder Judiciário anular leis votadas pelo Congresso. (...) Alguns trechos do aresto: ‘se o ato legislativo, inconciliável com a Constituição, é nulo, obrigará ela, não obstante sua nulidade, aos tribunais, obrigando-os a executá-lo? Ou, por outras palavras, dado que não seja lei, subsistirá como preceito operativo, tal qual se fosse? (...) Consiste especificamente a alçada e a missão do Poder Judiciário em declarar a lei. Mas os que lhe adaptam as prescrições aos casos particulares não de forçosamente interpretá-la. Se suas leis se contrariam, aos tribunais incumbe-lhes definir o alcance respectivo. Estando uma lei em antagonismo com a Constituição e aplicando-se à espécie, a Constituição, a lei de modo que o tribunal haja de resolver a lide em conformidade com a lei, desatendendo a Constituição, ou de acordo com a Constituição, rejeitando a lei, inevitável será eleger, dentre os dois processos opostos, o que dominará o assunto. Isto é da essência do dever judicial. Se pois os tribunais não podem perder de vista a Constituição e se a Constituição é superior a qualquer ato ordinário do Poder Legislativo, a Constituição, e não a lei ordinária, há de reger o caso, a que ambas dizem respeito. Destarte, os que impugnem o princípio de que a Constituição deve considerar em juízo como lei predominante não de ser reduzidos à necessidade de sustentar que os tribunais devem cerrar os olhos à Constituição e enxergar uma só lei. Tal doutrina aludiria aos fundamentos de todas as constituições escritas. Equivaleria a estabelecer que um ato, de todo modo inválido segundo os princípios e a teoria do nosso governo, é, contudo, inteiramente obrigatório, na realidade. Equivaleria a estabelecer que, se a legislatura praticar o que lhe é explicitamente vedado, o ato, não obstante a proibição expressa, será praticamente eficaz. Equivaleria a, de um só fôlego, dar à legislatura uma onipotência prática e real, professando circunscrever-lhe os poderes em estreitos

pelo então eleito Presidente Jefferson. A Corte enfrentou então o desafio de decidir a questão que poderia afetar-lhe o poder. Por um lado, ela sabia que o novo Presidente, através de seu Secretário de Estado, Madison, deveria legalmente entregar o cargo a Marbury. Por outro lado, como sabia o Juiz Marshall, Jefferson não cumpriria tal sentença. Então a Corte determinou que Jefferson fosse obrigado a dar o cargo a Marbury, mas declinou de ordená-lo a fazê-lo considerando que o Ato Judiciário de 1789, que tinha dado a Marbury a jurisdição para atuar, era inconstitucional sob o artigo III e a Corte extinguiu o processo. Assim, a Corte aproveitou-se para declarar inconstitucional um ato do Congresso e, ao mesmo tempo chegou à conclusão legal que queria.

O segundo exemplo, *Brown v. Board of Education*, em 1954 ou Brown I e depois em 1955, o Brown II, complementando o primeiro, refere-se a uma ação de inconsti-

limites e outorgar-lhe o arbítrio de excedê-los a seu bel-prazer. Para se repelir semelhante interpretação, bastaria advertir que ela reduz a nada o que estamos habituados a encarar como o maior dos melhoramentos em matéria de instituições políticas: a vantagem de uma constituição escrita. Bastaria de si só isso, na América, onde com tanta reverência se estima o benefício das constituições escritas, para se condenar essa hermenêutica (...) Se esta foi a decisão tida e reconhecida por iniciadora do sistema do controle judicial da constitucionalidade, os norte-americanos permaneceram a ela obedientes. Sobremais, ainda hoje podem-se perceber três modos de provocar o controle da constitucionalidade nos Estados Unidos: a) por via de exceção, que é o meio comum pelo qual, tendo em vista o caso concreto, qualquer juiz pode deixar de aplicar uma lei inconstitucional e a Suprema Corte, quando chamada a decidir, dará a palavra final; b) por meio de injunção (*injunction*) o cidadão pede uma ordem ao Poder Judiciário, atacando a constitucionalidade de uma lei antes mesmo que ela seja aplicada. Assim, percebendo que uma lei inconstitucional irá causar-lhe prejuízo, o particular propõe a injunção, para impedir sua execução pelo funcionário responsável ou mesmo, por exemplo, a devolução de um tributo já recebido, ou a cobrança de um tributo inconstitucional; e c) o procedimento declaratório, mais recente, que prevê uma manifestação judiciária antes de uma lei ser aplicada por um agente público a um particular quando este contestar sua constitucionalidade. Assim, pede o cidadão uma declaração que fixe o conteúdo de seus direitos e de suas obrigações, decisão com força de coisa julgada, sem sanção corretiva” (*sic*). (PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 104 e 106-107.)

tucionalidade contra a prática de segregação racial em muitas escolas, em muitos estados americanos. Ao final a Corte declarou que a segregação por raças nas escolas violava a “cláusula de igual proteção”³⁶ e condenou os estados a parar com essa prática “com velocidade cautelosa”.

A Corte não quis forçar uma decisão radical, pois sabia que boa parte da população era a favor da segregação, inclusive que no Sul esse apoio era de 80% (oitenta por cento).

