

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Bruno Paiva Bernardes

**DO MINIMALISMO JUDICIAL AO MINIMALISMO DIALÓGICO:
reconfiguração e aplicação da abordagem minimalista ao Direito brasileiro**

Belo Horizonte

2025

Bruno Paiva Bernardes

**DO MINIMALISMO JUDICIAL AO MINIMALISMO DIALÓGICO:
reconfiguração e aplicação da abordagem minimalista ao Direito brasileiro**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Marciano Seabra de Godoi

Belo Horizonte

2025

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

B518d Bernardes, Bruno Paiva
Do minimalismo judicial ao minimalismo dialógico: reconfiguração e aplicação da abordagem minimalista ao Direito brasileiro / Bruno Paiva Bernardes. Belo Horizonte, 2025.
225 f.

Orientador: Marciano Seabra de Godoi
Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Sunstein, Cass R., 1954- - Crítica e interpretação. 2. MacIntyre, Alasdair C., 1929- - Crítica e interpretação. 3. Linguagem - Aspectos morais e éticos. 4. Ética. 5. Decisão judicial - Doutrinas e controvérsias. 6. Poder judiciário - Decisão judicial. 7. Ativismo judicial. 8. Democracia deliberativa. I. Godoi, Marciano Seabra de. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 340.11

Ficha catalográfica elaborada por Fabiana Marques de Souza e Silva - CRB 6/2086

Bruno Paiva Bernardes

**DO MINIMALISMO JUDICIAL AO MINIMALISMO DIALÓGICO:
reconfiguração e aplicação da abordagem minimalista ao Direito brasileiro**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas
Gerais, como requisito parcial para obtenção do título
de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Marciano Seabra de Godoi

Prof. Dr. Marciano Seabra de Godoi – PUC Minas (Orientador)

Prof. Dr. José Adércio Leite Sampaio – PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Júlio Aguiar de Oliveira – PUC Minas (Banca Examinadora)

Profa. Dra. Gabriela Oliveira Freitas – Universidade FUMEC (Banca Examinadora)

Profa. Dra. Maria Eugenia Bunchaft – Universidade Estácio de Sá (Banca Examinadora)

Profa. Dra. Alice de Souza Birchal – PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Dimas Ferreira Lopes – PUC Minas (Suplente)

Profa. Dra. Luciana Pereira Queiroz Pimenta – PUC Minas (Suplente)

Belo Horizonte, 25 de abril de 2025.

Para Sandra e Gabriel, com todo meu amor, dedico este manuscrito, além de tudo que sou e serei.

AGRADECIMENTOS

Concluir o doutorado era um sonho cultivado por muito tempo. No entanto, nem sempre o tempo agiu a favor de sua concretização. Foi preciso um arranjo de vida complexo, que se deu tanto pela fortuidade quanto pela vontade. O caminhar, porém, mostrou que não bastava a vontade. A vida obriga a partilhar e, ao mesmo tempo, oferece porções de generosidade, companheirismo e afeto, sem as quais o desejo íntimo se torna apenas egoísmo. Essa conquista é produto da vontade compartilhada de muitas mentes, mãos e corações.

É momento de agradecer. Valer-me-ei de clichês que, sem dúvida, imprimiram em minha pessoa o que há de bom em tantas que me cercam.

Primeiramente, agradeço às mentes e mãos.

Registro meus sinceros agradecimentos ao Professor Doutor Marciano Seabra de Godoi, que, sem hesitação, aceitou a tarefa de me orientar ao longo do doutoramento, contribuindo com agudas críticas para o meu crescimento como pesquisador. Professor, saiba que sua orientação zelosa e atenta foi determinante para a forma final desta tese, cujas deficiências se devem exclusivamente às minhas limitações individuais e à minha boa carga de teimosia.

Meus agradecimentos, igualmente, aos Professores Doutores José Adércio Leite Sampaio e Júlio Aguiar de Oliveira, que, na condição de membros internos do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da PUC Minas, ofereceram críticas e objeções a esta tese desde a pré-banca. Saibam da minha admiração e respeito pelos pesquisadores que são. Ao Professor Doutor Júlio Aguiar de Oliveira, por ter sido seu aluno durante as disciplinas no doutoramento, agradeço também por ter me apresentado a autores que estavam fora do meu espectro acadêmico, em particular, Alasdair MacIntyre, um dos marcos teóricos deste trabalho.

Às Professoras Doutoras Gabriela Oliveira Freitas, Maria Eugenia Bunchaft e Alice de Souza Birchal, expressei minha gratidão pela acolhida gentil ao convite para compor a banca de avaliação desta tese. À Professora Doutora Gabriela Oliveira Freitas, cumprimento pela felicidade de poder partilhar os mesmos redutos acadêmicos, registrando minha admiração pelo modo com que une leveza no trato e rigor acadêmico. À Professora Doutora Maria Eugenia Bunchaft, que só recentemente pude conhecer – mas cuja bibliografia há muito era conhecida –, agradeço e cumprimento pelas contribuições críticas à temática objeto deste trabalho. À Professora Doutora Alice de Souza Birchal, profissional admirável, progressista, à frente do seu tempo, com quem tive a honra de coadjuvar em projetos acadêmicos de impacto, agradeço por poder compartilhar mais este momento da minha singela trajetória acadêmica.

Aos Professores Doutores Dimas Ferreira Lopes e Luciana Pereira Queiroz Pimenta, que, de pronto e com grande gentileza, aceitaram o convite para compor a banca de exame na condição de membros suplentes. Suas valiosas contribuições acadêmicas estão refletidas neste modesto trabalho.

A todos os professores e colaboradores do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da PUC Minas, meus agradecimentos.

A essas mentes e mãos uniram-se outras, além de corações.

À minha companheira de vida, de agruras, tormentas, minha maior incentivadora, minha mulher, Sandra. A força que moveu a conquista deste projeto partiu de você, que acreditou em mim em todos os momentos, sem exceção, inclusive naqueles em que eu fraquejava e temia. Você foi tudo: leitora crítica, escuta, acolhimento e muitos empurrões adiante. Se eu via precipício, você foi a ponte. Essa conquista é nossa. Mais uma no caminho de “dominar o mundo”, desde que no nosso tempo, respeitando o nosso sono. É... Não temos pressa. O que a vida nos deu basta. O fim do doutorado devolverá aquela parte de mim que foi sequestrada de você. Cuidaremos mais do jardim, assistiremos uma infinidade de séries e filmes: eu, você e os gatos.

Ao meu filho, Gabriel, que também resolveu abraçar o caminho do Direito, por tanto ver em casa dois (bons ou maus?) exemplos. Sua inteligência arguta, sensibilidade e acidez encantam-me diariamente e inspiram-me a ser melhor. Nossa conexão, alinhada por vibrações impossíveis de serem sintonizadas por outras pessoas, nos coloca em um mundo que é diferente, só nosso. Essa conquista é também sua, e você sabe o quanto.

Aos meus pais, Isis e Gilson, meus irmãos, Diego e Samuel, e à minha cunhada, Isabel, irmã que a vida me deu, agradeço por vibrarem, rezarem e torcerem por esta conquista. Foi também por intermédio das mentes, mãos e corações de vocês que este objetivo foi cumprido.

À Alessandra, que cuida da minha família e de mim com carinho genuíno, obrigado por tudo.

Aos queridos alunos, professores de todos os graus que cursei, amigos, que não posso enumerar neste espaço, obrigado por deixarem em mim um pouco de vocês.

A Deus, que me protegeu de mim, da maldade de gente boa e da bondade da pessoa ruim.

*“Só na fantasia vivemos as histórias que nos
agradam”*

MacIntyre (2001b, p. 359).

RESUMO

O minimalismo judicial fundamenta-se na premissa de que as decisões judiciais devem se limitar ao núcleo mínimo essencial para a resolução de controvérsias, evitando proposições de amplo alcance teórico e incursões jurídicas ou fáticas desnecessárias para o caso em exame. Contudo, embora a abordagem minimalista contribua para a moderação, ela enfrenta críticas por sua possível superficialidade, pela ausência de critérios objetivos e por deixar lacunas que demandam aprofundamento em questões morais, sociais e jurídicas. Nesse contexto, esta tese busca realizar uma reconfiguração do minimalismo para que seja alcançado um modelo dialógico, que valorize o engajamento participativo e a interação contínua entre os atores processuais. Assim, como problema de pesquisa, indaga-se, diante da desordem da linguagem moral que permeia o exercício da função jurisdicional brasileira e da insuficiência do minimalismo judicial em lidar com questões morais complexas, como reconfigurar essa abordagem em um modelo dialógico capaz de reconstruir a linguagem moral jurisdicional e tratar os conflitos como elementos constitutivos de um processo deliberativo democrático, promovendo maior interação entre o Poder Judiciário, outras esferas estatais e a sociedade, mantendo-se o sentido de moderação? Como hipótese, conjectura-se que a reconfiguração do minimalismo judicial em um modelo dialógico – o minimalismo dialógico –, que busca reconstruir a linguagem moral jurisdicional e tratar os conflitos como elementos constitutivos de um processo deliberativo democrático, tende a apontar para a superação das limitações do minimalismo no Brasil, ainda que o restringindo. Essa reformulação, ao promover maior interação entre o Poder Judiciário, as demais esferas estatais e a sociedade, pode atender às demandas morais e estruturais contemporâneas. Adicionalmente, propõe-se a incorporação do conceito de tradição viva de MacIntyre e sua ênfase na importância dos conflitos para o desenvolvimento moral e social, que podem oferecer uma base mais rica para o minimalismo, permitindo uma abordagem mais dinâmica e contextualizada das questões jurídicas e morais. Assim, o objetivo geral da pesquisa é propor a reconfiguração do minimalismo judicial em um modelo dialógico adaptado à realidade brasileira, com vistas à reconstrução da linguagem moral jurisdicional e ao tratamento dos conflitos como elementos constitutivos de um processo deliberativo democrático, promovendo maior interação entre o Poder Judiciário, as esferas estatais e a sociedade.

Palavras-chave: minimalismo judicial; Cass Sunstein; Alasdair MacIntyre; tradição viva; minimalismo dialógico.

ABSTRACT

Judicial minimalism is grounded on the premise that judicial decisions should be confined to the essential minimum necessary to resolve disputes, avoiding broad theoretical propositions and unnecessary legal or factual incursions into the case under consideration. However, while the minimalist approach contributes to moderation, it faces criticism for its potential superficiality, the absence of objective criteria, and for leaving gaps requiring deeper engagement with moral, social, and legal issues. In this context, this thesis seeks to reconfigure minimalism to achieve a dialogical model that values participatory engagement and continuous interaction among the actors within the justice system. The research problem, therefore, is framed as follows: given the disorder in moral language that permeates the exercise of judicial functions in Brazil and the insufficiency of judicial minimalism in addressing complex moral issues, how can this approach be reconfigured into a dialogical model capable of reconstructing judicial moral language and treating conflicts as constitutive elements of a democratic deliberative process, thereby fostering greater interaction between the Judiciary, other state spheres, and society, while preserving the sense of moderation? As a hypothesis, it is conjectured that the reconfiguration of judicial minimalism into a dialogical model – referred to as dialogical minimalism – that seeks to reconstruct judicial moral language and treat conflicts as constitutive elements of a democratic deliberative process tends to address the limitations of minimalism in Brazil, albeit within restricted boundaries. This reformulation, by promoting greater interaction between the Judiciary, other state spheres, and society, could meet contemporary moral and structural demands. Additionally, the incorporation of Alasdair MacIntyre's concept of a living tradition and his emphasis on the importance of conflicts for moral and social development is proposed. This concept offers a richer foundation for minimalism, enabling a more dynamic and contextualized approach to legal and moral issues. Thus, the general objective of this research is to propose the reconfiguration of judicial minimalism into a dialogical model adapted to the Brazilian context, aimed at reconstructing judicial moral language and treating conflicts as constitutive elements of a democratic deliberative process, thereby fostering greater interaction between the Judiciary, state spheres, and society.

Keywords: judicial minimalism; Cass Sunstein; Alasdair MacIntyre; living tradition; dialogical minimalism.

RESUMEN

El minimalismo judicial se fundamenta en la premisa de que las decisiones judiciales deben limitarse al núcleo mínimo esencial para la resolución de controversias, evitando proposiciones de amplio alcance teórico e incursiones jurídicas o fácticas innecesarias para el caso en cuestión. No obstante, aunque el enfoque minimalista contribuye a la moderación, enfrenta críticas por su posible superficialidad, por la ausencia de criterios objetivos y por dejar lagunas que requieren un mayor desarrollo en cuestiones morales, sociales y jurídicas. En este contexto, esta tesis busca realizar una reconfiguración del minimalismo para alcanzar un modelo dialógico que valore la participación activa y la interacción continua entre los actores del sistema de justicia. Así, como problema de investigación, se plantea, frente al desorden del lenguaje moral que permea el ejercicio de la función jurisdiccional en Brasil y la insuficiencia del minimalismo judicial para abordar cuestiones morales complejas, ¿cómo reconfigurar este enfoque hacia un modelo dialógico capaz de reconstruir el lenguaje moral jurisdiccional y tratar los conflictos como elementos constitutivos de un proceso deliberativo democrático, promoviendo una mayor interacción entre el Poder Judicial, otras esferas estatales y la sociedad, manteniendo el sentido de moderación? Como hipótesis, se conjetura que la reconfiguración del minimalismo judicial en un modelo dialógico – el minimalismo dialógico –, que busque reconstruir el lenguaje moral jurisdiccional y tratar los conflictos como elementos constitutivos de un proceso deliberativo democrático, tiende a superar las limitaciones del minimalismo en Brasil, aunque lo restrinja. Esta reformulación, al promover una mayor interacción entre el Poder Judicial, las demás esferas estatales y la sociedad, puede responder a las demandas morales y estructurales contemporáneas. Adicionalmente, se propone la incorporación del concepto de tradición viva de MacIntyre y su énfasis en la importancia de los conflictos para el desarrollo moral y social, lo que puede ofrecer una base más rica para el minimalismo, permitiendo un enfoque más dinámico y contextualizado de las cuestiones jurídicas y morales. De este modo, el objetivo general de la investigación es proponer la reconfiguración del minimalismo judicial en un modelo dialógico adaptado a la realidad brasileña, con miras a la reconstrucción del lenguaje moral jurisdiccional y al tratamiento de los conflictos como elementos constitutivos de un proceso deliberativo democrático, promoviendo una mayor interacción entre el Poder Judicial, las esferas estatales y la sociedad.

Palabras clave: minimalismo judicial; Cass Sunstein; Alasdair MacIntyre; tradición viva; minimalismo dialógico.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Relação entre teorias, hipóteses, variáveis e observações.....	138
---	-----

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC	Acre
C	Conclusões parciais
DF	Distrito Federal
Fundo Clima	Fundo Nacional sobre Mudança do Clima
ICMS	Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e Comunicações
PSB	Partido Socialista Brasileiro
PSOL	Partido Socialismo e Liberdade
PT	Partido dos Trabalhadores
PV	Partido Verde
RJ	Rio de Janeiro
RO	Rondônia
SC	Santa Catarina
SP	São Paulo
UnB	Universidade de Brasília

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	15
2	MINIMALISMO JUDICIAL E SUA ESTRUTURA TEÓRICA	23
2.1	Minimalismo judicial por Cass Sunstein	23
2.2	Dimensões minimalistas: estreiteza e superficialidade.....	28
2.3	A teorização incompleta e a busca pelo consenso no minimalismo judicial de Cass Sunstein.....	32
2.3.1	<i>Uso construtivo do silêncio, descida conceitual e princípios de nível inferior.....</i>	35
2.3.2	<i>Acordos não totalmente teorizados: uma inspiração rawlsiana?</i>	38
2.4	O ideal de democracia deliberativa.....	44
2.5	Minimalismo e conservadorismo político	50
2.5.1	<i>A figura de Edmund Burke</i>	50
2.5.2	<i>A herança burkeana no minimalismo e no pensamento de Cass Sunstein.....</i>	58
2.6	Subtipos minimalistas e as <i>personae</i> constitucionais	65
2.6.1	<i>Minimalismo racionalista e minimalismo burkeano</i>	65
2.6.2	<i>As <i>personae</i> constitucionais</i>	67
2.6.2.1	<i>Os heróis</i>	67
2.6.2.2	<i>Os soldados</i>	71
2.6.2.3	<i>Os mudos.....</i>	72
2.7	Conclusões parciais.....	73
3	A FORTUNA CRÍTICA DO MINIMALISMO JUDICIAL DE CASS SUNSTEIN NO BRASIL	74
3.1	Teses e dissertações.....	75
3.2	Artigos científicos.....	94
3.3	Conclusões parciais.....	106
4	SUBSTITUINDO O CONSERVADORISMO DE EDMUND BURKE DO MINIMALISMO: AS CONTRIBUIÇÕES DE ALASDAIR MACINTYRE.....	108
4.1	A Filosofia Moral de Alasdair MacIntyre em “Depois da virtude”	108
4.1.1	<i>O emotivismo e o “eu emotivista”.....</i>	110

4.1.2	<i>O projeto iluminista fracassado e a justificação da moralidade contemporânea: empirismo, burocracia e manipulação em Alasdair MacIntyre – por um resgate a Aristóteles</i>	115
4.1.3	<i>Tradição viva, dinâmica dos conflitos e virtudes</i>	126
4.2	Tradição viva e minimalismo	133
4.3	Conclusões parciais	139
5	MINIMALISMO E DESORDEM DA LINGUAGEM MORAL JURISDICIONAL	140
5.1	O consenso minimalista, a construção da linguagem moral jurisdicional e a incidência da lente teórica da Filosofia Moral de Alasdair MacIntyre	142
5.2	A formação do modelo de jurisdição no Estado Liberal	143
5.3	Do Estado Social ao Estado Democrático de Direito: uma redefinição da função jurisdicional	145
5.4	O minimalismo dialógico como tentativa episódica de reparo da linguagem moral jurisdicional	147
5.5	Conclusões parciais	157
6	DOS ACORDOS AOS CONFLITOS NÃO TOTALMENTE TEORIZADOS ..	158
6.1	A importância dos conflitos e o diálogo como bem interno à prática jurisdicional minimalista	159
6.2	A consideração do conflito como condição para aplicação do minimalismo	165
6.3	Limites à teorização incompleta e ao minimalismo	170
6.4	Mecanismos procedimentais para a utilização do minimalismo no Brasil	178
6.5	Categorização de decisões: uma amostra	187
6.6	Conclusões parciais	194
7	CONSIDERAÇÕES FINAIS	196
	REFERÊNCIAS	200

1 INTRODUÇÃO

O minimalismo judicial fundamenta-se na premissa de que as decisões judiciais devem se limitar ao núcleo mínimo essencial para a resolução de controvérsias, evitando proposições de amplo alcance teórico e incursões jurídicas ou fáticas desnecessárias para o caso em exame. Identificado por Cass Robert Sunstein na década de 1990, o minimalismo judicial surgiu como uma resposta às abordagens mais ativistas, ambiciosas, maximalistas e originalistas na interpretação constitucional, na tentativa de promover uma forma de decisão judicial mais cautelosa e incremental.