Num memorando escrito à Conferência, antes da Corte emitir sua decisão, o Juiz Jackson expressou dúvida sobre se declarar segregação inconstitucional seria autoexecutável, e ele temia que um mandado ignorado poderia levar o processo judicial a descrédito.³⁷

Apesar das críticas sobre o arrazoado da Corte, concluindo, num primeiro momento, sobre a inconstitucionalidade da segregação e um ano mais tarde indicando um remédio suave, delegando aos estados o poder de determinar o próprio passo e o método de desagregação, o minimalismo aí funcionou bem, evitando desgaste do Poder Judiciário.

Um contraexemplo de minimalismo, apontado por Softness, é o caso *Roe v. Wade* no qual a Corte invalidou uma lei do Texas banindo abortos. Foi um regramento tão abrangente que o resultado foi a invalidação de todas as leis de aborto em todos os estados, com a consequente resistência de vários deles.³⁸

5. Exemplos de decisões minimalistas e maximalistas.

O direito constitucional norte-americano tem peculiaridades ínsitas à sua história de guerras e conflitos de ideias políticas até ser declarada a independência das treze colônias americanas, incentivadas a criarem e adotarem constituições escritas.³⁹

Diante do sistema de governo dos Es-

36 “347 U.S. 483 *Brown v. Board of Education of Topeka* APPEAL FROM THE UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF KANSAS No. 1. Argued: Argued December 9, 1952 Reargued December 8, 1953. Decided: May 17, 1954. Segregation of white and Negro children in the public schools of a State solely on the basis of race, pursuant to state laws permitting or requiring such segregation, denies to Negro children the equal protection of the laws guaranteed by the Fourteenth Amendment -- even though the physical facilities and other ‘tangible’ factors of white and Negro schools may be equal. Pp. 486-496. (a) The history of the Fourteenth Amendment is inconclusive as to its intended effect on public education. Pp. 489-490. (b) The question presented in these cases must be determined not on the basis of conditions existing when the Fourteenth Amendment was adopted, but in the light of the full development of public education and its present place in American life throughout the Nation. Pp. 492-493. (c) Where a State has undertaken to provide an opportunity for an education in its public schools, such an opportunity is a right which must be made available to all on equal terms. P. 493. (d) Segregation of children in public schools solely on the basis of race deprives children of the minority group of equal educational opportunities, even though the physical facilities and other ‘tangible’ factors may be equal. Pp. 493-494. (e) The ‘separate but equal’ doctrine adopted in *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, has no place in the field of public education. P. 495. (f) The cases are restored to the docket for further argument on specified questions relating to the forms of the decrees. Pp. 495-496”. (Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0347_0483_ZS.html>.)

37 “In a memorandum written to the Conference before the Court issued its decision, Justice Jackson expressed doubt that declaring segregation unconstitutional would be ‘self-executing,’ and he feared that an ignored mandate could bring ‘the judicial process into discredit.’” (SOFTNESS,

Benjamin S. Preserving judicial supremacy come *Heller* high water. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 161, n. 2, 2013, p. 643.)

38 “*Roe v. Wade* illustrates the danger of issuing too broad a ruling. In *Roe*, the Court invalidated a Texas law banning abortions and, in doing so, established a specific, trimester-based framework against which all abortion laws were to be measured”. (*Ibidem*, p. 644.)

39 Luís Roberto Barroso a esse respeito diz que “A primeira Constituição escrita do mundo moderno passou a ser o marco simbólico da conclusão da Revolução Americana em seu tríptico conteúdo: a) independência das colônias; b) superação do modelo monárquico; c) implantação de um governo constitucional, fundado na separação de Poderes, na igualdade e na supremacia da lei (*rule of the law*). Para acomodar a necessidade de criação de um governo central com o desejo de autonomia dos Estados – que conservaram os seus próprios Poderes e amplas competências – concebeu-se uma nova forma de organização do Estado, a Federação, que permitiu a convivência dos dois níveis de poder, federal e estadual.” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 39.)

tados Unidos da América e o exercício dos poderes dos estados, com legislações próprias, assumiu a Suprema Corte relevante função na interpretação e aplicação da lei, revelando um papel histórico de suma importância para a preservação dos direitos e valores da sociedade, como destacado por Luís Roberto Barroso:

A história do direito constitucional americano é contada pelas decisões da Suprema Corte, órgão supremo do Poder Judiciário, composto por nove membros (*Justices*). Desde que avocou a condição de intérprete maior da Constituição, sua trajetória é marcada por avanços e recuos, prudências e ousadias, ativismo e autocontenção. A brevidade do texto constitucional e suas cláusulas gerais e abertas deram à Suprema Corte um papel privilegiado na interpretação e definição das instituições e dos valores da sociedade americana. Ao longo de mais de dois séculos, coube-lhe, dentre outras tarefas, (i) definir as competências e prerrogativas do próprio Judiciário, do Legislativo e do Executivo; (ii) demarcar os poderes da União e dos Estados dentro do sistema federativo; (iii) estabelecer o sentido e alcance de princípios fluidos, como devido processo legal (procedimental e substantivo) e igualdade perante a lei; (iv) assegurar liberdades fundamentais, como a liberdade de expressão, o direito de privacidade e o respeito aos direitos dos acusados em matéria penal; (v) traçar os limites entre a atuação do Poder Público e da iniciativa privada em matéria econômica. A despeito de seu prestígio e sucesso, a Suprema Corte viveu momentos de dificuldades políticas, teve algumas linhas jurisprudenciais revertidas por via de emenda constitucional e proferiu decisões que mereceram críticas severas.⁴⁰

Com essas considerações e levando-se em conta a grande diferença existente entre

o nosso sistema republicano de governo, que concentra na União Federal competências legislativas de importância nacional e de observância obrigatória pelos estados, passo a enumerar modelos de decisões minimalistas e maximalistas desses dois sistemas de governo, ambos com uma Suprema Corte de grande importância na interpretação do direito,⁴¹ porém com dificuldades políticas, diante de questões de sensível controvérsia.