Contudo, embora a abordagem minimalista contribua para a moderação, ela enfrenta críticas por sua possível superficialidade, pela ausência de critérios objetivos e por deixar lacunas que demandam aprofundamento em questões morais, sociais e jurídicas. Nesse contexto, a tese busca realizar uma reconfiguração do minimalismo para que seja alcançado um modelo dialógico, que valorize o engajamento participativo e a interação contínua entre os atores do sistema de justiça.

A abordagem de Sunstein sugere que, ao limitar o escopo das decisões, os tribunais seriam capazes de deixar espaço para a modificação das normas sociais e políticas, a serem realizadas por meio de mecanismos democráticos mais tradicionais. Isso se oporia à ideia de que os tribunais devam atuar como árbitros finais das questões morais ou éticas, uma postura que, potencialmente, poderia cristalizar certas normas e impedir a adaptação da sociedade a novos desafios e contextos.

O minimalismo dialógico, proposta central desta tese, pode ser definido como uma reconfiguração do minimalismo judicial que incorpora o elemento do diálogo, visando superar as limitações da abordagem original de Sunstein, também por meio de sentido distinto de tradição – a tradição viva.

O minimalismo dialógico diferencia-se do minimalismo original de Sunstein em aspectos fundamentais. Enquanto a perspectiva de Sunstein focaliza a contenção judicial e a busca por acordos não totalmente teorizados, o minimalismo dialógico sugere uma atitude mais proativa e aberta do Judiciário na facilitação do diálogo institucional e social. Isso é uma consequência da adoção da ideia de tradição viva de Alasdair MacIntyre, que identifica os conflitos morais como componentes fundamentais e geradores da sociedade, o que pode – e deve – ser integrado ao processo deliberativo jurisdicional no desenvolvimento de soluções de matiz participativo.

O minimalismo dialógico propõe incorporar as contribuições da Filosofia Moral de MacIntyre, particularmente sua crítica à desordem da linguagem moral contemporânea e sua concepção de tradição viva. Por linguagem moral, ancorando-se nos conceitos do citado autor, entende-se como o conjunto de expressões que não apenas descrevem condutas, mas que vinculam as ações humanas a determinados fins internamente relacionados às práticas sociais. Essa abordagem visa enriquecer o minimalismo, ao oferecer uma perspectiva mais diversificada sobre como lidar com conflitos morais e jurídicos em um contexto de complexidade. A incorporação do pensamento de MacIntyre permite uma compreensão mais profunda dos conflitos morais e jurídicos como elementos constitutivos de uma tradição viva, em constante evolução e reinterpretação, diferentemente da tradição burkeana, essencialmente estática.

A escolha do tema é particularmente relevante no Brasil, cuja realidade jurídica apresenta tensões entre o exercício do poder decisório e a efetividade dos direitos fundamentais. No contexto brasileiro, o minimalismo dialógico poderia representar uma alternativa distinta, ainda que episódica, para lidar com questões constitucionais complexas, como as relacionadas a direitos sociais, políticas públicas e conflitos entre Poderes, promovendo, caso a caso, o equilíbrio entre a necessidade de decisões judiciais e o respeito à deliberação democrática. A reconfiguração do minimalismo em direção a um modelo dialógico permite uma análise crítica sobre como os tribunais podem desempenhar, simultaneamente, um papel mais ativo na promoção da democracia deliberativa, sem abdicar da moderação. Assim, a tese propõe um diálogo interdisciplinar que articula o pensamento jurídico, filosófico e político, ancorando-se em uma abordagem metodológica que tenta unir rigor acadêmico e aplicabilidade prática.

Assim, como problema de pesquisa, indaga-se, diante da desordem da linguagem moral que permeia o exercício da função jurisdicional brasileira e da insuficiência do minimalismo judicial em lidar com questões morais complexas, como reconfigurar essa abordagem em um modelo dialógico capaz de reconstruir a linguagem moral jurisdicional e tratar os conflitos como elementos constitutivos de um processo deliberativo democrático, promovendo maior interação entre o Poder Judiciário, outras esferas estatais e a sociedade, mantendo-se o sentido de moderação?

Como hipótese, conjectura-se que a reconfiguração do minimalismo judicial em um modelo dialógico – o minimalismo dialógico –, que busca reconstruir a linguagem moral jurisdicional e tratar os conflitos como elementos constitutivos de um processo deliberativo democrático, tende a apontar para a superação das limitações do minimalismo no Brasil, ainda que o restringindo. Essa reformulação, ao promover maior interação entre o Poder Judiciário, as demais esferas estatais e a sociedade, pode atender às demandas morais e estruturais

contemporâneas. Adicionalmente, propõe-se a incorporação do conceito de tradição viva de MacIntyre e sua ênfase na importância dos conflitos para o desenvolvimento moral e social, que podem oferecer uma base mais rica para o minimalismo, permitindo uma abordagem mais dinâmica e contextualizada das questões jurídicas e morais.

A inovação da pesquisa reside na proposta de um modelo de minimalismo que não apenas adapta a abordagem de Sunstein ao contexto brasileiro, mas também a enriquece com elementos da Filosofia Moral. Ao fazê-lo, busca-se oferecer uma contribuição original tanto para o debate nacional sobre o papel do Judiciário quanto para as discussões internacionais sobre minimalismo judicial e democracia deliberativa.

A presente tese justifica-se pela necessidade de uma investigação endógena do minimalismo judicial no contexto brasileiro, algo ainda pouco realizado, de modo a avaliar criticamente suas potencialidades e limitações por meio de suas bases teóricas, características e requisitos. Ainda, destaque-se que, embora o minimalismo judicial tenha sido amplamente teorizado e aplicado nos Estados Unidos da América, o simples transplante dessa abordagem para o Brasil pode gerar distorções e inadequações, considerando as diferenças entre os sistemas jurídicos e as demandas sociais de cada país. A falta de exame aprofundado sobre as particularidades do minimalismo em sua adoção local apresenta o risco de importar, de forma acrítica, conceitos e práticas que não dialogam com as especificidades do Estado Democrático de Direito brasileiro.

A necessidade de reconstruir a linguagem moral jurisdicional e de tratar os conflitos como elementos constitutivos do processo deliberativo democrático também reforça a urgência de uma abordagem teórica que seja intrinsecamente alinhada à realidade. Nesse sentido, o minimalismo dialógico propõe não apenas superar as limitações observadas na aplicação original do minimalismo judicial, como também ressignificar sua prática à luz das exigências éticas e estruturais contemporâneas – uma prática jurisdicional efetivamente virtuosa. Ademais, a ausência de uma abordagem ajustada às condições locais compromete tanto a legitimidade quanto a efetividade das decisões judiciais, ao ignorar as complexidades que caracterizam o sistema jurídico e os desafios institucionais brasileiros.

Esta pesquisa assume especial relevância no atual debate sobre o papel do Judiciário no Brasil, caracterizado pela crescente judicialização da política e pelo ativismo judicial. O minimalismo dialógico proposto nesta tese apresenta uma perspectiva para a abordagem desses fenômenos, buscando conciliar a contenção judicial, a necessária intervenção do Judiciário e o respeito aos processos democráticos.

O objetivo geral da pesquisa é propor a reconfiguração do minimalismo judicial em um modelo dialógico adaptado à realidade brasileira, com vistas à reconstrução da linguagem moral jurisdicional e ao tratamento dos conflitos como elementos constitutivos de um processo deliberativo democrático, promovendo maior interação entre o Poder Judiciário, as esferas estatais e a sociedade.

São objetivos específicos da presente tese: (a) investigar as bases teóricas do minimalismo judicial proposto por Sunstein, analisando as dimensões de estreiteza e superficialidade, bem como os conceitos de acordos não totalmente teorizados, democracia deliberativa e a influência do conservadorismo político de Edmund Burke no pensamento do autor, além dos subtipos minimalistas e o diálogo entre as *personae* constitucionais, a fim de compreender a estrutura conceitual que orienta essa abordagem; (b) examinar a recepção e a aplicação do minimalismo judicial no Brasil, identificando as principais críticas e limitações dessa abordagem no contexto acadêmico nacional; (c) analisar as contribuições da Filosofia Moral de MacIntyre para a reformulação do minimalismo judicial, considerando-as em substituição ao conservadorismo político de Burke, de modo a enriquecer a abordagem minimalista ao conectá-la ao sentido de tradição viva e às virtudes aristotélicas, reinterpretadas por MacIntyre, e à importância dos conflitos; (d) explorar a relação entre o minimalismo judicial e a desordem da linguagem moral na jurisdição, investigando como os conflitos morais podem ser manejados de forma construtiva no âmbito de um modelo dialógico que promova a reconstrução da linguagem jurisdicional em uma prática efetivamente virtuosa; (e) propor um modelo de minimalismo dialógico adaptado à realidade brasileira, com base nos conflitos não totalmente teorizados, visando maior efetividade e inclusão democrática, conjecturando mecanismos procedimentais do Brasil para sua efetivação.

Adotar-se-á, como marco teórico, as contribuições teóricas de Sunstein na configuração do minimalismo judicial e, convergentemente, os aportes críticos da Filosofia Moral de MacIntyre, em particular, a crítica à desordem da linguagem moral contemporânea, o sentido de tradição viva e a ética das virtudes aristotélicas, bem como, no capítulo seis, os contributos científicos oferecidos por Conrado Hübner Mendes acerca dos requisitos deliberativos das cortes constitucionais.

Quanto à pertinência deste trabalho à linha de pesquisa “Teoria do Direito e da Justiça”, inserida na área de concentração “Democracia, Liberdade e Cidadania”, do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, há que se observar que a investigação proposta tem como objeto, como se verá, concepção de matrizes controversas, cujo problema reside, entre outros aspectos, na ausência de

racionalidade, o que aponta para seus limites. Desse modo, ante a aparente ilegitimidade, o problema de pesquisa busca indagar se é possível reconfigurar o minimalismo judicial, voltando-se para a compreensão e configuração argumentativa dos elementos centrais do Direito, objeto de estudo na linha de pesquisa indicada.

Quanto à operacionalização da pesquisa, a partir da hipótese inicialmente indicada, desenvolve-se um percurso analítico que examina as bases teóricas do minimalismo judicial, suas críticas, limitações e possibilidades de reconfiguração. O desenvolvimento da tese estrutura-se em cinco capítulos.

No capítulo dois, intitulado “Minimalismo judicial e sua estrutura teórica”, investiga-se detalhadamente a abordagem minimalista proposta por Sunstein. O capítulo explora as dimensões fundamentais do minimalismo judicial: a estreiteza e a superficialidade das decisões. Analisa-se o conceito de acordos não totalmente teorizados, elemento central da teoria de Sunstein, bem como a relação do minimalismo com o ideal de democracia deliberativa. O capítulo também aborda a influência do conservadorismo político de Burke no pensamento de Sunstein, destacando como essa herança burkeana se manifesta no minimalismo judicial. Além disso, são discutidos os subtipos do minimalismo (racionalista e burkeano) e as *personae* constitucionais identificadas por Sunstein: os heróis, os soldados e os mudos, contrastando-os com a figura do juiz minimalista. Esta análise fornece a base teórica necessária para compreender as potencialidades e limitações do minimalismo judicial, preparando o terreno para as críticas e propostas de reconfiguração que serão desenvolvidas nos capítulos subsequentes.

Estabelecida a base teórica do minimalismo judicial, o próximo capítulo volta-se para sua análise no contexto científico brasileiro. Assim, o capítulo três, denominado “A fortuna crítica do minimalismo judicial de Cass Sunstein no Brasil”, examina a recepção e as críticas ao minimalismo judicial no contexto acadêmico brasileiro. O capítulo examina teses, dissertações e artigos científicos produzidos no país que abordam o tema, destacando as principais interpretações, aplicações e objeções ao minimalismo de Sunstein. São analisadas dissertações e teses de diversos programas de pós-graduação, com ênfase nas produções da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Universidade Federal de Minas Gerais e Universidade Federal de Santa Catarina, instituições que concentram maior número de trabalhos de conclusão de curso sobre o tema. O capítulo evidencia que, embora o minimalismo judicial seja frequentemente mencionado em estudos sobre jurisdição constitucional e ativismo judicial, sua aplicação no Brasil enfrenta desafios em razão das particularidades do sistema

jurídico nacional e da complexidade das questões constitucionais submetidas ao Supremo Tribunal Federal.

Após analisar a fortuna crítica do minimalismo no Brasil, a tese propõe uma reformulação filosófica da abordagem. O capítulo quatro, então, cujo título é “Substituindo o conservadorismo de Edmund Burke do minimalismo: as contribuições de Alasdair MacIntyre”, analisa e retoma a crítica acerca da influência do pensamento conservador de Burke no minimalismo judicial de Sunstein e propõe sua substituição pelas contribuições filosóficas de MacIntyre. O capítulo examina a Filosofia Moral de MacIntyre, especialmente sua obra *Depois da virtude*, focando na crítica à desordem da linguagem moral contemporânea, no conceito de tradição viva e na reinterpretação das virtudes aristotélicas. Explora-se o modo como a visão de MacIntyre sobre os conflitos morais, entendidos como elementos constitutivos de uma tradição em constante evolução, pode enriquecer o minimalismo judicial. O capítulo argumenta que a incorporação do pensamento de MacIntyre oferece uma base mais dinâmica e contextualizada para lidar com questões jurídicas e morais complexas, superando as limitações do conservadorismo burkeano. Essa análise estabelece as fundações filosóficas morais para a proposta do minimalismo dialógico, capaz de reconhecer a importância dos conflitos e da deliberação na construção do conhecimento moral e jurídico.

Com base nessa reformulação filosófica, o capítulo subsequente explora as implicações práticas para a linguagem moral na jurisdição. É no capítulo cinco, intitulado “Minimalismo e desordem da linguagem moral jurisdicional”, que se explora a relação entre o minimalismo judicial e a questão da desordem da linguagem moral no contexto jurisdicional, à luz das críticas de MacIntyre. O capítulo analisa como a transição do Estado Liberal para o Estado Social e, posteriormente, para o Estado Democrático de Direito, impactou a função jurisdicional, contribuindo para a atual desordem na linguagem moral utilizada pelos tribunais. Examina-se criticamente o consenso minimalista proposto por Sunstein, argumentando que este pode, inadvertidamente, reforçar o emotivismo na prática judicial. O capítulo discute como o minimalismo, ao buscar acordos não totalmente teorizados, pode, na verdade, mascarar divergências morais fundamentais sem resolvê-las efetivamente. Propõe-se que o minimalismo dialógico, incorporando elementos da filosofia de MacIntyre, pode oferecer uma alternativa mais adequada para lidar com a complexidade moral nas decisões judiciais. Essa análise prepara o campo para a proposta de reconfiguração do minimalismo em um modelo que reconheça e valorize os conflitos morais como parte integrante do processo deliberativo democrático.

O desenvolvimento da pesquisa se encerra com o capítulo seis, denominado “Dos acordos aos conflitos não totalmente teorizados”, em que são propostas as bases para um

minimalismo dialógico adaptado à realidade brasileira. O capítulo argumenta pela transição dos acordos não totalmente teorizados de Sunstein para uma abordagem centrada nos conflitos não totalmente teorizados, incorporando a noção de tradição viva de MacIntyre. Propõe-se que o diálogo seja considerado um bem interno à prática jurisdicional, enfatizando a importância da *phronesis* (sabedoria prática) aristotélica na tomada de decisões judiciais. São explorados mecanismos procedimentais específicos do sistema jurídico brasileiro, como os *amici curiae*, as audiências públicas e os acordos de saneamento do processo, como ferramentas para operacionalizar o minimalismo dialógico. O capítulo delinea como essa abordagem pode promover uma interação mais rica entre o Poder Judiciário, outras esferas estatais e a sociedade civil, contribuindo para uma prática jurisdicional mais inclusiva e reflexiva. Finalmente, são discutidos os limites e desafios da implementação do minimalismo dialógico no contexto brasileiro, reconhecendo que esta abordagem, embora promissora, não é uma solução universal para todos os dilemas jurídicos e morais enfrentados pelos tribunais. Uma pequena amostra de julgados também compõe o capítulo, na tentativa de ilustrar os subtipos (i) maximalista não dialógico; (ii) maximalista dialógico; (iii) minimalista não dialógico e (iv) minimalista dialógico. Na sequência, são apresentadas as considerações finais do trabalho.

Quanto aos demais aspectos metodológicos, a pesquisa desenvolver-se-á na vertente jurídico-social, adotando como raciocínios predominantes o hipotético-dedutivo e o dialético, inserindo-se no gênero teórico de pesquisa (Gustin; Dias; Nicácio, 2020, p. 66-72). Quanto aos tipos de pesquisa, a tese será desenvolvida parcialmente no modelo histórico-jurídico (Capítulos 2.5, 4 e 5) e, nos demais aspectos, adotará os enfoques jurídico-comparativo e jurídico-compreensivo (Gustin; Dias; Nicácio, 2020, p. 80-85). No que toca ao modo de análise das fontes, a pesquisa será qualitativa. Quanto aos setores do conhecimento, a investigação será interdisciplinar, conjugando conceitos de Teoria do Direito, Filosofia Moral, Filosofia do Direito e Direito Processual. A pesquisa será bibliográfica e documental, tendo como dados primários a legislação e a jurisprudência nacional e estrangeira, e, como dados secundários, artigos e obras atinentes à temática, em especial, as obras de Sunstein, MacIntyre e Mendes, além das outras ligadas ao tema pesquisado.

Esta tese, portanto, busca oferecer uma contribuição original para o campo do Direito, propondo uma reconfiguração do minimalismo judicial que seja mais adequada às complexidades do sistema jurídico brasileiro e às demandas de uma sociedade democrática contemporânea. Ao fazê-lo, espera-se não apenas enriquecer o debate acadêmico sobre o papel do Judiciário, mas também fornecer caminhos práticos que possam informar e aprimorar a

prática judicial no Brasil, promovendo um modelo decisório mais dialógico, reflexivo e sensível aos conflitos morais e sociais que permeiam as questões constitucionais da atualidade.

2 MINIMALISMO JUDICIAL E SUA ESTRUTURA TEÓRICA

Identificado na jurisdição constitucional dos Estados Unidos da América, em particular a partir da década de 1990, o minimalismo judicial, segundo Sunstein, pode ser conceituado como abordagem utilizada no âmbito do processo decisório, em que os juízes limitam as decisões ao núcleo mínimo essencial para solução das controvérsias, evitando a utilização de regras ou teorias com alta carga de abstração (Sunstein, 1999, 2005, 2015).

A completa estruturação pragmática e teórica que circunda o minimalismo judicial de Sunstein é reveladora de bases que, apesar de enfatizar aplicações no exercício do poder decisional de juízes e eventuais limitações, nomeadamente no contexto da jurisdição constitucional, sugerem outras frentes de investigação. Essas frentes serão conjecturadas nesta tese, com a indicação de aplicações, sem desconsiderar outras limitações que o próprio autor não vislumbrou. Neste capítulo, buscar-se-á esmiuçar o pano de fundo em que se insere o minimalismo judicial.¹

2.1 Minimalismo judicial por Cass Sunstein

O minimalismo judicial de Sunstein está presente em uma série de obras e artigos do autor estadunidense, com destaque para *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court* (Sunstein, 1999), obra central da bibliografia do autor sobre a referida abordagem, *Radical in robes: why extreme right-wing courts are wrong for America* (Sunstein, 2005a) e *Constitutional personae*, publicada no ano de 2015 (Sunstein, 2015), que pode ser entendida, nesse contexto, como a última grande defesa do autor sobre o minimalismo.

O foco pragmático da abordagem minimalista é enfatizado por Sunstein desde o prefácio de *One case at a time*, ao recuperar a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América

¹ Esta tese representa desdobramento de pesquisa iniciada em grau de mestrado, cujo título foi “Conjecturas sobre a aplicação do minimalismo judicial ao ordenamento jurídico brasileiro e sua democraticidade jurídica”, defendida junto ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade FUMEC, posteriormente adaptada e publicada sob o título “Minimalismo judicial: características, aplicações e objeções”. O problema de pesquisa desse trabalho foi, em síntese, indagar quais seriam as virtudes e objeções teóricas ao minimalismo judicial, além de interrogar sua estrutura conceitual. Como conclusão, o trabalho sinalizou que “apesar de o minimalismo demonstrar a capacidade de enfrentar problemas pontuais, até mesmo no Brasil, e de sua origem em país pretensamente democrático (Estados Unidos), a limitação na teorização dos argumentos macula o consenso e hipertrofia a figura do juiz, o que exige a reconfiguração de tal concepção para aplicação em bases discursivas, próprias de ordenamentos caracterizados pelos princípios processuais constitucionais do devido processo legal, da isonomia, do contraditório e da ampla defesa, tal como é o ordenamento jurídico brasileiro”. Cf. Bernardes, 2019, 2024, p. 16; 96-97.

sobre o direito ao suicídio assistido.² Ele explica que, diferentemente do que foi divulgado, a Suprema Corte estadunidense não se colocou contra o direito ao suicídio assistido – ela teria apenas afirmado que não haveria um direito geral ao suicídio assistido –, o que não exclui a possibilidade de, em certas circunstâncias, esse direito ser conferido a quem o pleiteasse (Sunstein, 1999, p. ix-xii). Em outras palavras, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América teria deixado as questões mais fundamentais por decidir, em abordagem que configuraria o padrão usual à época do Tribunal (e de outras cortes daquele país), por Sunstein denominada de minimalismo judicial.

No minimalismo judicial, haveria uma predileção, por parte dos juízes, pela adoção de passos pequenos e cautelosos, em outras palavras, menos ambiciosos, assumindo, como pressuposto, que eles teriam um estoque limitado de argumentos (Sunstein, 2015, p. 16). Apesar disso, assume o autor que o minimalismo não seria uma abordagem adequada para todos os contextos, pois, em certos casos, explorar caminhos mais abstratos representaria uma necessidade, não opção. Isso se ligaria àquelas questões que demandariam, de modo inafastável, para sua resolução, alta carga teórica e pelo fato de os juízes terem, por ocasião do julgamento, arcabouço para essas incursões. Nas palavras do autor: “Quando a área exige um alto grau de previsibilidade e quando o tribunal tem muita experiência com a área, a largura pode ser justificada. A mesma conclusão se segue se a corte, apesar de sua falta de experiência, tiver boas razões para confiar em uma decisão ampla” (Sunstein, 2006c, p. 1.914-1.915, tradução nossa).³ Com isso, Sunstein (2015, p. xvi e 146) assume que o minimalismo não é uma teoria completa da interpretação.

Para o autor, o minimalismo judicial seria dotado de aspectos processuais e substanciais. Quanto aos aspectos processuais, Sunstein enfatiza que um tribunal, ao decidir, paradoxalmente, deixa muitas coisas sem decidir (Sunstein, 1999, p. ix-x), por exemplo, sobre a extensão e desdobramentos, jurídicos ou morais, do caso em exame (como no caso *Washington v. Glucksberg*). Isso apontaria, na visão do autor, para a existência de desacordos razoáveis na essência das questões em julgamento, próprios de uma sociedade heterogênea,

² Determinada lei do estado de Washington, que proibia o suicídio assistido, foi contestada no caso *Washington v. Glucksberg*, de 1997. A Suprema Corte dos Estados Unidos da América chegou a um consenso em considerar a lei como constitucional, fundamentando-se na tradição legal anglo-americana, na falta de um direito constitucional ao suicídio assistido e na validade dos interesses do estado. Embora tenham chegado a um acordo na conclusão, os juízes apresentaram várias justificativas diferentes, mostrando discordâncias sobre os critérios e razões subjacentes, o que deixa espaço para interpretações futuras sobre a autonomia individual em situações de final de vida. Cf. Estados Unidos da América, 1997; Ribeiro, 2022.

³ Texto original: “When the area requires a high degree of predictability, and when the Court has had a great deal of experience with the area, width might well be justified. The same conclusion follows if the Court, notwithstanding its lack of experience, has good reason for confidence in a wide ruling”.

que, refletidos no processo decisório, demonstraria que as cortes também têm suas limitações – e que estariam cientes delas. Assim, o tribunal decidiria em fundamentos restritos, evitando exteriorizar regras amplas, abrangentes ou definitivas. Ainda segundo o autor, tal fato teria a capacidade de demonstrar que uma corte minimalista teria consciência de que faz parte de um sistema de deliberação democrática, ao promover ideais de participação e capacidade de resposta, na tentativa de acomodar novos julgamentos sobre valores e fatos (Sunstein, 1999, p. 4).

Para o autor, o “minimalismo judicial pode ser caracterizado como uma forma de ‘contenção judicial’” (Sunstein, 1999, p. x, tradução nossa),⁴ mas não em sua forma mais comum. Isso porque aqueles que adotam a postura minimalista rejeitam a contenção como regra genérica, podendo invalidar leis, sem o compromisso absoluto com a regra da maioria.

Ainda, ao enfatizar os aspectos processuais, Sunstein (1999) argumenta que os minimalistas, também, não nutrem entusiasmo pelo significado original da Constituição (originalismo), por entenderem que isso seria amplo e ambicioso demais.⁵ Também rejeitam o ativismo judicial,⁶ pois protegem seus próprios precedentes,⁷ sendo “[...] cautelosos ao impor suas próprias visões para o resto da sociedade” (Sunstein, 1999, p. x, tradução nossa),⁸ em postura deferente aos processos políticos, o que se verá mais adiante.

Quanto aos aspectos substanciais ou materiais do minimalismo, Sunstein (1999, p. x-xi) adota, como pressuposto, o que denomina de núcleo essencial dos acordos, predominante, em sua perspectiva, na cultura do Direito Constitucional dos Estados Unidos da América na transição para o século XXI.⁹ Esse núcleo estaria composto, por exemplo, pelo direito de participação e dissidência política, pela liberdade religiosa, pela garantia da não discriminação, pelo direito de acesso à justiça, pelo contraditório e a ampla defesa, entre outros pontos, para

⁴ Texto original: “*Judicial minimalism can be characterized as a form of ‘judicial restraint’*”.

⁵ O originalismo representaria o esforço para tornar o Direito Constitucional amplo, a exemplo de uma regra, em que se busca regular antecipadamente uma ampla gama de fatos ou questões com base no significado original da Constituição. A crítica ao originalismo é direcionada por Sunstein a Antonin Scalia, juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Sunstein argumenta que Scalia seria um originalista e, por isso, um maximalista, já que busca a amplitude ao invés da estreiteza (Sunstein, 1999, p. 209) (Sobre a estreiteza, vide subseção 2.2 desta tese). Discordando, Sunstein (2009, p. 7, tradução nossa) afirma que caberia à Suprema Corte fazer julgamentos interpretativos independentemente do que possa vir a ser o seu significado original, “[...] mas na própria interpretação da Corte sobre qual entendimento faz mais sentido [...]” (Texto original: “[...] *on the Court’s own account of what understanding makes best sense [...]*”).

⁶ A postura ativista é compreendida por Sunstein sem carga axiológica, observada apenas a frequência com que o Judiciário invalida atos dos demais poderes ou funções estatais, em especial, os do Legislativo. Cf. Sunstein, 2005a, p. 42-43, 2015, p. 6-7.

⁷ A influência de Burke é, neste ponto, uma expressão dessa deferência aos precedentes. Cf. subseção 2.5 desta tese.

⁸ Texto original: “[...] *cautious about imposing their own views on the rest of society*”.

⁹ Considere-se nessa afirmação o tempo da elaboração e publicação de *One case at a time* (1999).

ele, sedimentados como pano de fundo na cultura constitucional estadunidense. Esses direitos, entendidos aqui como fundamentais, funcionariam como pré-condições para o funcionamento do ideal democrático,¹⁰ com destaque para o princípio da igualdade política, na concepção do autor, indispensável para a caracterização da moralidade interna da democracia.¹¹

Sunstein também defende que, na jurisdição constitucional dos Estados Unidos da América, os juízes tendem ao uso das abstrações apenas na exata medida da resolução da controvérsia. Para ele, “as maiores batalhas da Suprema Corte têm sido sobre quando falar e quando permanecer calado” (Sunstein, 1999, p. xii, tradução nossa),¹² com a prevalência, nesse recorte, do modelo decisório minimalista.

É desse modo que, na exploração de Sunstein sobre o minimalismo judicial, emerge discussão robusta acerca da interação entre jurisprudência e democracia, particularmente em relação ao papel dos tribunais, considerado o espectro democrático mais amplo, *i.e.*, para além das consequências diretas das ações derivadas do exercício da jurisdição. O minimalismo judicial, conforme delineado por Sunstein (1999, p. 4), apresentar-se-ia não apenas como uma abordagem de autocontenção, mas também como uma estratégia para sustentar o tecido da democracia deliberativa.¹³ Isso se manifestaria na forma como os tribunais, ao adotarem uma postura minimalista, buscam promover o diálogo contínuo e aberto entre os diferentes Poderes, estruturas de governo e a população em geral, reconhecendo e respeitando a diversidade de opiniões e a dinâmica evolutiva dos valores sociais.

¹⁰ Em paralelo, Sunstein (1999, p. xi) deixa evidente sua preocupação, a exemplo de James Madison, da tirania da maioria, ao destacar que existe diferença entre democracia “[...] e o que uma maioria tenha escolhido fazer em determinado momento” (Texto original: “[...] and whatever it is that a certain majority has chosen to do at a certain time”). Cf. Madison, 1993, p. 331-332.

¹¹ Em *One case at a time*, Sunstein (1999) não se inclina a descrever ou explicar, detalhadamente, o que seria essa moralidade interna da democracia. Sua análise circunscreve-se, como dito, à defesa do que se pode identificar como direitos fundamentais. Em *Designing democracy*, o autor alinha essa noção à de democracia deliberativa e afirma: “Esta moralidade interna requer a proteção constitucional de muitos direitos individuais, incluindo o direito à liberdade de expressão, o direito ao voto, o direito à igualdade política e mesmo o direito à propriedade privada, pois as pessoas não podem ser cidadãos independentes se os seus bens estiverem sujeitos a liberdade ilimitada. Entendida corretamente, a democracia não é antagonista aos direitos. Protege entusiasticamente os direitos, restringindo assim o que as majorias são capazes de fazer aos indivíduos ou grupos. Uma constituição democrática é elaborada e interpretada com essas ideias em mente” (Sunstein, 2001, p. 7, tradução nossa) (Texto original: “*This internal morality requires constitutional protection of many individual rights, including the right of free expression, the right to vote, the right to political equality, and even the right to private property, for people cannot be independent citizens if their holdings are subject to unlimited government readjustment. Properly understood, democracy is not antagonistic to rights. It enthusiastically protects rights, thus constraining what majorities are able to do to individuals or groups. A democratic constitution is drawn up and interpreted with these ideas in mind*”).

¹² Texto original: “*The largest struggles on the Supreme Court have been over when to speak and when to remain silent*”.

¹³ Cf. subseção 2.4.

A abordagem de Sunstein sugere que, ao limitar o escopo das decisões, os tribunais seriam capazes de deixar espaço para a modificação das normas sociais e políticas, a ser operada por meio de mecanismos democráticos mais tradicionais, como a legislação. Isso se oporia à noção de que os tribunais devam atuar como árbitros finais das questões morais ou éticas,¹⁴ uma postura que, potencialmente, poderia fossilizar certas normas e impedir a adaptação da sociedade a novos desafios e contextos.

Além disso, ao evitar pronunciamentos amplos e definitivos sobre questões constitucionais, as cortes minimalistas também poderiam contribuir para a redução das tensões entre os Poderes estatais. Tal aspecto é particularmente relevante no contexto estadunidense, no qual o equilíbrio entre a autonomia estadual e a autoridade federal é uma questão persistente e fonte de litígios contínuos.¹⁵ A abordagem minimalista, portanto, poderia ser vista como uma forma de promover o equilíbrio entre diferentes níveis estatais.

Por outro lado, Sunstein (1999, *passim*) também reconhece as limitações inerentes ao minimalismo judicial. Em certas circunstâncias, decisões minimalistas podem deixar lacunas significativas, gerando incerteza e confusão tanto para os cidadãos quanto para agentes estatais. Essa incerteza poderia, paradoxalmente, minar os objetivos democráticos que o minimalismo procura promover, ao criar um ambiente jurídico em que os direitos e as responsabilidades não estão claramente definidos.

Além disso, a relutância em abordar questões fundamentais pode, em alguns casos, perpetuar injustiças ou desigualdades existentes, em vez de proporcionar um caminho para sua resolução. Em *Problems with minimalism*, por exemplo, Sunstein (2006c, p. 1.911, tradução nossa) afirma que

Ao concentrar-se em um caso específico, o Tribunal pode não “perceber” prontamente a ampla gama de encargos que impõe a terceiros em virtude de sua hesitação. Pode

¹⁴ Apesar de, aparentemente, a defesa de Sunstein ao minimalismo apontar para este ponto, há outras questões ocultas que ainda serão reveladas nesta tese, como a velada ambição teórica, o que se deduz da sua estrutura teórica subjacente. Vide capítulo quatro do presente trabalho.

¹⁵ Sunstein, em obra elaborada em coautoria com Adrian Vermeule – *Lei & Leviatã* (Sunstein; Vermeule, 2021) – explica esse cenário, por meio do que denominam “Estado Administrativo moderno”, que se caracteriza na ênfase da autoridade das agências, que, nos Estados Unidos da América, representam importante papel na solução de litígios, já que passaram a assumir competências constitucionalmente atribuídas às funções legislativas, executivas e jurisdicionais, o que, inclusive, teria suscitado forte reação quanto a sua legitimidade.

ser muito mais vantajoso para o Tribunal correr o risco de erro ao agir de forma mais ampla do que deixar os demais em dúvida sobre as exigências da lei.^{16 17}

Disso conclui-se que Sunstein também destaca a importância de reconhecer quando o minimalismo judicial é inadequado ou insuficiente. Isso não significa abandonar os princípios de contenção e moderação, mas sim reconhecer que a proteção dos direitos democráticos fundamentais às vezes exige decisões judiciais mais abrangentes e teoricamente ambiciosas.

O minimalismo caracteriza-se por suas dimensões de estreiteza e superficialidade, bem como por três pressupostos teóricos, a saber, (i) os *incompletely theorized agreements*, em tradução livre, os acordos não totalmente teorizados, (ii) o ideal de democracia deliberativa e (iii) o conservadorismo político de Burke (este, em especial, uma indicação defendida por esta tese ao longo do seu desenvolvimento), o que se analisará na sequência.

2.2 Dimensões minimalistas: estreiteza e superficialidade

O núcleo minimalista ocorre em duas dimensões: a estreiteza (*narrowness*) e a superficialidade (*shallowness*).

A estreiteza, na visão do autor, situada no sentido oposto ao da extensão, sublinha a necessidade de os juízes se restringirem ao caso em exame, quer faticamente, quer juridicamente. Essa dimensão estaria mais bem sintetizada na afirmação do *Chief Justice*¹⁸ Roberts: “[...] se não é necessário decidir mais, é necessário não mais decidir [...]” (Estados Unidos da América, 2004).¹⁹

¹⁶ Texto original: “When focusing on a particular case, the Court may not readily ‘see’ the large assortment of burdens that it imposes on others by virtue of its reticence. It may be much better for the Court to risk error by venturing more broadly than to leave others at sea about the law’s requirements”.

¹⁷ Essa afirmação é conectada a um exemplo citado anteriormente no mesmo texto (Sunstein, 2006c, p. 1.901, tradução nossa), que narra que “[...] em *Rutter v. Bollinger*, a Juíza O’Connor redigiu a opinião da Corte permitindo que instituições educacionais criassem programas de ação afirmativa se eles não atribuíssem pontos ou impusessem cotas, mas meramente incluíssem a raça como um ‘plus’ inserido em um sistema de julgamento altamente individualizado” (Texto original: “[...] in *Grutter v. Bollinger*, Justice O’Connor wrote the Court’s opinion permitting educational institutions to create affirmative action programs if they do not assign points or impose quotas but merely include race as a ‘plus’ within a system of highly individualized judgment”). Este caso foi pinçado para ilustrar como a abordagem minimalista da Juíza O’Connor levou a uma decisão que evitou uma regra ampla e clara, optando por uma abordagem mais individualizada e caso a caso. O autor, então, contrasta isso com um programa de admissão mais baseado em regras (Programa A) e um mais holístico (Programa B) para demonstrar as potenciais inconsistências e problemas que podem surgir de uma abordagem minimalista nesse contexto. Conclui, ainda, que decisões minimalistas podem, na prática, criar incertezas e potencialmente conduzir a aplicações inconsistentes da lei, apoiando o argumento do autor sobre os possíveis problemas do minimalismo judicial.

¹⁸ Função equivalente, no Brasil, à de Presidente do Supremo Tribunal Federal.

¹⁹ Texto original: “[...] if it is not necessary to decide more, it is necessary not to decide more [...]”.

Cuida-se a estreiteza, no minimalismo judicial de Sunstein, de dimensão sempre relativa, nunca absoluta, já que as decisões minimalistas poderão ser mais ou menos restritas, se comparadas a outras também ditas minimalistas (Sunstein, 1999, p. 10).