Assim, passemos a enumerar alguns exemplos dos dois sistemas de governo.

5.1. Relativo à Lei de Biossegurança, o Supremo Tribunal Federal, por maioria julgou improcedente a ação de inconstitucionalidade, interposta pelo Procurador Geral da República contra o artigo 5º da Lei nº 11.105/2005. Em sua decisão, o Tribunal cobriu

(...) todas as questões subjacentes ao tema, tais como, o conteúdo, o princípio da dignidade humana, merecedora de tutela constitucional, a distinção entre o embrião gerado naturalmente e o embrião fertilizado *in vitro*, para fins

41 Quanto à interpretação constitucional e seus métodos, releve notar a importância do juiz nesse contexto. Conforme anota Barroso: “Em todas as hipóteses referidas acima, envolvendo casos difíceis, o sentido da norma precisará ser fixado pelo juiz. Como se registrou, são situações em que a solução não estará pronta em uma prateleira jurídica e, portanto, exigirá uma atuação criativa do intérprete, que deverá argumentativamente justificar seu itinerário lógico e suas escolhas. Se a solução não está integralmente na norma, o juiz terá de recorrer a elementos externos ao direito posto, em busca do justo, do bem, do legítimo. Ou seja, sua atuação terá de se valer da filosofia moral e da filosofia política. Mesmo admitida esta premissa – a de que o juiz, ao menos em certos casos, precisa recorrer a elementos extrajurídicos ainda assim se vai verificar que diferentes juízes adotam diferentes métodos de interpretação. Há juízes que pretendem extrair da Constituição suas melhores potencialidades, realizando na maior extensão possível os princípios e direitos fundamentais. Há outros que entendem mais adequado não ler na Constituição o que nela não está de modo claro ou expresso, prestando maior deferência legislador ordinário. Uma pesquisa empírica revelará, sem surpresa, que os mesmos juízes nem sempre adotam os mesmos métodos de interpretação. Seu método ou filosofia judicial é mera racionalização da decisão que tomou por outras razões. E aí surge uma nova variável: a decisão baseada *não no* princípio, mas no fim, no resultado que se pretendia atingir”. (*Ibidem*, p. 427-428.)

40 *Ibidem*, p. 42-44.

de caracterização do aborto; além disso afirmou o direito constitucional à reprodução assistida, bem como a autonomia em relação ao planejamento familiar.⁴²

É uma típica decisão maximalista.

5.2. A decisão do Supremo Tribunal Federal, de 21 de abril de 2009, conferiu, nos autos do processo HC 73.662/MG,⁴³ a ordem de *Habeas Corpus* para absolver o paciente pelo crime de estupro, com violência presumida, contra menor de 12 anos de idade, nos termos do Código Penal artigos 213 e 244. Foi uma decisão estreita e sem profundidade, aplicada apenas para este caso específico, portanto, tipicamente minimalista. No voto do Ministro Maurício Correa isso é deixado claro:

(...) a jurisprudência é construída em cada caso concreto, e por isso mesmo não estou generalizando este meu entendimento para a incidência de outras hipóteses, como precedente *erga omnes*, reservando-me, evidentemente, na análise do novo julgamento de que

eventualmente venha a participar, para traduzir minha visão, quem sabe sobre outro ângulo, o que aqui é restrita a tal *quaestio*, ressalva essa que faço questão de anotar.⁴⁴

5.3. O caso *United States v. Virginia*, em 1996, decidido pela Corte Suprema Norte Americana, impedindo o Instituto Militar da Virgínia de não permitir alunas mulheres, foi uma decisão estreita, específica do caso, evitando dizer sobre a genérica segregação de sexos na educação.⁴⁵

5.4. A Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.543/DF, de março

42 DESTRI, Michelle Denise Durieux Lopes. *Minimalismo judicial*: alternativa democrática de atuação do poder judiciário em uma sociedade pluralista a partir da perspectiva de Cass R. Sunstein. Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009, p. 122, nota 206.

43 “COMPETÊNCIA - HABEAS-CORPUS - ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer *habeas-corpus* impetrado contra ato de tribunal, tenha esse, ou não, qualificação de superior. ESTUPRO - PROVA - DEPOIMENTO DA VÍTIMA. Nos crimes contra os costumes, o depoimento da vítima reveste-se de valia maior, considerado o fato de serem praticados sem a presença de terceiros. ESTUPRO - CONFIGURAÇÃO - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - IDADE DA VÍTIMA - NATU-REZA. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça – artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, alínea ‘a’, do Código Penal”. (STF, HC 73.662/MG, Relator Ministro Marco Aurélio, Segunda Turma, j. 21/05/1996, DJ 20/09/1996.)