O conceito de estreiteza, tal como elaborado por Sunstein, sugere uma perspectiva jurisdicional que prioriza a delimitação do âmbito decisório aos elementos cruciais para a resolução da controvérsia em análise. Essa abordagem contrasta com a propensão de proferir decisões abrangentes, capazes de instituir precedentes de ampla aplicabilidade, extrapolando as fronteiras fáticas e jurídicas do litígio em exame.

Ao adotar essa postura, os magistrados demonstrariam uma consciente moderação, reconhecendo os limites de sua autoridade e a complexidade inerente às questões – legais, sociais e até morais – que enfrentam. Tal abordagem refletiria o respeito pelo princípio da separação de Poderes, evitando a usurpação de funções que tradicionalmente pertencem a outras esferas estatais ou implicar excessiva interferência nas esferas de autonomia individual e coletiva.

A opção por concentrar-se no caso específico, sem extrapolar para considerações mais amplas, pode ser compreendida como uma estratégia para preservar a coesão e a previsibilidade do sistema jurídico. Ao evitar pronunciamentos judiciais abrangentes, os tribunais permitiriam uma evolução mais orgânica e gradual do ordenamento, em que as mudanças são introduzidas de maneira mais refletida e baseadas em compreensões mais aprofundadas das implicações de longo prazo. Nas palavras do autor, “o minimalista consistente procura tomar decisões que não sejam mais amplas do que o necessário para sustentar o resultado” (Sunstein, 1999, p. 11, tradução nossa).²⁰

Esse recorte dimensional não apenas resguarda contra o risco de decisões prematuras que poderiam gerar consequências indesejadas, mas também promoveria o diálogo contínuo entre o Judiciário e Legislativo, bem como entre a sociedade e o Estado, facilitando o dinamismo e a responsividade do processo democrático. Portanto, a estreiteza não deve ser vista meramente como uma limitação à atuação judicial, mas como uma ferramenta essencial para o fortalecimento da integridade jurisprudencial e a manutenção da coesão jurídica de um dado sistema.

A dimensão da estreiteza não reflete apenas uma escolha metodológica, mas também incorpora a noção de modéstia teórica. Essa postura é fundamentada no reconhecimento dos limites do conhecimento e da autoridade dos juízes, especialmente em face da complexidade e

²⁰ Texto original: “*The consistent minimalist seeks to render decisions that are no broader than necessary to support the outcome*”.

da variabilidade das questões legais, sociais e, eventualmente, morais, como dito (Sunstein, 1999, p. ix, 53, 2015, p. 76). Ao concentrar suas decisões unicamente nos aspectos estritamente necessários para resolver um caso, sem adentrar em generalizações amplas ou teorias abstratas, os tribunais demonstrariam essa cautela. Essa modéstia não seria apenas uma expressão de prudência, mas também uma manifestação de respeito pelo princípio democrático, pois evitaria impor unilateralmente visões particulares sobre questões com alta carga moral ou em meios de intensa divergência.

Além disso, a modéstia teórica refletida na estreiteza promove a construção de jurisprudência mais acessível e compreensível. Decisões judiciais que se restringem ao caso concreto e evitam extrapolar suas conclusões contribuem para a clareza do Direito e facilitam sua interpretação, aplicação e orientação futuras. Isso não apenas aumentaria a confiança no sistema judicial, mas também fortaleceria a previsibilidade jurídica, permitindo que indivíduos fundamentem suas ações e decisões em um entendimento estável do direito.

Já a dimensão da superficialidade, no minimalismo judicial, reflete a necessidade de abordagem em que os argumentos são apresentados de maneira menos aprofundada ou abstrata. Considerado o contexto da jurisdição constitucional como exemplo, observa-se certa propensão para a abstração de argumentos em níveis mais acentuados. Isso significa que as controvérsias em torno do texto constitucional acabam por demandar, para solução, fundamentações em torno do significado e amplitude do texto constitucional, remontando, por vezes, à reinterpretação dos acordos e compromissos estabelecidos à época da elaboração do texto constitucional, com discussões sobre conceitos de alta carga filosófica, política, sociológica, histórica, entre outros. A superficialidade minimalista, por seu turno, sugere um limite em torno dessas abstrações – um limite relativo ao caso e comparativamente assimilado com base em outros julgamentos semelhantes –, já que busca evitar compromissos demasiadamente fundados em torno de uma teoria determinante, especialmente em debates que tangenciam direitos fundamentais.

A característica da superficialidade liga-se de modo muito claro aos *incompletely theorized agreements*, ou, acordos não totalmente teorizados, o que se verá na seção subsequente deste trabalho. Por ora, registre-se, ancorando-se nos termos de Sunstein (1999, p. 11), que esses acordos defluem dos resultados alcançados pelos argumentos abstratizados em nível inferior, não do fundamento que os encaminhou, sendo relevantes, na perspectiva de Sunstein, para a vida pública e para a prática constitucional. É o que sugere, por exemplo, na seguinte passagem, em que enfatiza sua importância para a dimensão da superficialidade: “Kantianos e utilitaristas podem muito bem concordar, por exemplo, que leis acerca do limite

de velocidade de certo modo fazem sentido” (Sunstein, 1999, p. 14, tradução nossa).²¹ Isso também ocorreria no Direito Constitucional, pois juízes que discordam sobre aplicações de determinados direitos, considerada a dimensão da superficialidade – *i.e.*, de corte menos profundo na abstração dos argumentos determinantes –, podem concordar sobre o modo de aplicação desses referidos direitos em determinados casos concretos, promovendo a convergência em meios de incerteza.

Para Sunstein (1999, p. 13), a dimensão da superficialidade não está relacionada a ausência de fundamentação nas decisões. Haveria uma diferença entre a utilização de um argumento ambicioso ou excessivamente abstrato e a recusa em conferir qualquer tipo de fundamentação.

O propósito minimalista, considerada a junção das dimensões da estreiteza e da superficialidade, visa à modéstia teórica, expressando seu ceticismo quanto às teorias interpretativas abrangentes. Nesse sentido, como já afirmado, o “minimalismo não é uma teoria completa da interpretação [...]” (Sunstein, 2015, p. xvi, tradução nossa).²² Dessa ênfase destacada por Sunstein decorre a conclusão de que o minimalismo não deve ser aplicado indiscriminadamente, pois existem situações em que adentrar em considerações mais abstratas é indispensável, não meramente uma escolha estratégica e pragmática do interpretante.

Essas dimensões da estreiteza e da superficialidade, segundo observa Sunstein, indicam também outras duas virtudes do minimalismo. A primeira, aqui já destacada, é a de que os juízes teriam “[...] um estoque limitado de razão” (Sunstein, 2015, p. 7, tradução nossa),²³ favorecendo, na dicção do autor, a ideia de humildade.²⁴ Desse modo, a estreiteza e a superficialidade, nas decisões judiciais, podem atuar como um antídoto contra o ativismo judicial, estabelecendo um equilíbrio entre a necessidade de intervenção dos tribunais e o respeito pelas funções legislativa e executiva do Estado.

A segunda virtude estaria ligada à redução dos custos das decisões. O autor estadunidense ressalva que essa virtude não se ligaria a qualquer componente econômico, mas sim uma virtude que transcende esse âmbito para incluir os desafios de interpretar textos legais, a extensão (e magnitude) dos erros jurisdicionais e os riscos à proteção constitucional (Sunstein, 1999, *passim*).

²¹ Texto original: “*Kantians and utilitarians might well agree, for exameple, that speed-limit of a certais kind make sense*”.

²² Texto original: “*Minimalism is not a full theory of interpretation [...]*”.

²³ Texto original: “[...] *have a limited stock of reason*”.

²⁴ Cory Evans (2018, p. 150) vai além, denominando essa postura de “humildade epistêmica”, referindo-se ao reconhecimento das limitações inerentes ao conhecimento humano, especialmente no contexto complexo e multifacetado do Direito.

Dessa maneira, um sistema jurídico tenderá ao minimalismo “[...] se os tribunais subsequentes²⁵ tiverem muita flexibilidade para desprezar fundamentos como *obiter dicta*,²⁶ ou recharacterizar as *rationes decidendi*²⁷ anteriores [como *obiter dicta*]” (Sunstein, 1999, p. 20, tradução nossa).²⁸ Por outro lado, uma inclinação ao maximalismo se manifesta quando decisões judiciais, ao se basearem em precedentes, conferem aos *obiter dicta* de casos anteriores um peso significativo na resolução do caso atual, ou seja, transformando-os em *rationes decidendi*.

Nessa linha, para além da assunção da modéstia teórica, pode-se identificar que outra relevância da abordagem minimalista está na demarcação, caso a caso, da linha divisória que separa os *obiter dicta* das *rationes decidendi* na aplicação dos precedentes. Essa estratégia de limitar a decisão ao que é essencial para resolver o caso específico afasta, naturalmente, elementos que, em uma abordagem mais aprofundada, poderiam ser considerados parte integral da fundamentação, favorecendo passos pequenos, cautelosos e incrementais da organicidade do sistema de precedentes.

Entre aqueles caracterizados como minimalistas, Sunstein (2015, p. 16) destaca, na cena estadunidense, alguns nomes da Suprema Corte, tais como Felix Frankfurter, John Marshall Harlan, Sandra Day O’Connor e Ruth Bader Ginsburg.

2.3 A teorização incompleta e a busca pelo consenso no minimalismo judicial de Cass Sunstein

Considere os exemplos a seguir.

Nas discussões em torno dos 48 itens que representam o núcleo comum de uma extensa gama de propostas na elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos, após alcançar o objetivo do consenso, Jacques Maritain (1948, p. i, tradução nossa) assim declarou: “Sim, [...] estamos de acordo sobre os direitos, mas na condição de que ninguém nos pergunte o porquê”.²⁹

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.019/RO, em que se discutia a constitucionalidade de lei estadual que proibia a utilização da linguagem neutra nas escolas, o

²⁵ Sunstein quer enfatizar o fato de que um precedente, na tradição da *common law*, para assim ser considerado, exige a aplicação futura por outros órgãos do Judiciário. Daí o termo “tribunais [ou cortes] subsequentes”.

²⁶ Passagens em *obiter dicta* são observações, comentários ou opiniões expressas pelo juiz que não são essenciais para a decisão do caso.

²⁷ A *ratio decidendi* é o fundamento essencial da decisão, o segmento que, efetivamente, possui efeito vinculante.

²⁸ Texto original: “[...] if subsequent courts have a great deal of flexibility to disregard justificatory language as ‘dicta’ or to recharacterize previous holdings”.

²⁹ Texto original: “Yes, [...] we agree about the rights but on condition that no one asks us why”.

Supremo Tribunal Federal, ancorando-se no vício formal, decidiu que esta norma “viola a competência legislativa da União”, enfatizando, portanto, tal particularidade, não se manifestando, na tese formulada, acerca dos aspectos materiais da norma (Brasil, 2023a),³⁰ ou seja, firmando a tese sem discutir a questão que envolve a aplicação da linguagem neutra, especialmente no ensino, em níveis de abstração mais profundos ou moralmente controvertidos.

No Tema 1.022 da Repercussão Geral, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que as empresas públicas e as sociedades de economia mista, prestadoras de serviço público ou exploradoras de atividade econômica, “[...] têm o dever jurídico de motivar, em ato formal, a demissão de seus empregados concursados, não se exigindo processo administrativo”, e que essa motivação “[...] deve consistir em fundamento razoável, não se exigindo, porém, que se enquadre nas hipóteses de justa causa da legislação trabalhista” (Brasil, 2024f). Note-se, nesse particular, a ausência de considerações em torno do que vem a ser fundamento razoável, restringindo-se a decisão, assim, somente quanto à necessidade do dever jurídico de motivar, ponto objeto do consenso.

Já na homologação de acordo celebrada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 984/DF³¹ e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.191/DF,³² o Ministro Gilmar Mendes sublinhou que “[...] o papel do STF, no contexto autocompositivo, é reconstruir pontes para devolver à arena político-legislativa a solução final, como sendo o melhor caminho para se tutelarem os interesses envolvidos após o desenrolar da mediação/conciliação” (Brasil, 2023, p. 9). Ao homologar o acordo, em seu extenso voto, o Ministro Relator enfatizou a importância da limitação das abstrações que envolvem as teorias – no caso, em torno da compensação devida pela União aos Estados e ao Distrito Federal em decorrência da redução do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e Comunicações (ICMS).

³⁰ Apesar do voto divergente dos Ministros Nunes Marques e André Mendonça apenas quanto à redação da tese, formulada por estes julgadores no seguintes termos: “Norma estadual que imponha ou proíba modalidade de uso da língua portuguesa diversa da norma-padrão estabelecida viola a competência legislativa da União” (Min. Nunes Marques) e “Norma estadual ou municipal que disponha sobre a língua portuguesa viola a competência legislativa da União” (Min. André Mendonça) (Brasil, 2023a).

³¹ Ajuizada pelo Presidente da República, indicando a existência de “lesão aos preceitos fundamentais do pacto federativo, da dignidade da pessoa humana, da proteção ao consumidor, da isonomia fiscal, da capacidade contributiva, proporcionalidade, razoabilidade e da seletividade tributária”, alegando haver prática inconstitucional sistemática e reiterada de diversos entes federativos na fixação das alíquotas de ICMS “sobre bens essenciais, especificamente combustíveis, assim considerados o diesel, a gasolina, o etanol anidro combustível, o biodiesel e o gás liquefeito de petróleo, inclusive o derivado do gás natural, em patamar superior ao das operações em geral” (Brasil, 2023b).

³² Ajuizada pelos Governadores dos Estados de Pernambuco, Maranhão, Paraíba, Piauí, Bahia, Mato Grosso do Sul, Sergipe, Rio Grande do Norte, Alagoas, Ceará e Rio Grande do Sul, visando a declaração de inconstitucionalidade do artigo 3º, V, “a”, “b” e “c”; artigo 6º, §§ 4º e 5º; artigo 7º e artigo 8º da Lei Complementar Federal 192, de 11 de março de 2022 (Brasil, 2023b).

Esses quatro exemplos ilustram o que se pode identificar como sendo o principal vetor teórico do pensamento de Sunstein – até mesmo segundo o próprio autor (Sunstein, 2016a) –, com reflexos diretos no minimalismo judicial: os *incompletely theorized agreements*, ou, em tradução livre, acordos não totalmente teorizados.³³

Para Sunstein, nas democracias contemporâneas, um aspecto inerente é que os participantes frequentemente discordam tanto sobre o que é certo quanto sobre o que é bom – o problema do pluralismo social. Consideradas essas (por vezes profundas) divergências, o tempo limitado e a necessidade de tomar decisões rápidas em face de desacordos sociais aparentemente intratáveis, as instituições jurídicas e democráticas muitas vezes adotam uma estratégia especial para alcançar acordos. Essa estratégia envolve a busca por acordos não totalmente teorizados sobre resultados particulares, nos quais as partes concordam com os resultados de casos específicos sem necessariamente concordar sobre as teorias amplas ou princípios que fundamentam esses resultados (Sunstein, 1994, p. 1.734-1.735).

Seria possível, então, por meio da teorização incompleta, descobrir quais direitos cabem a cada indivíduo e como agir em função deles, sem o comprometimento de concepções distintas acerca da moralidade, ou sem a necessidade que se saiba o que pensam os envolvidos sobre seu fundamento primitivo. Aquele que perde em uma teorização incompleta, perde pouco (segundo a perspectiva minimalista de Sunstein), não a totalidade do seu argumento, o que tenderia a reduzir o custo político das discordâncias. É o que Sunstein (2007b, p. 14, tradução nossa) afirma:

[...] para árbitros de controvérsias sociais, acordos não totalmente teorizados têm a função crucial de reduzir o custo político de discordâncias persistentes. Se os participantes do Direito Constitucional renunciam a teorias de grande escala, então os perdedores em casos específicos perdem muito menos. Eles perdem uma decisão, mas não o mundo. Podem vencer em outra ocasião. Sua própria teoria não foi rejeitada ou considerada inadmissível. Quando a justificativa autoritativa para o resultado é desconectada de teorias abstratas sobre o bem ou o justo, os perdedores podem

³³ Preferiu-se adotar, também aqui (Cf. Bernardes, 2019, 2024), a tradução “acordos não totalmente teorizados” para o termo *incompletely theorized agreements*, na intenção de enfatizar que sua aplicação se dá, na maior parte das vezes, de modo consciente, não sendo sempre fruto de eventual insuficiência de argumentos dos envolvidos. Como enfatiza Sunstein (2007a, p. 82), “[...] as pessoas podem concordar sobre juízos individuais mesmo quando estão em desacordo quanto a questões teóricas mais gerais”. Podem ser registradas outras traduções, como a de Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenes Cantisano (Sunstein, 2007a), que preferiram “acordos não completamente fundamentados”, a de Cláudio Ladeira de Oliveira e Suellen Patrícia Moura (2016), que traduziram a expressão como “acordos teóricos incompletos”, observada, também, nos artigos de Maria Eugenia Bunchaft (2011), Antonio Moreira Maués (2012), Flávio Quinaud Pedron e Lucas Borges Santos (2021), bem como as de Simone Reissinger (2016) – “acordos incompletamente teorizados” – e Radke (2016) – “acordos parcialmente teorizados”.

submeter-se às obrigações legais, mesmo que relutantemente, sem serem forçados a renunciar aos seus ideais mais amplos.³⁴

Sunstein (1994, p. 1.746) destaca a importância do respeito mútuo e da reciprocidade em tais contextos, sugerindo que o respeito cuidadoso pelas crenças fundamentais dos outros – evitando atacá-las desnecessariamente para resolver controvérsias – é essencial para a coexistência pacífica. Ele observa que, mesmo em meio ao pluralismo, os participantes do sistema jurídico conseguem, muitas vezes, chegar a consensos sobre casos individuais, adotando princípios de nível inferior, que podem ser aceitos por todos, mesmo que discordem em níveis mais abstratos ou filosóficos. Em outras palavras, os consensos são obtidos em torno de princípios baixos ou intermediários.

Os acordos não totalmente teorizados representam modelo teórico que permite o acesso, nas construções de Sunstein, ao minimalismo judicial. É na teorização incompleta que o autor fia seu pragmatismo e busca aplicá-lo no processo decisório, principalmente no cenário da jurisdição constitucional.

2.3.1 Uso construtivo do silêncio, descida conceitual e princípios de nível inferior

Nos acordos não totalmente teorizados ocorre o que Sunstein denomina de “descida conceitual” (Sunstein, 2007b, p. 3, tradução nossa),^{35 36} que se opera pelo que o autor denomina de “uso construtivo do silêncio” – o exato ponto em que a teorização se torna incompleta e menos abstrata –, com a pretensa capacidade de produzir convergência em meios marcados pela heterogeneidade; ou seja, a teorização incompleta representaria um caminho para superação do dissenso e viabilizaria a aceitação de resultados, sem que os indivíduos tenham que compreender ou convergir sobre um fundamento definitivo. Sunstein, por exemplo, admite que os juízes não são infalíveis; a teorização incompleta agiria de modo a reconhecer essa falibilidade.

³⁴ Texto original: “[...] for arbiters of social controversies, incompletely theorized agreements have the crucial function of reducing the political cost of enduring disagreements. If participants in constitutional law disavow large-scale theories, then losers in particular cases lose much less. They lose a decision, but not the world. They may win on another occasion. Their own theory has not been rejected or ruled inadmissible. When the authoritative rationale for the result is disconnected from abstract theories of the good or the right, the losers can submit to legal obligations, even if reluctantly, without being forced to renounce their largest ideals”.

³⁵ Texto original: “conceptual descent”.

³⁶ Importante frisar que Ronald Dworkin defende modelo de interpretação que amplia o âmbito de abstração, ao contrário de reduzi-lo. Isso ocorre por meio do que o autor denominou de “*justificatory ascent*”, em tradução livre, ascensão justificativa. A metáfora do juiz Hércules, cunhada pelo mesmo autor, reúne os predicados sobre-humanos capazes de viabilizar esse enfoque hermenêutico. Cf. Dworkin, 2006, p. 53-54.

Ao indicar que os acordos não totalmente teorizados têm aplicação em diversos contextos, Sunstein (2007b, p. 2-3) cita o exemplo do direito à liberdade religiosa. A concretização desse direito pode comportar uma série de argumentos, que vão desde a defesa da dignidade da pessoa humana, até outros, de matriz utilitarista. Apesar disso, haveria um ponto de ação do silêncio, capaz de viabilizar o acordo (não totalmente teorizado), permitindo que os envolvidos assintam sobre a importância da preservação desse direito, sem a necessidade de abstrações amplas em torno do seu fundamento, o que certamente conduziria ao dissenso.

Mas como operacionalizar acordos sem teorias subjacentes? O autor procura explicar isso por meio da gradação dos princípios fundamentais em torno da argumentação e do consenso. Sunstein (1996, p. 37, tradução nossa), assim, afirma que “[...] quando as pessoas divergem sobre uma proposição (relativamente) de alto nível, elas podem ser capazes de concordar quando baixam o nível de abstração”.³⁷ É neste ponto que entram em consideração os princípios gerais (*general principles*), os princípios de nível médio (*mid-level principles*) e os princípios de baixo nível (*low-level principles*).

A primeira consideração a ser feita, e que reside na distinção entre esses três níveis de princípios, é que não há uma medida matemática ou algorítmica que os diferencie (Sunstein, 1994, p. 1.740). A medida da distinção é sempre relativa, nunca absoluta, tal como é a decisão minimalista (que é sempre identificada em contexto comparativo).

Quanto aos princípios gerais, fundamentais ou abstratos (*general principles*), Sunstein (1994, p. 1.739, tradução nossa) argumenta que é raro uma pessoa ou grupo teorizar completamente qualquer assunto, ou seja, é raro que se “[...] aceite tanto uma teoria altamente abstrata quanto uma série de etapas que relacionem a teoria a uma conclusão concreta”.³⁸ Portanto, alcançar acordos não totalmente teorizados com base em um princípio geral, seria, na sua visão, algo incomum. A discordância, assim, manifesta-se diante de resultados específicos desses acordos sobre um princípio geral. Por exemplo, se tomado como princípio geral a noção de que pessoas concordam que matar alguém é algo errado, as discordâncias podem aparecer, por exemplo, na aplicação desse princípio sobre casos de aborto. A teorização incompleta de um acordo, aqui, manifestar-se-ia no sentido de que ele é não totalmente especificado, ocultando o desacordo social sobre esses casos específicos.

³⁷ Texto original; “[...] When people diverge on some (relatively) high-level proposition, they might be able to agree when they lower the level of abstraction”.

³⁸ Texto original: “[...] to accept both a highly abstract theory and a series of steps that relate the theory to a concrete conclusion”.

Já os princípios de nível médio (*mid-level principles*) são conceitos intermediários entre teorias abstratas e de alto nível (*general principle*) e as aplicações concretas dessas teorias em casos específicos. Eles funcionam como uma espécie de ponte entre as fundamentações teóricas amplas e os resultados práticos ou decisões em situações particulares. Explica Sunstein (1994, p. 1.739, tradução nossa) que as pessoas

[...] podem acreditar que o governo não pode discriminar com base na raça [princípio de nível médio], sem se decidirem por uma teoria de igualdade em larga escala [princípio geral], e sem concordar se o governo pode estabelecer programas de ação afirmativa ou segregar prisões quando as tensões raciais são severas [resultados específicos].³⁹

Assim como a relação entre os princípios gerais e resultados específicos é pouco clara, a relação entre princípios de nível médio e a teoria geral também é obscura. Na prática, os princípios de nível médio possibilitam a diversos atores – como juízes, legisladores, administradores ou cidadãos – chegarem a um consenso sobre como agir em situações específicas, mesmo que discordem em questões mais fundamentais.

Mas o grande foco da noção de teorização incompleta de Sunstein está nos acordos não totalmente teorizados com base em princípios de baixo nível (*low-level principles*). Aqui, novamente, importante reforçar que não existe medida ou, como afirma o próprio Sunstein (1994, p. 1.740), um algoritmo, capaz de distinguir uma teoria de alto nível e outra que opera em nível intermediário ou baixo. Ainda assim, na tentativa de estabelecer o que vem a ser uma teoria ou princípio de baixo nível, Sunstein (1994, p. 1.740) busca apontar para o conteúdo da teoria jurídica considerado de modo mais comum, ou seja, “[...] a classe geral de princípios e justificativas que não se apresenta como derivada de uma teoria particular do certo ou do bem, que têm relações ambíguas com grandes teorias e que são compatíveis com mais de uma dessas teorias” (Sunstein, 1994, p. 1.740, tradução nossa).⁴⁰

Outra consideração que merece ser explorada, nomeadamente em relação aos acordos não totalmente teorizados estabelecidos em torno de princípios de baixo nível, refere-se ao que Sunstein chama de resultados específicos (*particular outcomes*). Trata-se do ponto de acordo particularizado (Sunstein, 1994, p. 1.741). Assim Sunstein explica:

Talvez os participantes no Direito não endossem um teoria de alto nível, ou talvez acreditem que nenhuma teoria desse tipo ainda esteja disponível. Talvez achem

³⁹ Texto original: “[...] may believe that government cannot discriminate on the basis of race, without settling on a large-scale theory of equality, and without agreeing whether government may enact affirmative action programs or segregate prisons when racial tensions are severe”.

⁴⁰ Texto original: “[...] the general class of principles and justifications that are not said to derive from any particular large theories of the right or the good, that have ambiguous relations to large theories, and that are compatible with more than one such theory”.

disputas teóricas irrelevantes, confusas ou irritantes. Talvez pensem que é desnecessário escolher uma teoria, porque determinado resultado deriva de qualquer teoria que escolham. Talvez discordem uns dos outros à medida que entram em debates de alto nível. O que é crítico é que eles concordam sobre como um caso deve ser resolvido e sobre uma justificativa de baixo nível (Sunstein, 1994, p. 1.741, tradução nossa).⁴¹

Esse mesmo raciocínio se aplicaria às regras gerais do Direito, estabelecidas por participantes da comunidade jurídica. Haveria, nas palavras de Sunstein (1994, p. 1.741), uma importante função social das regras jurídicas, qual seja, a de possibilitar que haja a concordância sobre o significado, autoridade ou correção de uma disposição legal.

2.3.2 Acordos não totalmente teorizados: uma inspiração rawlsiana?

Os acordos não totalmente teorizados de Sunstein, tal como admitido textualmente pelo autor, tem clara aproximação ao que John Rawls (2000a, 2000b) denomina de *overlapping consensus* ou consenso por justaposição,⁴² o que enseja uma digressão em torno do pensamento deste autor.

A publicação de *Uma teoria da justiça* de Rawls (1997), em 1971, inovou o campo da filosofia política, representando forte crítica, sobretudo ao utilitarismo. Por meio de análises não metafísicas ou puramente epistemológicas, Rawls (1997, 2000a, 2000b) elaborou o que denominou de teoria da justiça como equidade, de marca essencialmente pragmática, tendo como fundamento básico o princípio da liberdade, discutido em sua teoria “[...] em conexão com limitações legais e constitucionais” (Rawls, 1997, p. 219) e entendido como “[...] certa estrutura de instituições, um certo sistema de normas públicas que definem direitos e deveres” (Rawls, 1997, p. 219). Nos dizeres de Marciano Seabra de Godoi e Antheia Aquino Melo (2022, p. 52), “Em ‘Uma teoria da justiça’, John Rawls apresenta a concepção de justiça como imparcialidade, cujo objetivo é fixar um conceito de justiça que servirá para as orientações políticas ponderadas e como expressão da tradição democrática”.

⁴¹ Texto original: “Perhaps the participants in law endorse no high-level theory, or perhaps they believe that no such theory is yet available. Perhaps they find theoretical disputes irrelevant, confusing, or annoying. Perhaps they think that it is unnecessary to select a theory, because a certain outcome follows whatever theory they choose. Perhaps they disagree with one another as they enter into high-level debates. What is critical is that they agree on how a case must come out and on a low-level justification”.

⁴² Preferiu-se o uso de “consenso por justaposição” como tradução do termo *overlapping consensus*, tal como aparece nas obras *Uma teoria da justiça* (Rawls, 1997) e *Justiça e democracia* (Rawls, 2000a), ambas publicadas no Brasil pela editora Martins Fontes. Na versão de *O liberalismo político*, publicada pela editora Ática (Rawls, 2000b), o termo é traduzido como “consenso sobreposto”.

Adotando perspectiva contratualista, porém, em um plano abstrato⁴³ (Feldens, 2013) e hipotético (Gargarella, 2008), de inspiração nas obras de John Locke, Jean-Jacques Rousseau e, sobretudo, Immanuel Kant, Rawls (1997) elaborou o que chamou de “posição original”, ou seja, um momento de formulação do contrato e firmamento dos princípios de justiça enunciados na estrutura de uma sociedade de Direito. Não se trata, segundo Rawls (1997, p. 13), de uma “situação histórica real” ou uma “condição primitiva da cultura”; é uma situação fundada em uma hipótese, “[...] de modo a conduzir a uma certa concepção da justiça” em que “[...] ninguém conhece seu lugar na sociedade, a posição de sua classe ou o *status* social e ninguém conhece sua sorte na distribuição de dotes e habilidades naturais, sua inteligência, força e coisas semelhantes”. Ou seja, há o que o autor denomina de “véu da ignorância”, e ninguém se favorece ou se desfavorece “[...] na escolha dos princípios pelo resultado do acaso natural ou pela contingência de circunstâncias sociais” (Rawls, 1997, p. 13).

O primeiro desses princípios – não exaustivos, destaque-se – é aquele que assegura que “cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras” (Rawls, 1997, p. 64). O segundo estabelece que “as desigualdade sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos” (Rawls, 1997, p. 64). Os princípios de justiça que derivam desse consenso original formam, no pensamento rawlsiano, a chamada teoria da justiça como equidade (Rawls, 1997, 2000a, 2000b). Em outras linhas, esses princípios são o próprio objeto do acordo original, aceito pelos indivíduos dispostos a promover a satisfação de seus interesses.

Tais princípios são critérios de legitimação de uma sociedade justa e não apenas meros enunciados normativos que obrigam a conduta social. Na linha de sua proposta pragmática, mas hipotética, a posição original somente pode ser alcançada por meio do que Rawls (1997) chamou de “véu da ignorância”, condição que possibilita o alcance de um conceito da justiça aplicável a todos a partir do afastamento das particularidades, interesses ou situações individuais, sem que os indivíduos saibam “[...] como as várias alternativas irão afetar o seu caso particular” (Rawls, 1997, p. 147), obrigando-os a refletir acerca dos princípios com base em considerações generalizantes.

A teoria de Rawls foi objeto de severas críticas por estudiosos de sua época. A mais contundente delas veio de Robert Nozick, na obra *Anarquia, Estado e utopia* (Nozick, 1991),

⁴³ A teoria de John Rawls é de teor contratualista, mas abstrata, uma vez que se define a partir de uma situação hipotética (o consenso original) e não a partir de um estado de paz ou de guerra de todos contra todos.

publicada em 1974. À época, Nozick vinculava-se à corrente denominada de liberalismo conservador, em franca oposição ao igualitarismo de Rawls (Gargarella, 2008).

As críticas formuladas por Nozick (1991) visavam objetar a ideia de justiça distributiva de Rawls que, na visão do primeiro, estava em contradição com o princípio da liberdade, pois não se pode, a um só tempo, determinar o reconhecimento de liberdades indeclináveis e adotar um critério coercitivo de justiça. “Nozick defenderá uma sociedade organizada como um ‘ambiente para a utopia’ – um ambiente no qual quem queira viver de acordo com as normas liberais, conservadores, comunistas, socialistas poderá fazer isso contanto que saiba respeitar os direitos dos demais” (Gargarella, 2008, p. 34).

A fim de reconfigurar a ideia de justiça como equidade exposta em *Uma teoria da Justiça* (Rawls, 1997), bem como responder aos seus críticos, Rawls compilou uma série de conferências proferidas a partir do fim da década de 1970 até o fim da década de 1980, editadas sob o nome de *O liberalismo político* (Rawls, 2000b), obra publicada em 1993. Segundo Rawls (2000b, p. 23), seu objetivo era o de demonstrar como sua teoria da justiça como equidade poderia responder às objeções e demonstrar que seus objetivos “[...] eram generalizar e levar a uma ordem superior de abstração a doutrina tradicional do contrato social”, abrindo possibilidades além do utilitarismo e o intuicionismo.⁴⁴

A ideia de consenso por justaposição é aprofundada em uma das dissertações complementares à série de conferências que deram origem à obra *O liberalismo político* (Rawls, 2000b) e está intimamente ligada à revisão teórica de sua teoria da justiça como equidade.

Para Rawls (2000b, p. 24), o ponto principal que deveria ser revisto na sua teoria da justiça estaria na descrição incoerente da estabilidade da justiça como equidade, em especial quanto à “[...] ideia pouco realista de ‘sociedade bem-ordenada’”. O pensamento rawlsiano, na origem, argumentava que a teoria da justiça como equidade seria “[...] uma concepção moral razoavelmente estável” (Rawls, 1997, p. 553). A crença em uma sociedade bem-ordenada e em um senso de justiça levaria os indivíduos, no caso de infrações, a sentimentos de culpa derivados das relações mútuas de confiança, capazes, por si só, de restaurar a estabilidade da justiça como equidade (Rawls, 1997). Afirma o autor:

Para assegurar a estabilidade, os homens devem ter um senso de justiça ou uma preocupação com aqueles que seriam prejudicados pela sua traição, ou, de preferência, ambas as coisas. Quando esses sentimentos [*sentiments*] são fortes o suficiente para

⁴⁴ O intuicionismo é, nas palavras de Audard (2000, p. 378), uma “[...] doutrina segundo a qual uma ordem de fatos morais independentes e anteriores ao nosso julgamento poderia ser atingida diretamente ou por aproximação”.

superar as tentações de violar as regras, os esquemas justos são estáveis (Rawls, 1997, p. 552)

Rawls, então, reformula a compreensão de sua teoria da justiça como equidade, que passa da condição de doutrina filosófica abrangente (Rawls, 1997, 2000b) a uma concepção política da justiça (Rawls, 2000a, 2000b), isto é, passa de uma doutrina pessoal, sistemática e continente, seja filosófica, moral ou religiosa, a uma expressão da cidadania em uma democracia constitucional (Audard, 2000). Afirma Rawls:

O liberalismo político pressupõe que [...] uma pluralidade de doutrinas abrangentes e razoáveis [...] seja o resultado normal do exercício da razão humana dentro da estrutura das instituições livres de um regime democrático constitucional. O liberalismo político pressupõe também que uma doutrina abrangente e razoável não rejeita os princípios fundamentais de um regime democrático. É claro que uma sociedade também pode conter doutrinas abrangentes pouco razoáveis, irracionais ou até mesmo absurdas. Nesses casos, o problema é administrá-las de forma a não permitir que solapem a unidade e a justiça da sociedade (Rawls, 2000b, p. 24).

Essa reformulação de sua teoria da justiça como equidade em *O liberalismo político* (Rawls, 2000b), agora compreendida como concepção política da justiça, se deu por meio da consideração de ponto não reconhecido originalmente: o fato do pluralismo (Rawls, 2000a, 2000b), isto é, a pluralidade de concepções e doutrinas antagônicas. Tal problema conduziu sua teoria a formular concepções adequadas a regimes democráticos contemporâneos, naturalmente pluralistas e, portanto, compatíveis com o princípio da liberdade. Para Rawls (2000a, p. 252), o fato do pluralismo é uma “[...] característica permanente da cultura pública das democracias modernas” e nenhuma doutrina abrangente pode assumir papel de estabelecadora da justiça política.

É na tentativa de ver a teoria da justiça como equidade comportar o fato do pluralismo que Rawls estabeleceu o que chamou de consenso por justaposição (Rawls, 2000a, 2000b), conceito capaz de “[...] demonstrar como, malgrado uma pluralidade de doutrinas, a convergência numa concepção política da justiça pode ser obtida e a unidade social mantida num equilíbrio de longo prazo, isto é, de uma geração para outra” (Rawls, 2000a, p. 253). Ao abrir-se a um consenso por justaposição, Rawls (2000a, p. 257) afirma ser possível chegar a “[...] princípios amplamente aceitáveis referentes à justiça política [...]”, sem que as instituições fundamentais sejam tomadas de concepções religiosas, filosóficas ou metafísicas.

Na tentativa de se obter esse consenso, Rawls (2000a) propugna que a Filosofia Política se afaste dos outros ramos da Filosofia, sendo erigida a segmento independente e autônomo. A concepção política da justiça estaria ligada, segundo Rawls (2000a), ao que denomina “razão pública livre” (Rawls, 2000a, p. 259), conceito que abrange debates morais, políticos, em meio

a procedimentos que se ligam, ora ao senso comum, ora ao conhecimento científico. Afirma o autor:

Tendo em conta o “fato do pluralismo”, não há, penso eu, melhor solução do que a de recorrer aos métodos comuns e ao conhecimento público disponível ao senso comum, bem como aos procedimentos e conclusões da ciência quando estas não são discutíveis. São esses métodos e esse conhecimento comuns que nos permitem falar de uma razão pública (Rawls, 2000a, p. 259).

O que Rawls defende é que essa concepção política da justiça esteja apoiada em um consenso que, apesar de incluir diferentes matizes morais, religiosos ou filosóficos, aceita-os “[...] na medida em que postulados diferentes podem conduzir às mesmas conclusões [...]” (Rawls, 2000a, p. 261), sendo os elementos essenciais dessa concepção política “[...] teoremas aos quais se justapõem ou para os quais convergem num consenso as doutrinas abrangentes” (Rawls, 2000a, p. 261). A variadas doutrinas, assim, são articuladas em um processo lógico que busca o consenso.