44 “O padrão minimalista pode ser percebido no julgamento do HC 73662-9, em que o Supremo Tribunal Federal decidiu por 6 votos a 5 conceder o *habeas corpus* para absolver o paciente condenado pelo crime de estupro, cometido com violência presumida contra menor de 12 anos de idade, nos termos do CP arts. 213 e 244. A decisão do Supremo foi interpretada pela mídia como indicação de um entendimento genérico do tribunal no sentido de que nos dias atuais o estupro presumido seria figura impossível, em virtude das mudanças sociais. Essa compreensão distorcida causou um impacto negativo em alguns segmentos sociais em face do que representaria uma violação ao princípio da proteção integral da criança e do adolescente. Porém, de uma leitura atenta dos votos proferidos, o que se percebe é que o julgamento não tem a amplitude e nem a profundidade que se pretendeu imputar a ele. Ao contrário, a decisão possui um apelo fortemente minimalista já que partiu de uma análise altamente particularista dos fatos e circunstâncias envolvidos para a interpretação e aplicação da norma e sem a invocação de princípios filosóficos profundos e abstratos. Especialmente do voto do Min. Maurício Correa, vê-se que a decisão prolatada não objetivou encontrar solução para outros casos semelhantes que no futuro vierem a surgir, mas apenas solucionar o caso concreto naquela ocasião. Transcreve-se parte do voto em que essa postura minimalista se identifica com muita clareza: ‘(...) a jurisprudência é construída em cada caso concreto, e por isso mesmo não estou generalizando este meu entendimento para a incidência a outras hipóteses, como precedente *erga omnes*, reservando-me, evidentemente, na análise do novo julgamento de que eventualmente venha a participar, para traduzir minha visão, quem sabe sobre outro ângulo, que é aqui restrita a tal *quaestio*, ressalva essa que faço questão de anotar’.” (DESTRI, Michelle Denise Durieux Lopes. *Minimalismo judicial*: alternativa democrática de atuação do poder judiciário em uma sociedade pluralista a partir da perspectiva de Cass R. Sunstein. Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009, p. 122-123, nota 208.)

45 *Ibidem*, p. 122, nota 207.

de 2012, proposta pela Procuradoria Geral da República, com fundamento no artigo 102, I, “a” e “p”, da Constituição da República, contra o artigo 5º da Lei nº 12.034, de 29/09/2009, aprovada pelo Congresso Nacional, teve um tratamento minimalista. O referido artigo 5º criaria, a partir das eleições de 2014, inclusive, a impressão de voto, que seria depositado, automaticamente, em local lacrado, por auditoria, após o término da votação, permitindo o uso da identificação do eleitor, por sua biometria ou pela digitação do seu nome ou número de eleitor.⁴⁶ O minimalismo a que nos referimos

ocorreu no bojo do pedido da Medida Cautelar, previamente distribuída, e foi deferido a unanimidade. Sua relatora a Ministra Cármen Lúcia, em brilhante decisão, embora sem deixar vazios, cobriu estreitamente a questão praticamente decidindo-a, porém, como era procedimentalmente necessário, justificando o acolhimento da medida cautelar, pela presença dos *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, este devido a enormes gastos que se fariam imediatamente com a implantação de mudanças (cerca de um bilhão de reais).

A referência ao minimalismo foi feita pelo Ministro Luiz Fux, *in verbis*:

(...) a lei traz inovações que são severamente complexas e que volto a repetir, impõe a nós, Magistrados, uma postura minimalista.

A precisa descrição do professor Cass Sunstein, na sua obra *O Minimalismo Judicial na Suprema Corte*, publicada pela editora de Harvard, afirma que esse minimalismo amplia o espaço de posterior reflexão e debate porque é uma questão extremamente nova, o que nos permite um debate posterior, um debate mais meditado. Ele, então, assenta que: “(...) a trilha minimalista normalmente

seguro do cidadão. ‘Nada lhe pode ser cobrado, dele não se pode exigir prova do que foi feito ou do que tenha deixado de fazer’, disse a ministra. ‘Não é livre para votar quem pode ser chamado a prestar contas do seu voto, e o cidadão não deve nada a ninguém, a não ser a sua própria consciência’, completou. Nesse sentido, a ministra Cármen Lúcia ressaltou que a cabine de votação garante ao cidadão uma ‘escolha livre e inquestionável por quem quer que seja’.

Reconhecimento mundial

A ministra observou que a urna eletrônica utilizada atualmente no sistema brasileiro permite que o resultado das eleições seja transmitido às centrais sem a identificação do cidadão, com alteração sequencial dos eleitores de cada seção, o que garante o segredo do voto. Além disso, destacou o sucesso e o reconhecimento mundial quanto à votação eletrônica no país. ‘Parece certo que a segurança, eficiência, impessoalidade e moralidade do sistema de votação eletrônica, tal como adotado no Brasil, é não apenas acatado e elogiado em todos os lugares como vem sendo testada a sua invulnerabilidade, comprovada a sua higidez sistêmica e jurídica’, ressaltou a relatora, ao julgar procedente a ADI 4543”. (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=252858>>.)

46 “Norma que institui voto impresso a partir de 2014 é inconstitucional, decide STF

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) declarou a inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei 12.034/2009, que cria o voto impresso a partir das eleições de 2014. Na sessão plenária realizada nesta quarta-feira (6), os ministros confirmaram, em definitivo, liminar concedida pela Corte em outubro de 2011, na qual foram suspensos os efeitos do dispositivo questionado pela Procuradoria Geral da República (PGR) na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4543.

A ministra Cármen Lúcia, relatora da ADI, votou pela procedência da ação, e seu entendimento foi acompanhado por unanimidade. A ministra reafirmou os fundamentos apresentados no julgamento da liminar, quando o Plenário entendeu que o dispositivo contestado compromete o sigilo e a inviolabilidade do voto assegurada pelo artigo 14 da Constituição Federal.

O artigo 5º da Lei 12.034/2009 – que altera as Leis 9.096/1995 (Lei dos Partidos Políticos), 9.504/1997 (Lei Eleitoral) e 4.737/1965 (Código Eleitoral) – cria, a partir das eleições de 2014, ‘o voto impresso conferido pelo eleitor, garantido o total sigilo do voto’, mediante as regras que estabelece. O parágrafo 2º dispõe que, ‘após a confirmação final do voto pelo eleitor, a urna eletrônica imprimirá um número único de identificação do voto associado a sua própria assinatura digital’. Por fim, o parágrafo 5º permite o uso de identificação do eleitor por sua biometria ou pela digitação do seu nome ou número de eleitor, ‘desde que a máquina de identificar não tenha nenhuma conexão com a urna eletrônica’.

Voto secreto

‘O segredo do voto foi conquista impossível de retroação’, afirmou a ministra. ‘A quebra desse direito fundamental – posto no sistema constitucional a partir da liberdade de escolha feita pelo cidadão, a partir do artigo 14 – configura afronta à Constituição, e a impressão do voto fere, exatamente, esse direito’. Eventual vulneração do segredo do voto, conforme destacou a ministra, também comprometeria o inciso II do parágrafo 4º do artigo 60 da CF – cláusula pétrea – o qual dispõe que o voto direto, secreto, universal e periódico não pode ser abolido por proposta de emenda constitucional.

Espaço de liberdade

De acordo com ela, a urna é o espaço de liberdade mais

– nem sempre, mas normalmente – faz muito sentido quando o Tribunal está lidando com uma questão constitucional de alta complexidade, sobre a qual muitas pessoas possuem sentimentos profundos e sobre a qual a nação (...)” não está ainda definida, com sói ser essa hipótese de uma mudança *ex abrupto* da mecânica eleitoral. “A complexidade”, afirma o Professor Cass Sunstein, “pode resultar da falta de informação, de mudança das circunstâncias” – que é o caso –, ou a mesmo de uma “incerteza moral (juridicamente relevante). O minimalismo faz sentido, em primeiro lugar, porque os tribunais podem resolver” os temas incorretamente nesse açodamento e, em segundo lugar, porque podem criar sérios problemas mesmo que suas respostas sejam corretas. Os tribunais, portanto, tentam economizar no desacordo moral mediante a recusa em adotar os compromissos morais profundamente assumidos por outras pessoas quando desnecessários para decidir o caso.⁴⁷

5.5. *Kent v. Dulles* – foi o caso envolvendo a recusa em conceder passaporte a uma pessoa simpatizante do regime comunista, baseada numa lei que de forma vaga conferia o poder, ao Secretário de Estado, de emitir passaportes observando os interesses dos Estados Unidos. A Suprema Corte utilizou-se do minimalismo afirmando que o Secretário de Estado não poderia restringir o direito de ir e vir das pessoas, ao invés de simplesmente declarar a lei inconstitucional. Se o Executivo quisesse poderia ter essa autoridade somente como resultado de uma declaração clara do Congresso. Esta foi uma decisão minimalista promotora da democracia.⁴⁸

47 STF, ADI MC 4.543/DF, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 19/10/2011, DJe 01/03/2012.

48 DESTRI, Michelle Denise Durieux Lopes. *Minimalismo judicial: alternativa democrática de atuação do poder judiciário em uma sociedade pluralista a partir da perspectiva de Cass R. Sunstein*. Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis,

5.6. *Griswold v. Connecticut* – referia ao direito à privacidade e versava sobre a constitucionalidade da lei que proibia o uso de contraceptivos e estabelecia as penas aos infratores. A conclusão do Relator, Juiz White, foi de que o Estado tinha legitimidade para banir atividade sexual ilícita, ou seja, qualquer outra fora do casamento. Porém não via nexo causal entre a proibição do uso de contraceptivos e o banimento de atividades sexuais ilícitas e, por falta dos fundamentos, opinou pela inaplicabilidade da lei ao caso. Foi uma decisão minimalista, estreita e superficial, que evitou levantar polêmica sobre temas controvertidos como, por exemplo, a crença de imoralidade de sexo sem objetivo de procriação mesmo dentro do casamento.⁴⁹

5.7. *Hampton v. Mow Sun Wong* – foi a demanda contra o caso em que um regulamento da Comissão de Serviço Civil proibia estrangeiros de ocupar cargos públicos, sustentando os demandantes, a violação ao princípio da igualdade.

Ao governo interessava preservar os cargos públicos para cidadãos americanos. A Suprema Corte descartou ambas as pretensões, deixando em aberto, no caso de interesse nacional, a possibilidade de contratação de estrangeiros, porém, no caso concreto, a proibição não vinha do Congresso, mas sim de um ato da Administração. Se ela viesse ou vier do Congresso estaria totalmente correta.

Nesse caso, a Corte deixou a questão em aberto, portanto foi estreita, e nem teorizou profundamente a respeito, portanto, foi superficial.⁵⁰

5.8. *Dredd Scott v. Stamford* – foi uma decisão maximalista, duramente criticada e mal sucedida em querer “regular uma questão controvertida e ampla antes que o debate público pudesse tê-la enfrentado de forma mais amadurecida”.⁵¹

2009, p. 137, nota 239.