Embora as produções de Rawls sejam antecedentes à maior parte da bibliografia de Sunstein, o consenso por justaposição do primeiro e os acordos não totalmente teorizados do segundo remontam ao mesmo período, isto é, fim da década de 1980 até meados da década de 1990.

Como já dito, a teoria da justiça como equidade foi originalmente publicada em 1971, em *Uma teoria da justiça* (Rawls, 1997). No entanto, a ideia de um consenso por justaposição só entrou na revisão dessa teoria por meio da série de conferências proferidas na década de 1980, em parte editadas sob o nome de *O liberalismo político* (Rawls, 2000b), obra publicada em 1993.

Já a noção dos acordos não totalmente teorizados de Sunstein coincide com a ascensão de suas concepções no plano acadêmico, o que se dá também, especialmente, a partir de meados da década de 1990.⁴⁵

A aproximação entre o consenso por justaposição de Rawls e os acordos não totalmente teorizados de Sunstein se dá por força do seu núcleo comum: a busca de consenso em ambientes de intensa divergência. Aproximam-se, ainda, pelo caráter pragmático, alheio a questões metafísicas, tendo como pano de fundo a multiplicidade de concepções próprias de modelos democráticos. A isso, Rawls, na revisão de sua teoria da justiça como equidade, denominou de fato do pluralismo (Rawls, 2000a, 2000b), problema que lhe serviu para o giro teórico que rejeitou a ideia originalmente concebida de estabilidade social. Já Sunstein (2007b, p. 2,

⁴⁵ Cf. Sunstein (1994, 1996, 1999, 2007, 2015).

tradução nossa) preferiu denominar essa circunstância da divergência de concepções entre indivíduos de “desacordos em grande escala”.⁴⁶

Ambos propõem, a seu modo, limites às abstrações. O consenso por justaposição de Rawls (2000a, p. 257) defende a possibilidade de se chegar a “[...] princípios amplamente aceitáveis referentes à justiça política [...]”, sem que as instituições fundamentais sejam tomadas de concepções religiosas, filosóficas ou metafísicas. Ou seja, as teorias aparentemente divergentes sofreriam uma espécie de limitação, só chegando às instituições fundamentais por meio de um acordo justaposto.

Em Sunstein, o propósito de limitação teórica é mais explícito e focal, quer pelo que denominou descida conceitual no uso construtivo do silêncio, quer ao expor hipóteses de aplicação dos acordos não totalmente teorizados, demonstrando que seria possível “[...] aceitar um resultado [...] sem compreender ou convergir sobre o fundamento definitivo para essa aceitação” (Sunstein, 2007b, p. 3, tradução nossa).⁴⁷ Os acordos não totalmente teorizados de Sunstein apontam para a capacidade de os participantes do sistema jurídico e da sociedade em geral chegarem a consensos sobre decisões específicas em princípios de nível inferior, sem, necessariamente, concordar sobre as teorias ou princípios abstratos mais gerais que sustentam essas decisões. Essa abordagem permite que as decisões sejam tomadas de forma pragmática e que a cooperação ocorra, mesmo em face do pluralismo profundo, ao evitar debates intransponíveis sobre fundamentos teóricos divergentes.

Enquanto Rawls foca na possibilidade de que pessoas que discordam em pontos de vistas abrangentes podem concordar acerca de determinadas abstrações políticas e utilizar dessa convergência para fins políticos, Sunstein (1994, p. 1.735-1.736), por outro lado, enfatiza a possibilidade de se obter consenso sobre particularidades, julgamentos específicos e entre pessoas que não desejam decidir dilemas no plano da Filosofia Política – um consenso sobre o que fazer, não sobre como pensar.

Com base na análise realizada, pode-se afirmar que os acordos não totalmente teorizados de Sunstein têm uma clara influência das ideias de Rawls, principalmente em sua revisão do consenso por justaposição. Ambos surgem como propostas para lidar com a diversidade de perspectivas morais, religiosas e filosóficas nas sociedades democráticas contemporâneas, buscando formas de se alcançar consenso.

⁴⁶ Texto original: “*large-scale disagreements*”.

⁴⁷ Texto original: “[...] *accept an outcome [...] without understanding or converging on an ultimate ground for that acceptance*”.

A influência rawlsiana nos acordos não totalmente teorizados de Sunstein é evidente, principalmente na preocupação mútua de encontrar fundamentos compartilhados para o consenso social em meio a grandes divergências. A noção de pluralismo de Rawls é similar aos desacordos em grande escala de Sunstein, demonstrando uma visão comum sobre as sociedades democráticas atuais.

No entanto, é importante destacar que a abordagem de Sunstein em sua teoria é diferente e, em alguns aspectos, mais prática que a de Rawls. Apesar de operar em um nível abstrato de princípios políticos, o consenso rawlsiano difere dos acordos não totalmente teorizados de Sunstein, que se concentram em decisões específicas e princípios de menor hierarquia, evitando debates sobre fundamentos teóricos mais amplos. Essa mudança de perspectiva demonstra uma reformulação no entendimento de como lidar com a diversidade nas democracias constitucionais. Sunstein parece compartilhar da preocupação de Rawls com a estabilidade social, mas opta por concentrar-se em acordos práticos e imediatos, em vez de buscar consensos baseados em princípios abstratos de justiça.

Dessa forma, é possível afirmar que os acordos não totalmente teorizados de Sunstein, apesar de serem claramente influenciados pelo pensamento rawlsiano, constituem uma modificação dessa influência. Sunstein incorpora a preocupação central de Rawls com o consenso em sociedades pluralistas, porém adota uma abordagem mais centrada em resultados práticos e menos condicionada a acordos sobre teorias amplas.

2.4 O ideal de democracia deliberativa

O segundo pressuposto teórico do minimalismo judicial, o ideal de democracia deliberativa, estrutura-se na noção de que o Estado, ao tomar suas decisões, deve apresentar razões que justifiquem legitimamente as medidas adotadas. A democracia deliberativa, para Sunstein, reflete as prestações de contas no campo político e, ainda, um modelo de deliberação governamental (Sunstein, 2008a, p. xxix). Logo, os desfechos políticos devem resultar, segundo afirma o autor, “[...] de um extenso processo de deliberação e discussão, durante o qual novas informações e novas perspectivas são colocadas em consideração” (Sunstein, 2008a, p. 171).

Mesmo sem tecer considerações acerca dos requisitos das deliberações políticas, em particular, no plano normativo constitucional⁴⁸ – limitando-se à necessidade de referência aos

⁴⁸ Em *Design democracy*, Sunstein (2001, p. 11), mesmo ao enfatizar sua defesa ao ideal de democracia deliberativa, ressalta que não pretende apresentar o que seria um projeto para o *design* constitucional ou especificar ingredientes de constituições que funcionem adequadamente.

motivos e à indicação de que a gênese dos direitos está na deliberação –, a proposta minimalista é a de fornecer estímulos à democracia, deixando em descoberto pontos ou questões que não precisam ser decididos pelos tribunais. Ou seja, ao limitar os pronunciamentos judiciais ao núcleo indispensável à solução das controvérsias, os minimalistas, por meio de abordagens menos abstratas e mais estreitas, atuariam como catalisadores dos processos políticos e dos respectivos resultados. Todas as questões e desdobramentos que, em amplitude maximalista, seriam abordados pelo Judiciário e em níveis de argumentação abstratos e amplos, no modelo minimalista retornariam para esferas políticas distintas desse Poder, para novos debates, acordos ou deliberações, favorecendo o ideal de democracia deliberativa.

Sunstein, em obras alheias ao minimalismo – mas que colaboram na conformação do seu pensamento –, aborda a democracia deliberativa como um sistema em que a participação pública e a troca de razões entre cidadãos e representantes desempenham um papel central na formação de políticas e decisões legislativas.

Em *Democracy and the problem of free speech* (Sunstein, 1995), ele argumenta que a liberdade de expressão é crucial para a democracia deliberativa, pois permite a diversidade de opiniões e promove o debate público saudável, essencial para a tomada de decisão informada. O autor ressalta a necessidade de estabelecer locais públicos para a expressão e debate de opiniões diversas, indicando mudanças que promovam a exposição a várias perspectivas e a participação ativa dos cidadãos na democracia.

Em *Why societies need dissent* (Sunstein, 2005b, p. 150-152), o autor investiga de modo mais aprofundado a ideia de democracia deliberativa, destacando a importância da discordância e variedade de pontos de vista para prevenir a conformidade e o pensamento em grupo, os quais podem impactar de forma negativa a discussão e o processo de decisão em grupo. Sunstein defende que a discordância é essencial para a democracia deliberativa, já que auxilia na compreensão mais abrangente dos desafios sociais e incentiva a procura por soluções criativas.

Ao analisar o contexto da Constituição dos Estados Unidos da América, o autor argumenta, porém, que a maior inovação do constitucionalismo estadunidense não consistiu na ênfase na deliberação, mas no ceticismo sobre a homogeneidade social e no esforço para acomodar a diversidade na democracia. A tradição estadunidense, na sua origem, porém, teria dado ênfase – destaca – ao sistema republicano, “[...] em vez de um sistema mais populista no qual os desejos dos cidadãos seriam menos filtrados pelos representantes” (Sunstein, 2005b, p. 152, tradução nossa).⁴⁹ Ao avançar em seu raciocínio, Sunstein deixa claro que, apesar dos

⁴⁹ Texto original: “[...] over a more populist system in which citizen desires would be less filtered through representatives”.

riscos e do excessivo otimismo em relação à deliberação na democracia representativa, “Muitas vezes, os desejos dos cidadãos podem ser produto de efeitos cascata ou de polarização” (Sunstein, 2005b, p. 152, tradução nossa).⁵⁰

Em *A Constituição parcial* (Sunstein, 2008a, p. 169-186), o autor rastreia o objetivo de garantir o funcionamento da democracia deliberativa no contexto estadunidense, para ele, ligado a fatos históricos relevantes (a fundação dos Estados Unidos da América, a Guerra da Secessão – e o período antecedente –, bem como a reforma do sistema constitucional realizada pelo *New Deal*). Na mesma obra, ainda, sugere o que seriam os compromissos da democracia deliberativa: a deliberação política, a cidadania, o acordo como ideal regulatório e a igualdade política. Para Sunstein, assim, a democracia deliberativa não é apenas um ideal teórico; ele sugere mecanismos práticos para sua implementação, como a Internet, que pode servir como fórum para a deliberação pública, ampliando o alcance do debate democrático e permitindo a participação de gama mais ampla de vozes no processo político. No entanto, ele também alerta para os riscos associados aos espaços *online*, como a formação de “câmaras de eco” e a polarização, que podem comprometer a qualidade da deliberação democrática, o que será tratado adiante.

Em *Designing democracy: what constitutions do*, Sunstein (2001, p. 6-9) enfatiza o que ele denomina de problema predominante das democracias: o desacordo generalizado ou duradouro. Na sua visão, nos arranjos constitucionais que respeitam a liberdade, um dos objetivos centrais seria lidar com esse problema e, simultaneamente, transformar esse desacordo em força criativa. O ideal de democracia deliberativa consideraria que um governo democrático tem como base razões e argumentos, não somente votos e poder.

Na mesma obra, Sunstein (2001, p. 6) argumenta que o fim do século XX e início do século XXI é marcado por uma severa tensão entre democracia e constitucionalismo. Para o autor,

A escrita, reescrita, interpretação e reconsideração de disposições constitucionais estão ocorrendo em meio a debates acirrados sobre se uma constituição escrita é necessária para proteger direitos, útil ou prejudicial para a democracia, valiosa ou perigosa para a prosperidade econômica, ou uma salvaguarda dos direitos de propriedade ou das perspectivas de grupos desfavorecidos (Sunstein, 2001, p. 6, tradução nossa).⁵¹

⁵⁰ Texto original: “*Too much of the time, citizen desires might be a product of cascade effects or polarization*”.

⁵¹ Texto original: “*The writing, rewriting, interpretation, and reconsideration of constitutional provisions is taking place amid sharp debates about whether a written constitution is necessary to protect rights, helpful or harmful to democracy, valuable or dangerous to economic prosperity, or a safeguard of property rights or of the prospects of disadvantaged groups*”.

Para o autor, o caminho para a superação dessas questões seria enfatizar o que denomina de objetivo central de uma Constituição, qual seja, o de “[...] criar as pré-condições para uma ordem democrática bem-funcionante, na qual os cidadãos são genuinamente capazes de se governar” (Sunstein, 2001, p. 6, tradução nossa).⁵² Para ele, o autogoverno seria uma virtude em si mesma, enfaticamente ligada ao direito à liberdade, em plano primário, mas a outros direitos dela decorrentes, como a liberdade de imprensa e a realização de eleições democráticas.

Mas qual seria, então, o modo de lidar com o desacordo generalizado de democracias pluralistas, transformando-o em força criativa? Para a resposta a essa pergunta, Sunstein primeiro remonta a outro problema, objeto de análise em muitas de suas obras – a polarização em grupo, assim definida: “Quando as pessoas se encontram em grupos de tipos que pensam de modo semelhante, ficam particularmente propensas a se mover para os extremos” (Sunstein, 2010, p. 4). Em outros termos também do autor, “a polarização grupal significa que a deliberação frequentemente respira numa atmosfera de extremismo” (Sunstein, 2006b, p. 72)

Em *Going to extremes* (Sunstein, 2009), obra publicada no Brasil sob o título *A era do radicalismo: entenda por que as pessoas se tornam extremistas* (Sunstein, 2010), o autor analisa a polarização em grupo por meio de vários experimentos e contextos fáticos. Para ele, o fenômeno da polarização não seria algo incomum, pois se trata de padrão típico de grupos de deliberativos.

O fenômeno da polarização em grupo ocorre, basicamente, com a separação de membros de um grupo do restante da sociedade, diminuindo a diversidade interna, o que amplificaria as tendências presentes na homogeneidade. Esta elevaria exponencialmente, no interior desses grupos polarizados, os níveis de indignação e até de ressentimentos presentes em níveis pré-deliberativos.

Ao analisar, por exemplo, padrões de pessoas individualmente consideradas em nível pré-deliberativo, inclinadas ao risco ou propensas a um padrão cauteloso, ao reuni-las, tem-se que o desvio prognóstico sempre tenderá ao extremo (correr mais riscos ou ser mais cauteloso), ou seja, “a média da pré-deliberação é o melhor prognóstico da direção do desvio” (Sunstein, 2010, p. 16). O inverso, naturalmente, também é verdade. A propensão pré-deliberativa ao extremo de indivíduos isoladamente considerados cede quando esses indivíduos se aglutinam em grupos heterogêneos.

Há uma relação íntima entre a polarização em grupo e o fluxo de informações no interior desses grupos. É a informação que impulsiona ou anula as modificações dos grupos. Em

⁵² Texto original: “[...] to create the preconditions for a well-functioning democratic order, one in which citizens are genuinely able to govern themselves”.

agrupamentos em que as informações contrárias são escassas, inclina-se um grupo ao extremo “porque o fluxo de informação apoia aquele movimento” (Sunstein, 2010, p. 24). Daí o risco das redes sociais, já que atuam como “máquinas polarizadoras, porque ajudam a confirmar e, portanto, amplificar as concepções preexistentes das pessoas” (Sunstein, 2010, p. 26), criando verdadeiras “câmaras de eco”. Esse padrão polarizado revela-se presente (e útil) em diversos segmentos, desde grupos terroristas até a composição de colegiados de juízes.

Analisando o contexto das *Court Appeals* (Cortes Federais de Apelação) dos Estados Unidos da América, compostas por painéis judiciais, os quais têm sua composição realizada de modo aleatório e por três membros, e considerando o fato de que as nomeações desses juízes observam a indicação dos partidos políticos predominantes na cena política estadunidense (Republicano e Democrata), é possível observar que há apenas quatro padrões de composição: (i) três juízes indicados pelo Partido Republicano (RRR); (ii) três juízes indicados pelo Partido Democrata (DDD); (iii) dois indicados pelo Partido Republicano e um indicado pelo Partido Democrata (RRD); (iv) dois indicados pelo Partido Democrata e um indicado pelo Partido Republicano (DDR) (Sunstein, 2010, p. 9; Sunstein *et al.*, 2006, p. 40).

Sunstein argumenta que nos painéis RRR ou DDD, portanto, homogêneos, a polarização em grupo exerce o papel de exacerbar as concepções pré-deliberativas dos juízes. “Nomeados democratas demonstram padrões de voto especialmente liberais” e “nomeados republicanos demonstram padrões de voto especialmente conservadores” (Sunstein, 2010, p. 10).⁵³

Essa análise toma corpo mais robusto na obra *Are judges political? An empirical analysis of the federal judiciary*, de autoria de Sunstein em coautoria com David Schkade, Lisa M. Ellman e Andres Sawicki, em que os autores pretendem verificar três diferentes hipóteses com base em análise empírica dos juízes das *Court Appeals*, suas decisões e o partido responsável pela indicação para o cargo (Sunstein *et al.*, 2006).

A primeira das hipóteses, chamada *ideological voting* (voto ideológico), é a de que em casos controversos, haveria uma tendência ideológica do juiz e que poderia ser prevista pelo partido do presidente que nomeia o magistrado. A segunda, chamada *ideological dampening* (amortecimento ideológico), seria a suscetibilidade de atenuação da tendência ideológica do

⁵³ Para o experimento, Sunstein (2010, p. 10) explica que foram reunidos e examinados “dezenas de milhares de votos judiciais, a maioria de casos contestados ideologicamente, incluindo discriminação racial, discriminação sexual, financiamento de campanhas, proteção ambiental, trabalho e liberdade de expressão”, com a aplicação de “testes simples” para classificar decisões como liberais ou conservadoras. Exemplo: uma decisão judicial em favor de um afro-americano sob a alegação de discriminação racial foi classificada como liberal e, de modo análogo, a manutenção de um programa de ação afirmativa ou uma regulamentação ambiental alegadamente agressiva, classificada como conservadora. Na sequência o autor ressalva: “É verdade que esses testes para classificar uma decisão judicial [...] são bem rudimentares. Mas por ser a amostra tão volumosa, podemos distinguir padrões claros e esclarecedores; a crueza dos testes não parece ter gerado distorções” (Sunstein, 2010, p. 11).

juiz quando, no julgamento colegiado, estiver acompanhado de dois juízes indicados por partido diferente. E, por fim, a terceira e última hipótese, chamada *ideological amplification* (amplificação ideológica), isto é, a tendência de, também nos casos mais controversos, o juiz ter suas preferências ideológicas amplificadas quando acompanhado por juízes indicados pelo mesmo partido.