49 *Ibidem*, p. 138, nota 239.

50 *Ibidem*, p. 138-139, nota 239.

51 *Ibidem*, p. 141.

Essa ação, com sentença proferida em 1857, versava sobre um escravo negro levado por seu proprietário para o Estado de Illinois, onde a escravidão já havia sido abolida. O pleito à Suprema Corte consistia na sua declaração de liberdade. A decisão da Suprema Corte declarou não serem considerados cidadãos americanos os negros africanos trazidos como escravos e seus descendentes, escravos ou não; que o Congresso dos Estados Unidos não tinha autoridade para proibir a escravidão em territórios federais; que, por não serem cidadãos, não tinham o direito de demandar em juízo; que os escravos eram propriedade de seus donos que deles não podiam desapropriar sem o devido processo legal. Além de ter sido ineficaz, segundo Sunstein, contribuiu para a deflagração da guerra civil americana.⁵²

5.9. *Roe v. Wade* – é outro exemplo de decisão maximalista. Refere-se ao reconhecimento do direito das mulheres ao aborto tomando por base o direito à privacidade. A Suprema Corte Americana elaborou um complexo de regras nesse sentido sem a cautela necessária e adequada à realidade daquele período da vida americana, em que praticamente todos os estados americanos consideravam o aborto como uma prática ilegal. As lutas pelos direitos civis e o fato de estar no auge o movimento feminista dos Estados Unidos certamente refletiram na decisão da Corte. Consoante Sunstein a decisão fez aparecer o fenômeno político do “refluxo”: formação de “maioria moral”, contribuição para a derrota da “Emenda dos Direitos Iguais”, aumentou o dissenso em relação ao problema do aborto, enfraqueceu o movimento feminista pela sua identificação como movimento de uma única questão – o aborto, incentivou a organização da oposição e a desmobilização de aderentes em potencial.⁵³

6. Constitucionalismo democrático e o minimalismo judicial.

O debate desenvolvido normalmente em âmbito teórico acadêmico, entre aqueles que defendem o minimalismo judicial de Cass R. Sunstein e aqueles que se contrapõem a essa teoria ou, no mínimo, não consideram a solução mais adequada para muitas situações fáticas dos processos judiciais, é algo intenso e apaixonante, além de profícuo pelas perspectivas inovadoras nos Estados Unidos da América, com reflexo em outros países, inclusive entre nós.

Tal discussão enriquece e elucida a filosofia política contemporânea sobre os limites de atuação de jurisdição constitucional na proteção das minorias.⁵⁴

De acordo com Cass R. Sunstein, certas formas de minimalismo

(...) podem ser promotoras da democracia, não somente no sentido de que elas deixam questões abertas para deliberação democrática, mas também e, fundamentalmente, no sentido de que elas promovem a razão – dando e assegurando que importantes decisões sejam tomadas por atores democraticamente responsáveis.⁵⁵

Sunstein critica decisões maximalistas da Corte Americana, como no caso *Roe v. Wade*, sobre a questão do aborto. Nesse caso, ele alega que, embora correto “do ponto de vista de uma teoria constitucional substantiva, talvez o processo democrático tratasse melhor a questão relativa ao aborto, se a Corte tivesse atuado de forma mais cautelosa”.⁵⁶ Com isso não concordam os Professores Post e Siegel, que ressaltam ser intrínseco ao constitucionalismo a existência de conflitos sobre determinados significados constitucionais.

⁵² *Ibidem*, p. 141, nota 245.

⁵³ BUNCHART, Maria Eugenia. Constitucionalismo democrático versus minimalismo judicial. *Direito, Estado e Sociedade* – PUC/RJ, Rio de Janeiro, n. 38, jan./jun. 2011, p. 157-158.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 155.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 155-156.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 158.



A interpretação da Constituição Americana é defendida por alguns autores como devendo ser um diálogo entre os três Poderes. Bickel idealizou uma revisão judicial como devendo ser um “colóquio com outras instituições do governo”,⁵⁷ ao invés de um monólogo da Corte (sendo essa uma das bases para o minimalismo judicial de Cass R. Sunstein). Reduzindo humildemente o seu papel na interpretação do texto constitucional, a Suprema Corte estaria convidando os outros dois Poderes a se engajarem mais ativamente nesse papel.⁵⁸

Os Professores Post e Siegel defendem o seu “Constitucionalismo Democrático”, no

qual potencializam o “engajamento público expresso em termos de interações entre as Cortes e os movimentos sociais”, cujo modelo garante a interpretação da Constituição em um contexto pluralista.⁵⁹

7. Conclusão.

O minimalismo judicial, da forma como sustentado por Cass R. Sunstein, não tem uma definição precisa. “e o Professor Sunstein é, de fato, notoriamente ambíguo sobre o que ele entende por ‘minimalismo’. Sua teoria é conceitualmente instável”.⁶⁰ A própria diversidade de expressões usadas para conceituar ou entender o minimalismo, tais como “teoria”, “doutrina”, “tese”, “tema”, “via”, “meio”, “meta-doutrina”, “fenômeno”, “tática”, etc dão uma indicação nesse sentido.⁶¹

Parece-nos, entretanto, que o minimalismo judicial é uma ferramenta que pode ser usada ou não segundo as conveniências e circunstâncias do caso concreto. Como é a regra geral natural da vida cotidiana, não existe um único remédio para todos os males.

Apesar da defesa que Sunstein (2001b) promove em favor da via minimalista, ao longo de sua obra, fica expresso o reconhecimento de que nem sempre será este o melhor meio para a redução do custo das decisões e dos erros. Em muitas oportunidades, como quando o planejamento é necessário, ou até mesmo em contextos nos quais os julgadores

57 BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the Bar of politics*. Yale University Press, 1986.

58 OHLENDORF, John David. Politics, constitutional interpretation, and media ecology: an argument against judicial minimalism. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 31, n. 3, jun. 2008, p. 1141.

59 BUNCHRAFT, Maria Eugenia. Constitucionalismo democrático versus minimalismo judicial. *Direito, Estado e Sociedade* – PUC/RJ, Rio de Janeiro, n. 38, jan./jun. 2011, p. 158.

60 “(...) and Professor Sunstein is, in fact, notoriously ambiguous about what he means by ‘minimalism’. His Theory is conceptually unstable”. (SIEGEL, Neil S. A theory in search of a court, and itself: judicial minimalism at the Supreme Court Bar. *Michigan Law Review*, v. 103, n. 8, ago. 2005, p. 1957.)

61 Até o termo “prudencialismo” chega a ser usado: “A bickelian understanding – call it ‘prudentialism’.” (SIEGEL, Neil S. A theory in search of a court, and itself: judicial minimalism at the Supreme Court Bar. *Michigan Law Review*, v. 103, n. 8, ago. 2005, p. 1961.)

estejam seguros acerca de um julgamento mais amplo ou de um argumento teórico mais profundo, uma regra ampla será melhor do que um julgamento mais restrito.⁶²

Poder-se-ia, ainda, considerar que o minimalismo judicial é uma “aspiração”, não normatizada, cujos benefícios devem ser bem avaliados antes de sua aplicação. “Há ocasiões em que as Cortes devem se pronunciar sobre o certo e o errado, sobre questões sociais divisíveis e altamente contestadas”.⁶³ Nesses casos o maximalismo seria mais bem aplicado.

No julgamento do Professor Neil S. Siegel o

(...) minimalismo seria mais útilmente empregado para aconselhar considerações estritas – as poderosas lições de prudência, cuidado e humildade que estão presentes no trabalho do Professor Sunstein.⁶⁴

Entretanto, pode ser muito difícil decidir se uma determinada ação deve ser tratada de forma minimalista ou maximalista ou de forma intermediária, já que não há regras para uma decisão dessas; elas dependem do

julgamento de cada indivíduo. De certa forma, intrigante é a inclusão por Sunstein, no rol de minimalistas, das decisões de inadmissibilidade de apelação à Suprema Corte Americana, que necessitam votos de quatro juízes da Suprema Corte para garantir a admissibilidade da petição. Como pode ser o minimalismo potencialmente empregado simplesmente declinando de considerar o caso – isto é, através da negação do pedido de apelação? Da mesma forma, a garantia do prosseguimento do feito não tem muito a ver com o minimalismo. Similarmente, no exemplo apresentado sobre decisões minimalistas e maximalistas referente à Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade sobre a impressão do voto (ADI MC 4.543/DF), em que a cautela foi deferida por unanimidade, o Ministro Luiz Fux, em seu voto, classificou a decisão de “postura minimalista” sugerindo tratar-se de uma questão nova e complexa e por isso utilizar-se-ia espaço de posterior reflexão e debate. Ora, parece-nos que essa é sempre a postura, quando se garante a tutela antecipada de uma medida cautelar. O mesmo ocorre quando a cautela é negada. Acreditamos que a teoria minimalista caberia apenas no julgamento do mérito da ação. Talvez fizesse mais sentido considerar minimalista uma medida cautelar se ela fosse estreita e superficial, sem muita teorização relativa a possíveis meandros sobre o tema. Sob esse prisma, faz sentido classificar a decisão da medida cautelar mencionada, como minimalista.

Embora a ideia de que o minimalismo, como apresentado na literatura acadêmica, esteja quase sempre ligada às ações constitucionais complexas e, portanto, implica na atuação da Suprema Corte, às vezes ela é mencionada também para casos de cortes menores. Trazendo essa extensão à realidade jurídica brasileira, acreditamos que as conciliações são os melhores exemplos de decisões minimalistas no âmbito de nossa Justiça. Elas são estreitas, superficiais, e nem chegam aos acordos “parcialmente teorizados”, da teoria minimalista de Sunstein, pois os acordos con-

62 DESTRI, Michelle Denise Durieux Lopes. *Minimalismo judicial: alternativa democrática de atuação do poder judiciário em uma sociedade pluralista a partir da perspectiva de Cass R. Sunstein*. Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009, p. 149.