A pesquisa mostra relevantes resultados, como o que identifica que juízes indicados pelo Partido Democrata mostram mais suscetibilidade de sofrer o chamado *ideological dampening*, se comparados com os indicados republicanos, além de mais propensos à *ideological amplification* (Sunstein *et al.*, 2006). Ou seja, nos painéis homogêneos (RRR ou DDD) ocorre, em maior ou menor escala, o fenômeno da *ideological amplification*, movendo o grupo a concepções mais extremistas. Nos painéis heterogêneos, por sua vez, haveria tendência da chamada *ideological dampening*, em maior escala para os juízes indicados pelo Partido Democrata, mas também presente entre os indicados republicanos, desviando, em ambos os casos, a tendência natural dos votos, identificada por *ideological voting* (hipótese também confirmada pelos pesquisadores, equivalente à existência de uma tendência pré-deliberativa).

Considerada, assim, a ligação direta da polarização em grupo para a compreensão do ideal de democracia deliberativa – pressuposto do minimalismo judicial –, é possível, também, estabelecer ligações mais próximas entre a polarização em grupo e o minimalismo.

A primeira relação se dá pela interseção entre a polarização em grupo e outro pressuposto do minimalismo judicial, os já analisados acordos não totalmente teorizados, peça-chave para compreensão das construções de Sunstein. Para o autor, se a polarização em grupo é frequentemente associada a problemas deliberativos, os acordos não totalmente teorizados poderiam, na sua concepção, ser associados à solução dessas questões. A teorização incompleta, operada, portanto, em princípios de baixo nível e focada em resultados particulares, é relevante

[...] para uma democracia diversificada criar instituições para garantir que o poder governamental não esteja disponível apenas para segmentos da sociedade, e promover a deliberação entre pessoas que, de outra forma, gostariam de falar apenas com pessoas de ideias semelhantes (Sunstein, 2001, p. 9, tradução nossa).⁵⁴

Isso responde ao questionamento anteriormente apresentado, a saber: como tratar o desacordo generalizado, típico de democracias pluralistas, transformando-o em força criativa? A resposta estaria nos acordos não totalmente teorizados.

⁵⁴ Texto original: “[...] for a diverse democracy to create institutions to ensure that governmental power is not available only to segments of society, and to promote deliberation among people who would otherwise like to talk only to like-minded people”.

O segundo ponto de contato entre a polarização em grupo e o minimalismo judicial está na amplificação dos riscos e da cautela. Se o minimalismo judicial atua de modo a reduzir os custos das decisões e a magnitude dos erros, sua função está, também, na redução dos efeitos da polarização em grupo, nomeadamente quando juízes decidem de forma colegiada. Uma decisão menos abstrata e mais estreita tenderia, nessa perspectiva, à mitigação do fenômeno da *ideological amplification*.

2.5 Minimalismo e conservadorismo político

A presente tese sustenta haver um terceiro pressuposto do minimalismo judicial de Sunstein: a noção de conservadorismo político de Edmund Burke, político anglo-irlandês.⁵⁵ A obra fundamental de Burke, e de que Sunstein se vale em muitos momentos de sua bibliografia, é *Reflexões sobre a Revolução em França* (Burke, 2015).⁵⁶ Publicada em 1790, *Reflexões* é concebida como um “manifesto da contrarrevolução” (Mackintosh, 1792, p. xi, tradução nossa)⁵⁷ e, também, adotada como referencial para compreensão da noção de conservadorismo político contemporâneo.

2.5.1 A figura de Edmund Burke

Burke nasceu em Dublin, em 1729, em uma família católica e burguesa, tendo sua educação realizada em escolas protestantes da Irlanda. Em 1750 mudou-se para Londres na intenção de completar sua formação em Direito, o que não ocorreu, contrariando o desejo de seus pais. Tornou-se, então, um intelectual, “um *philosophe*, ou homem de letras, como se dizia no século XVIII” (Florenzano, 1997, p. 35). Publicou anonimamente *A vindication of natural society* e, em seguida, um tratado de estética, o que chamou a atenção de autores como Diderot e Kant. Em 1761 retornou à Irlanda, passando a exercer a função de secretário particular de William Hamilton, quando este foi nomeado para o cargo de Secretário-Chefe para a Irlanda (Florenzano, 1997, p. 35-36).

⁵⁵ O pensamento burkeano permeia grande parte das obras de Cass Sunstein, inclusive aquelas não dedicadas à temática do minimalismo judicial. Cf. Sunstein, 2010, 2016, 2019a, 2019b.

⁵⁶ A tradução de José Miguel Nanni Soares, publicada pela Editora EDIPRO, em 2014, optou pela tradução do título como “Reflexões sobre a Revolução na França” (Burke, 2014).

⁵⁷ Texto original: “[...] *manifesto of a Counter Revolution* [...]”.

A complexidade da figura de Burke,⁵⁸ o que se exprime também no conjunto das obras de Sunstein, como já afirmado, para além daquelas ligadas ao minimalismo, remonta suas origens, segundo Florenzano (1997, p. 37), “por sua condição de homem novo, sem fortuna, empregado da aristocracia, ainda por cima irlandês e suspeito de catolicismo”, o que permitia com que fosse encarado por seus contemporâneos como “um aventureiro e arrivista”, um “adulador e serviçal da aristocracia”.

Assim, se se quer compreender o caráter a sensibilidade de Burke, suas reações mais intensas e subscientes, e a profundidade extrema com que viu a Revolução Francesa e os revolucionários, não se pode, nem por um instante, esquecer sua condição de *irlandês, intelectual e político profissional* (Florenzano, 1997, p. 37, grifos do autor).

À época da Revolução Francesa, Burke, porém, estava endividado, desacreditado e politicamente isolado. “Estava velho e não podia se sentir menos que amargurado e frustrado, pois não tinha alcançado nem poder nem riqueza, e nem mesmo, apesar de bastante conhecido política e intelectualmente, reconhecimento social” (Florenzano, 1997, p. 40). A publicação de *Reflexões* alterou esse panorama substancialmente, pois, com a obra, o autor alcançou o reconhecimento de vários segmentos aristocráticos europeus.

A obra *Reflexões* foi originalmente publicada em primeiro de novembro de 1790, tendo sido traduzida em apenas um mês para o alemão, o italiano, além de uma edição tida por clandestina em espanhol (Soares, 2014).

A citada obra tem como ponto de partida a provocação, narrada por Burke, de um jovem fidalgo parisiense, Charles-Jean-François Depont, um entusiasta do movimento revolucionário francês de 1789. Provocado por Depont, que desejava obter de Burke suas compreensões acerca da Revolução Francesa, o autor anglo-irlandês responde por meio de uma carta, o que dá início a novo questionamento de Depont. Burke, então, aprofunda-se na discussão, não sem ter notado que a extensão dos argumentos lançados nesta segunda carta ultrapassava as características de uma missiva, consubstanciando-se, em verdade, em um panfleto político, o que o motiva a publicá-lo.

Mas qual é o contexto e o conteúdo dessa obra de Burke? Nesse livro, sem desconsiderar que as entranhas do poder na França estavam contaminadas, Burke se opõe à revolução como

⁵⁸ Florenzano (1997, p. 44 *et seq.*) nomina parte dessa complexidade de “problema Burke”, ou seja, trata-se da “[...] percepção de que as *Reflexões* estavam em contradição com os escritos anteriores do autor; que seu ataque, desde a primeira hora, à Revolução Francesa, estava em contradição com sua anterior atuação em favor da autonomia das colônias da América do Norte, da Irlanda e da Índia; que, com relação à Coroa, ao rei Jorge III, de um lado, e aos dissidentes religiosos, de outro, Burke havia operado uma verdadeira inversão em suas posições políticas, passando a defender o que antes condenara e condenando o que antes defendera”.

meio para a transformação daquele país. Para o autor anglo-irlandês, a reforma seria o processo adequado para as transformações necessárias. Seu referencial era a Revolução Gloriosa, de 1688, que culminou no fim da monarquia absolutista da Inglaterra.⁵⁹ Nos dizeres de Burke (2015, p. 86):

Teriam podido [os franceses], se quisessem, aproveitar do nosso exemplo [Revolução Gloriosa], e dar à vossa liberdade recuperada a correspondente dignidade. Os vossos privilégios, se bem que interrompidos, não estavam esquecidos. É verdade que a vossa Constituição, enquanto estivestes fora do poder, sofreu perdas e deteriorou-se, mas vós possuístes em algumas partes as paredes e, na sua totalidade, as fundações, de um castelo nobre e venerável. Os senhores poderiam ter reparado essas paredes, poderiam ter construído sobre essas fundações. A vossa Constituição foi suspensa antes de ter sido aperfeiçoada, mas tínheis os elementos de uma Constituição quase tão boa quanto se poderia desejar.

Diferentemente da Revolução Gloriosa e da Independência Americana de 1776, que tiveram um escopo político-constitucional claro e respeitaram as circunstâncias locais, mantendo muitos aspectos da *common law* e introduzindo medidas (a exemplo do sistema de freios e contrapesos) para equilibrar o poder central sem comprometer a soberania, a Revolução Francesa, de 1789, foi abrangente ao ponto de destruir completamente as estruturas da antiga Constituição francesa. Além disso, derrubou os valores e sentimentos cristãos e aristocráticos tradicionais, substituindo-os por uma nova filosofia que nivelava todos em um campo democrático e mecanicista (Soares, 2014, p. 17).

Em todo momento, em *Reflexões*, Burke se expressa de modo acentuadamente crítico – e até irônico –, qualificando, por exemplo, os integrantes da Assembleia Nacional Constituinte francesa como sofistas e responsáveis por ludibriar o que de mais relevante havia na França (e, naturalmente, na Inglaterra): as tradições. Em dada passagem, Burke (2015, p. 56) afirma:

⁵⁹ A Revolução Gloriosa, também conhecida como a “Revolução sem Sangue”, foi um evento histórico significativo que ocorreu na Inglaterra em 1688. Esta revolução marca a deposição do rei Jaime II (e VII da Escócia) e a ascensão de Guilherme de Orange e sua esposa Maria, filha de Jaime II, ao trono inglês. Este episódio é crucial na história britânica porque resultou na consolidação do poder parlamentar sobre o monárquico, um passo decisivo para o desenvolvimento da monarquia constitucional britânica. As principais razões para a Revolução Gloriosa incluíam o descontentamento com a política religiosa de Jaime II, que era católico romano, em um país predominantemente protestante. Jaime tentou promover a tolerância religiosa para católicos e outros grupos religiosos dissidentes, o que suscitou temores de um possível retorno ao catolicismo e uma aliança com poderes católicos europeus, especialmente a França. A tensão atingiu o ápice quando Jaime II teve um filho, ameaçando estabelecer uma dinastia católica, o que levou a elite política e religiosa a convidar Guilherme de Orange, que era casado com Maria, protestante e neta do rei Carlos I da Inglaterra, a intervir. Guilherme aceitou o convite e desembarcou na Inglaterra com um exército, enquanto muitos líderes militares de Jaime II desertavam ou se uniam a Guilherme. O resultado foi a fuga de Jaime II para a França, e o parlamento inglês ofereceu a coroa a Guilherme e Maria como corregentes. A importância desta revolução reside não apenas na mudança de monarcas, mas na subsequente formulação da “Declaração de Direitos”, em 1689, que limitava os poderes do monarca, reafirmava os direitos do Parlamento, incluindo o controle sobre a tributação e as leis, e estabelecia direitos para os cidadãos, incluindo o julgamento por júri. A Revolução Gloriosa é assim vista como um triunfo do parlamentarismo e um passo fundamental na formação do sistema democrático britânico.

Peço-lhe que me deixe deitar cá para fora o que penso e expressar o que sinto tal como me chega à mente, com muito pouca atenção ao aspecto formal [...] a Revolução Francesa é a mais espantosa que até agora aconteceu no mundo. As coisas mais extraordinárias são provocadas em várias instâncias pelos meios mais absurdos e caricatos, da maneira mais ridícula e, aparentemente, pelos instrumentos mais vis. Tudo parece contranatura neste estranho caos, de leviandade e ferocidade, de toda a espécie de crimes misturados com toda a espécie de loucuras. Ao ver esta cena monstruosa tragicômica, as paixões mais contraditórias sucedem-se necessariamente e, por vezes, misturam-se umas com as outras na alma: alternando o desprezo e a indignação, alternando o riso e as lágrimas, alternando o escárnio e o horror.

Burke demonstra sua predileção pelo direito natural. Ao elaborar sua defesa do padrão político da Coroa inglesa, por exemplo, Burke (2015, p. 85) afirma:

Através de uma política constitucional que opera segundo o modelo da Natureza, recebemos, mantemos e transmitimos o nosso governo e os nossos privilégios, do mesmo modo que usufruímos da nossa propriedade e das nossas vidas. [...] O nosso sistema político está colocado numa justa correspondência e simetria com a ordem do mundo [...].

Além disso, procura estabelecer uma distinção evidente entre Direito e política. É o que faz, por exemplo, quando argumenta acerca das regras de sucessão da Coroa inglesa e a legitimidade de levantes que pretendam depor reis:

A questão de destronar ou, se estes cavalheiros gostam mais da frase, “demitir” [depor] reis será, como sempre foi, uma questão extraordinária de Estado, e completamente à margem da lei: uma questão (como todas as outras questões de Estado) de carácter, de meios, de consequências prováveis, mais do que de direitos positivos (Burke, 2015, p. 81).

A defesa da reforma em detrimento da revolta encontra sustentação, no pensamento burkeano manifestado em *Reflexões*, em três princípios. O princípio da conservação, o da transmissão e o do aperfeiçoamento. Ou seja, haveria para Burke, considerada a conformação natural da ordem das coisas, um sentido latente na sociedade inglesa que permitia a conservação das instituições, a transmissão dessas tradições ao longo do tempo, sem se descuidar de eventual aperfeiçoamento. A “Declaração de Direitos” na Inglaterra é compreendida por Burke (2015, p. 83) como a essência dos princípios da conservação, transmissão e aperfeiçoamento, pois, “no famoso estatuto chamado a Declaração de Direito, as duas Câmaras não pronunciaram nem uma sílaba a propósito do ‘direito a eleger um governo para si mesmos’”, pretensão francesa manifestada pelo Terceiro Estado, que é alvo de crítica feroz pelo político anglo-irlandês.

Para Burke, as tradições representam mais do que simples convenções sociais; são um elo temporal (passado, presente e futuro), formando uma estrutura normativa apta a amparar a estabilidade e a ordem social. Essa concepção conservadora das tradições enfatiza que as normas e práticas que sobrevivem ao longo do tempo acumulam uma espécie de sabedoria

prática que não pode ser simplesmente substituída por reformas céleres ou teorias abstratas (Burke, 2015, *passim*; Moreira, 2015, p. 39).

Nessa concepção conservadora, a mudança é vista com desconfiança, sobretudo se imposta de maneira radical, sem levar em consideração as consequências práticas e os possíveis danos à estrutura social. Burke argumenta que as reformas devem ocorrer de maneira lenta e cuidadosa, ajustando gradualmente as normas e práticas para corrigir desvios particulares, mas sem ofender a ordem geral. Ele teme que uma ruptura com as tradições possa levar ao caos social, uma preocupação que se reflete em sua crítica ferina à Revolução Francesa, por ele considerada como uma rejeição perigosa das instituições herdadas e dos valores estabelecidos ao longo do tempo (Burke, 2015, p. 86-89). Sua visão de mudança gradual e limitada é uma resposta à crença de que as tradições representam não apenas práticas de longo prazo, mas a “sabedoria acumulada” (Moreira, 2015, p. 39) das gerações, que supera qualquer conhecimento individual ou temporário.

A defesa de Burke das tradições como fontes de estabilidade institucional é, portanto, fundamentada em três premissas principais: *(i)* as tradições encapsulam a sabedoria acumulada e a experiência histórica; *(ii)* as instituições são fundamentais para a preservação da ordem social e da coesão política; e *(iii)* a mudança deve ser incremental e cuidadosa, preservando a continuidade histórica que sustenta a legitimidade social.

Nesse contexto, o conservadorismo burkeano assume uma postura defensiva em relação às tradições, tratando-as como fontes de orientação moral e estabilidade social, cuja integridade deve ser protegida contra mudanças intempestivas que possam desestabilizar a ordem estabelecida.

Por essa razão, Burke enfatiza que a preservação das instituições e normas estabelecidas não seria um ato de resistência irracional ao progresso, mas, ao contrário, uma forma de resguardar a sociedade dos riscos inerentes às reformas radicais. Sua argumentação enfatiza que as tradições fornecem uma continuidade histórica que liga as gerações e evita que a sociedade se fragmente ante o peso de ideologias momentâneas e paixões políticas. Assim, qualquer tentativa de reformar a sociedade deveria partir do reconhecimento de que as tradições não são simples convenções, mas componentes essenciais de uma ordem social que se desenvolve lentamente ao longo do tempo (Burke, 2015, *passim*).

Ao enfatizar a preservação das tradições e instituições estabelecidas, Burke oferece uma concepção de conservadorismo que resiste ao idealismo abstrato e às grandes teorizações, propondo uma abordagem pragmática e incremental para a mudança social e política.

Burke também recorre a uma construção metafórica que pode ser denominada de contrato intergeracional. Nas palavras do autor, “A Sociedade é de facto um contrato [...]. Como os fins de uma tal parceria não podem ser obtidos em muitas gerações, torna-se uma parceria não apenas entre aqueles que estão vivos, mas entre os que estão vivos, os que estão mortos e os que estão para nascer” (Burke, 2015, p. 159-160). Tal afirmação denota que, para ele, as tradições garantem a preservação dos valores e práticas passados, evitando que sejam dissolvidos em razão de mudanças abruptas, o que deve ser protegido e repassado para as gerações vindouras. A estabilidade da sociedade não estaria apenas garantida pela preservação de normas e instituições, mas também pelo reconhecimento da sabedoria transmitida pelas tradições acumuladas no tempo, refletindo certo ceticismo em relação à capacidade humana de estruturar sistemas políticos e/ou sociais tão equilibrados quanto aqueles resultantes desse acúmulo temporal.

A racionalidade prática de Burke, incorporada às tradições, seria superior à racionalidade abstrata e teórica que, ao ignorar o contexto histórico, social e político das instituições, tende a propor reformas que desconsideram as interações entre os diversos elementos que compõem uma sociedade (Burke, 2015, p. 294-295). Isso fica evidente, por exemplo, quando, ao enfatizar a crítica àqueles que lideraram a Revolução Francesa, Burke afirma:

Após eu ter lido a lista de pessoas e os círculos dos eleitos para o *Tiers État*, nada do que depois fizeram me pareceu surpreendente. No meio deles, de facto, vi alguns de categoria reconhecida e alguns talentos brilhantes, mas com experiência prática de Estado nem um se podia encontrar. Os melhores eram apenas teóricos (Burke, 2015, p. 93).