63 DEVINS, Neal. The democracy-forcing constitution. *Michigan Law Review*, v. 97, n. 6, maio 1999.

64 “First, minimalism could replace its provocative descriptive assertion that the Court typically decides cases ‘as narrowly and shallowly as possible’ with the more modest – but less clearly inaccurate — suggestion that a majority of the Justices (whether considered individually or collectively) tend to favor *relatively* narrow and shallow holdings; that is, they tend to forego broader and deeper alternatives in deciding cases, even if they do not go so far as to adopt the narrowest and shallowest rationale reasonably available. That claim, although more difficult to test than Professor Sunstein’s more aggressive description contention, could nonetheless then be subjected to empirical testing.” (SIEGEL, Neil S. A theory in search of a court, and itself: judicial minimalism at the Supreme Court Bar. *Michigan Law Review*, v. 103, n. 8, ago. 2005, p. 2018.)

ciliados não necessitam de teoria alguma. Refiro-me tanto àqueles acordos a que chegam as partes durante a etapa inicial do processo, especificamente em “audiências de conciliação” quanto àqueles julgados nos Tribunais de Pequenas Causas. Ainda, em relação aos julgamentos das cortes menores, poderíamos caracterizar como minimalistas as decisões monocráticas. Sob outro enfoque, as súmulas vinculantes levam a um minimalismo “forçado” e os precedentes jurisprudenciais balizam decisões de forma mais simplificada, utilizando teorizações preexistentes.

Por fim, vale lembrar que a Constituição nos Estados Unidos é a mesma desde 1787 e que nela estão contidas poucas leis acerca de direitos dos cidadãos. Então, foram os juízes e não o Poder Executivo ou o Legislativo que introduziram garantias dos direitos e liberdades não existentes no texto constitucional original ou nas suas emendas, algumas delas relativas à realidade moderna como o aborto, os contraceptivos, as escolas para brancos, as cotas para negros, para os hispanos, etc, nas universidades ou na contratação pública e nas regras eleitorais. Portanto, parece ser esse extremo poder da Corte Suprema Americana a causa de tanta polêmica nos meios acadêmicos e jurídicos acerca de minimalismo judicial, introduzido por Cass R. Sunstein, ao pleitear que as Cortes reconheçam “limites inerentes de sua autoridade”⁶⁵ ou, como mencionado por Ohlendorf “(...) os estudiosos legais conservadores encontram na doutrina do minimalismo uma arma efetiva contra o excesso judicial”.⁶⁶

Porém, os críticos da teoria de Sunstein, como Neil S. Siegel, confiam na Suprema Corte Americana como a guardiã da sua Constituição, pois os juízes, comparados com o Executivo e o Congresso, são os mais “isolados das pressões dos políticos majoritários e, portanto, mais bem equipados para proteger os direitos de minorias”. Ainda em sua conclusão, “(...) minimalismo seria mais utilmente empregado para aconselhar considerações estritas (...) tiradas das poderosas lições de prudência, cuidado e humildade (...)”.⁶⁷

Nesse mesmo sentido, Neal Devins comenta que o diálogo sobre a Constituição Americana, defendido por Sunstein, “entre a Corte, os governantes eleitos e o povo está longe de fazer a Constituição mais relevante e estável”⁶⁸ e, para isso, apenas a adoção de decisões minimalistas não são a solução.

Os juízes, graças principalmente à vitaliciedade, são menos suscetíveis de serem dirigidos por expedientes políticos do que aqueles com cargos eleitos. Além disso, porque as Cortes precisam oferecer razões para suas decisões, os juízes são aptos a assumir mais seriamente suas responsabilidades ao estabelecer argumentos lógicos e coerentes. Em outras palavras, da mesma forma que as Cortes têm fraquezas institucionais, elas têm forças institucionais. As Cortes são mais aptas a apelar às melhores naturezas do homem, a evocar suas “aspirações”, a ser a voz da razão, articulando e desenvolvendo princípios duráveis e impessoais.

65 DEVINS, Neal. The democracy-forcing constitution. *Michigan Law Review*, v. 97, n. 6, maio 1999, p. 1984.

66 “Modern judicial minimalism has found a new home in conservative constitutional theory. The specter of substantive due process has been reborn, and like Justices Holmes and Brandeis a century earlier, conservative legal scholars have found in the doctrine of restraint an effective weapon against judicial excess (...)”. (OHLENDORF, John David. Politics, constitutional interpretation, and media ecology: an argument against judicial minimalism. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 31, n. 3, jun. 2008, p. 1140.)

67 SIEGEL, Neil S. A theory in search of a court, and itself: judicial minimalism at the Supreme Court Bar. *Michigan Law Review*, v. 103, n. 8, ago. 2005, p. 2015 e 2019.

68 DEVINS, Neal. The democracy-forcing constitution. *Michigan Law Review*, v. 97, n. 6, maio 1999, p. 1972.

Referências bibliográficas.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BÍBLIA de Genebra. 2. ed. rev. e ampl. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Salom%C3%A3o#cite_note-14>.

BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the Bar of politics*. Yale University Press, 1986.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. Constitucionalismo democrático versus minimalismo judicial. *Direito, Estado e Sociedade* – PUC/RJ, Rio de Janeiro, n. 38, p. 154-180, jan./jun. 2011.

DESTRI, Michelle Denise Durieux Lopes. *Minimalismo judicial: alternativa democrática de atuação do poder judiciário em uma sociedade pluralista a partir da perspectiva de Cass R. Sunstein*. Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009.

DEVINS, Neal. The democracy-forcing constitution. *Michigan Law Review*, v. 97, n. 6, maio 1999.

OHLENDORF, John David. Politics, constitutional interpretation, and media ecology: an argument against judicial minimalism. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 31, n. 3, jun. 2008.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SIEGEL, Neil S. A theory in search of a court, and itself: judicial minimalism at the Supreme Court Bar. *Michigan Law Review*, v. 103, n. 8, ago. 2005.

SOFTNESS, Benjamin S. Preserving judicial supremacy come *Heller* high water. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 161, n. 2, 2013.

TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.