A concepção de tradição de Burke também implica um papel central para as instituições na preservação da sabedoria acumulada. Ele argumenta que as instituições políticas e sociais não devem ser vistas como meros instrumentos de governança, mas como repositórios de conhecimento prático, que cristalizam as lições aprendidas ao longo do tempo. A exemplo, o parlamento, para Burke, não seria um mero órgão legislativo, mas uma manifestação da continuidade histórica e da sabedoria política capaz de orientar a tomada de decisões. Ao manter as tradições deliberativas parlamentares, a sociedade preservaria não apenas a forma, mas o conteúdo normativo e prudencial que essas instituições representam (Burke, 2015, p. 159).

A tradição do povo inglês, incluindo a religião, segundo Burke, teria sido fator determinante para o sucesso da Revolução Gloriosa; os compromissos fundamentais da sociedade inglesa – para ele, um contrato intergeracional, como dito – mantinham base fundada no caráter religioso. Ao formular comparação entre os ideais da Revolução Francesa e os da

Revolução Gloriosa e da sociedade inglesa à época, Burke (2015, p. 152, grifo nosso) destacou: **“Sabemos, e o que é melhor, sentimos intimamente, que a religião é a base da sociedade, a fonte de todo o bem e de todo o consolo”**. Por óbvio, se, para Burke, sociedade e religião estavam jungidos, também o Estado estaria. É o que se vê do excerto a seguir:

[...] todos aqueles que administram o governo, função onde representam o próprio Deus, devem ter, do seu destino e do seu papel, um conceito elevado e digno, que a sua esperança esteja cheia de imortalidade [...].

.....

A consagração do Estado, por uma instituição religiosa estatal, é necessária também para inspirar um saudável temor nos cidadãos livres, porque com o objectivo de assegurar a sua liberdade, eles precisam desfrutar de uma determinada porção de poder. [...] Todas as pessoas possuidoras de alguma parcela do poder deve ser-lhes muito fortemente inculcada a ideia de que actuam por delegação, e de que, a esse título, devem prestar comas da sua conduta ao grande Mestre, Autor e Fundador da sociedade (Burke, 2015, p. 154-155, grifo nosso).

E, conseqüentemente, se para Burke os compromissos fundamentais da sociedade inglesa e o agir estatal estavam estabelecidos na religião, não é surpresa que toda autoridade ou cargos públicos tivessem um caráter sacro:

Quando o povo se tiver esvaziado de toda a ambição da sua vontade egoísta, o que sem a religião é absolutamente impossível que alguma vez o faça – quando estiver consciente de que exerce o poder, e talvez num elo mais elevado na ordem da delegação, que, para ser legítimo, precisa estar de acordo com aquela lei eterna e imutável na qual vontade e razão são uma só – será mais cuidadoso no que respeita a colocar o poder em mãos incapazes e vis. **Na nomeação para gabinetes, não apontará para o exercício da autoridade como um trabalho deplorável, mas como para uma função sagrada**, não de acordo com o seu interesse egoísta e sórdido, nem de acordo com o seu capricho arbitrário, **mas conferirá esse poder (ante o qual qualquer homem pode com razão tremer ao dar ou ao receber) apenas àqueles em quem possa discernir uma proporção predominante de virtude e sabedoria activas**, tomadas no seu conjunto e adequadas ao cargo, pelo menos tanto quanto se pode encontrar na imensidão da inevitável mistura de imperfeições humanas e de enfermidades (Burke, 2015, p. 157, grifo nosso).

Portanto, a base da visão política conservadora de Burke é um modelo social que se apoia nas tradições, em que o elemento religioso é essencial, inclusive para o Estado, com os cargos públicos sendo vistos como uma forma de poder divino.

Essa visão conservadora burkeana permanece influente até hoje, ao oferecer justificativas para a resistência à mudança e para o bloqueio de alterações sociais e políticas. Sua ênfase na preservação das tradições como suposta fonte de sabedoria acumulada continua a moldar os debates contemporâneos sobre a importância da tradição, destacando posições nacionalistas e contrapondo-se às abordagens mais progressistas, que enxergam em parte das tradições obstáculos ao progresso.

Um exemplo dessa influência pode ser extraído da cena política atual dos Estados Unidos da América. Nesse contexto é possível identificar a presença do movimento intitulado *National Conservatism* (“Conservadorismo Nacional”, tradução nossa), apoiador de políticos como Donald Trump, e que reúne figuras públicas, jornalistas, acadêmicos e estudantes em torno da compreensão de que “[...] o passado e o futuro do conservadorismo estão inextricavelmente ligados à ideia de nação, ao princípio da independência nacional e ao renascimento das tradições nacionais únicas que, sozinhas, têm o poder de unir um povo e promover seu florescimento”,⁶⁰ um projeto da Fundação Edmund Burke (*The Edmund Burke Foundation*) (The Edmund [...], ([2024]) “[...] dedicado a desenvolver um conservadorismo revitalizado para a era do nacionalismo que já se instalou”⁶¹ (Overview, 2024, tradução nossa).

Em uma das *fake news* utilizadas ao longo do processo eleitoral do ano de 2024 daquele país, uma chamou grande atenção. Trata-se do caso da cidade de Springfield, Ohio, cuja população reúne grande parcela de imigrantes haitianos. Após uma sequência de fatos absolutamente divorciados da realidade,⁶² o movimento nacionalista local acusou esses imigrantes de estarem comendo cães e gatos. Não tardou para que Donald Trump, em debate realizado com a candidata Kamala Harris, em 10 de setembro de 2024, em tom nacionalista, afirmasse:

Nosso país está sendo perdido. Somos uma nação fracassada. E isso aconteceu há três anos e meio. E o que, o que está acontecendo aqui, você vai acabar na Terceira Guerra Mundial, só para entrar em outro assunto. O que eles fizeram com nosso país ao permitir que esses milhões e milhões de pessoas entrassem em nosso país. E veja o que está acontecendo com as cidades em todos os Estados Unidos. E muitas cidades não querem falar – não vai ser Aurora ou Springfield. Muitas cidades não querem falar sobre isso porque estão muito envergonhadas com isso. **Em Springfield, eles estão comendo os cachorros. As pessoas que entraram. Eles estão comendo os gatos. Eles estão comendo – eles estão comendo os animais de estimação das pessoas que vivem lá.** E é isso que está acontecendo em nosso país. E é uma pena. No que diz respeito aos comícios, no que diz respeito – a razão pela qual eles vão é que eles gostam do que eu digo. Eles querem trazer nosso país de volta. Eles querem tornar a América grande novamente. É uma frase muito simples. Tornar a América grande novamente. Ela está destruindo este país. E se ela se tornar presidente, este país não tem chance de sucesso. Não apenas sucesso. Acabaremos sendo a Venezuela com esteroides (Read [...], 2024).⁶³

⁶⁰ Texto original: “[...] *the past and future of conservatism are inextricably tied to the idea of the nation, to the principle of national independence, and to the revival of the unique national traditions that alone have the power to bind a people together and bring about their flourishing*”.

⁶¹ Texto original: “[...] *dedicated to developing a revitalized conservatism for the age of nationalism already upon us*”.

⁶² Para uma explicação detalhada, vide matéria jornalística de Felipe Santana, intitulada “A cidade vítima de uma *fake news* de Donald Trump contra imigrantes haitianos” (Santana, 2024).

⁶³ Texto original: “*Our country is being lost. We're a failing nation. And it happened three and a half years ago. And what, what's going on here, you're going to end up in World War 3, just to go into another subject. What they*

No mesmo contexto, o então candidato a vice-presidente dos Estados Unidos da América, Mike Pence, por sua vez, sustentou argumentos nacionalistas contra os imigrantes haitianos em discurso proferido em evento do *National Conservatism*, da *The Edmund Burke Foundation* (Pence, 2024).

Mas é preciso, neste ponto, retomar à análise da influência de Burke em Sunstein. É o que se fará na sequência.

2.5.2 A herança burkeana no minimalismo e no pensamento de Cass Sunstein

É possível identificar que as obras e escritos de Sunstein tentam se apegar a um conceito mais descritivo do conservadorismo e das tradições (termos conectados na literatura de Sunstein), argumentando predominantemente em favor do que seria uma virtude do princípio da conservação em questões estatais e governamentais estruturais (forma de governo, de Estado e sistema de governo e direitos fundamentais, por exemplo). O problema é que o pensamento de Burke não pode ser pinçado sem a devida análise crítica.

Em *How change happens*, Sunstein (2019, local. 46, tradução nossa) argumenta em favor da concepção de representação de Burke quando explora os perigos das deliberações em enclaves,⁶⁴ “[...] rejeitando ‘propósitos locais’ e ‘preconceitos locais’ em favor da ‘razão geral de todo’”,⁶⁵ que, para o autor estadunidense, é essencialmente conservadora, “[...] falando

have done to our country by allowing these millions and millions of people to come into our country. And look at what's happening to the towns all over the United States. And a lot of towns don't want to talk – not going to be Aurora or Springfield. A lot of towns don't want to talk about it because they're so embarrassed by it. In Springfield, they're eating the dogs. The people that came in. They're eating the cats. They're eating – they're eating the pets of the people that live there. And this is what's happening in our country. And it's a shame. As far as rallies are concerned, as far – the reason they go is they like what I say. They want to bring our country back. They want to make America great again. It's a very simple phrase. Make America great again. She's destroying this country. And if she becomes president, this country doesn't have a chance of success. Not only success. We'll end up being Venezuela on steroids”.

⁶⁴ Deliberação em enclaves, segundo Sunstein (2019, local. 33, tradução nossa), deve ser “[...] entendida como deliberação dentro de grupos pequenos ou não tão pequenos de pessoas com ideias semelhantes. Sugiro que a deliberação em enclaves é, simultaneamente, um perigo potencial para a estabilidade social, uma fonte de fragmentação social e uma salvaguarda contra a injustiça social e a irracionalidade. Como veremos, a polarização de grupos ajuda a explicar um ponto antigo, com bases claras no Direito Constitucional de muitas nações, de que a homogeneidade social pode ser bastante prejudicial à boa deliberação. Um entendimento da polarização de grupos, portanto, ilumina práticas sociais projetadas para reduzir os riscos de deliberação limitada a pessoas de ideias semelhantes”. Texto original: “[...] understood as deliberation within small or not-so-small groups of like-minded people. I suggest that enclave deliberation is, simultaneously, a potential danger to social stability, a source of social fragmentation, and a safeguard against social injustice and unreasonableness. As we will see, group polarization helps explain an old point, with clear foundations in constitutional law in many nations, to the effect that social homogeneity can be quite damaging to good deliberation. An understanding of group polarization thus illuminates social practices designed to reduce the risks of deliberation limited to like-minded people”.

⁶⁵ Texto original: “[...] rejecting ‘local purposes’ and ‘local prejudices’ in favor of ‘the general reason of the whole’”.

puramente de forma descritiva, como uma salvaguarda das práticas existentes”.⁶⁶ Essa afirmação do autor é idêntica à que ele realiza em outra obra (*Designing democracy*) (Sunstein, 2001, p. 46).⁶⁷

Indiretamente, em outra passagem de *Design democracy*, Sunstein (2001, p. 10, tradução nossa) retoma sua defesa das tradições, ao afirmar que, “Contra aqueles que pensam que uma constituição democrática é mais bem compreendida por referência às tradições, sugiro que as tradições não vêm rotuladas para fácil identificação e que as tradições nacionais contêm tanto o que é ruim quanto o que é bom”.⁶⁸

Em *Conspiracy theories and other dangerous ideas*, Sunstein (2014) estabelece uma defesa do tradicionalismo em perspectiva constitucional, que, para ele, estaria longe de ser irracional ou arbitrário. Nesse texto, novamente, Sunstein (2014, local. 98) recupera efusivamente o pensamento de Burke, a quem nomina de “grande estadista e teórico britânico”,⁶⁹ em particular, pelo sentido que este emprega de tradição como razão acumulada no tempo (Cf. Burke, 2015, p. 158). Sunstein (2014, local. 98) ressalva, porém, que as práticas de longa data nem sempre são justificadas, pois podem, em determinados momentos, refletir preconceito e ignorância.

Em *A era do radicalismo*, Sunstein (2010) assume outra ressalva para o pensamento burkeano, nomeadamente no que se refere ao problema da polarização em grupo. Afirma o autor que:

Os que têm respeito pelas tradições correm maior risco de polarizar. [...] As tradições podem persistir não porque sejam boas, mas por conta do mesmo tipo de influência social que produz polarização de grupo. Afinal, as tradições transmitem informações, e as pessoas podem segui-las, não porque acreditem, individualmente, que sejam boas, mas porque outras pessoas (aparentemente) acreditaram que elas eram boas. [...] O problema básico é que as tradições transmitem informações, e as pessoas podem pensar que a informação é mais útil, ou mais reveladora, do que realmente é (Sunstein, 2010, p. 117).

⁶⁶ Texto original: “[...] *speaking purely descriptively, as a safeguard of existing practices*”.

⁶⁷ Cf. Sunstein, 2001, p. 46: “*In this light we should be able to see more clearly the sense in which Edmund Burke’s conception of representation – rejecting ‘local purposes’ and ‘local prejudices’ in favor of ‘the general reason of the whole’ – is not accidentally but is instead essentially conservative (speaking purely descriptively, as a safeguard of existing practices)*”. Em português (tradução nossa): “Neste contexto, deveríamos ser capazes de ver mais claramente o sentido em que a concepção de representação de Edmund Burke – rejeitando ‘propósitos locais’ e ‘preconceitos locais’ em favor da ‘razão geral do todo’ – não é acidentalmente, mas é essencialmente conservadora (falando puramente de forma descritiva, como uma salvaguarda das práticas existentes)”.

⁶⁸ Texto original: “*Against those who think that a democratic constitution is best understood by reference to traditions, I suggest that traditions do not come labeled for easy identification and that national traditions contain much that is bad as well as much that is good*”.

⁶⁹ Texto original: “[...] *great British statesman and theorist [...]*”.

Em outra passagem, Sunstein admite certa controvérsia em torno do culto às tradições realizado por Burke. “No rescaldo do *Apartheid*, a África do Sul deveria ter construído cuidadosamente, de uma maneira vinculada à tradição, com base em seu próprio passado? Ou deveria ter adotado uma constituição baseada em algum tipo de conceito de liberdade e igualdade humana?” (Sunstein, 2008b, p. 835, tradução nossa).⁷⁰ Com essas considerações, Sunstein conclui, na sequência, que apesar da influência burkeana na teorização incompleta, acordos não totalmente teorizados podem ser alcançados também em bases antiburkeanas (em particular, quando essas bases apontam para sérias controvérsias sobre o passado). E conclui:

[...] tudo depende da natureza das tradições relevantes e da competência daqueles que propõem submetê-las a um escrutínio crítico. Se as tradições são boas e os escrutinadores são ruins, o tradicionalismo é atraente. Se as tradições incluem injustiça e crueldade, e se os escrutinadores são confiáveis, então o tradicionalismo não faz sentido (Sunstein, 2008b, p. 835, tradução nossa).⁷¹

Até mesmo em *The world according Star Wars*, Sunstein (2016b) cita o pensamento de Burke, e o faz tentando se conectar ao sentido de continuidade (o contrato intergeracional que Burke menciona, destacado na subseção anterior desta tese):

Considere as palavras de Edmund Burke, o grande pensador conservador (e, admitidamente, nada rebelde), que temia os efeitos das “fantasias flutuantes ou modas”, em razão dos quais “toda a cadeia e continuidade da comunidade seriam rompidas”. Para Burke, isso seria uma tragédia, uma traição a uma das necessidades humanas mais profundas e uma rejeição a uma fonte indispensável de estabilidade social. Burke falou com grande emoção sobre o que aconteceria caso essa ruptura ocorresse: “Nenhuma geração poderia se conectar com a outra. Os homens se tornariam pouco melhores que as moscas do verão.” Reflita sobre essas frases. Burke insiste que as tradições fornecem um tecido conectivo ao longo do tempo. Esse tecido ajuda a dar significado às nossas vidas e cria a coisa mais próxima da permanência que os seres humanos podem alcançar.

Esse é, claro, um pensamento conservador, mas mesmo aqueles que não se identificam como conservadores gostam e até precisam de cadeias e continuidades. Isso é parte do apelo do baseball; ele conecta pais e filhos, e uma geração à outra. O mesmo pode ser dito sobre Star Wars, e é parte do que torna a série duradoura. É um ritual. Na série Star Wars, o que os rebeldes buscam é a restauração da República. Nesse sentido, eles são os verdadeiros conservadores. Podem ser considerados burkeanos – rebeldes, mas ainda assim burkeanos. Eles falam em nome de suas próprias tradições. Em contraste, o Imperador Palpatine é o verdadeiro revolucionário, assim como os seguidores da Primeira Ordem. Luke, a Aliança Rebelde e a Resistência querem retornar a (uma versão idealizada do) que existia antes. Eles olham para o passado em busca de

⁷⁰ Texto original: “*In the aftermath of apartheid, should South Africa have built carefully, and in a tradition-bound way, on its own past? Or should it have adopted a constitution on the basis of some kind of account of human liberty and equality?*”.

⁷¹ Texto original: “[...] *everything depends on the nature of the relevant traditions and the competence of those who propose to subject them to critical scrutiny. If traditions are good, and if the scrutinizers are bad, traditionalism is appealing. If the traditions include injustice and cruelty, and if the scrutinizers are reliable, then traditionalism makes no sense*”.

inspiração. Na verdade, isso é algo quase primordial (Sunstein, 2016b, local. 241, tradução nossa).⁷²

Até aqui, o que se vê é que o pensamento de Burke está presente em diversas obras que tocam temáticas distintas do minimalismo, o que seria, por si só, um fato curioso. Afinal, não são citações isoladas, mas uma nítida influência do pensamento burkeano na bibliografia do autor.

Mas é no minimalismo judicial que a carga burkeana incide de modo destacado. Essa influência ocorre de maneira direta tanto quando Sunstein defende os acordos não totalmente teorizados, um dos fundamentos do minimalismo, quanto ao incidir em outros aspectos dessa abordagem decisória.

Quando enfatiza os acordos não totalmente teorizados, Sunstein (2007b, p. 15, tradução nossa) afirma: “Aqueles que destacam os acordos teoricamente incompletos têm uma dívida evidente com Edmund Burke, que foi, de certa forma, o grande teórico da teorização incompleta”.⁷³ Em *Beyond judicial minimalism*, Sunstein (2008b, p. 834) também repete essa afirmação. Em suas considerações, destaca que Burke oporia, de um lado, teorias e abstrações, nos dizeres de Sunstein (2008b, p. 834), desenvolvida por mentes individuais, às tradições, “construídas por muitas mentes durante longos períodos” (tradução nossa).⁷⁴ Sunstein argumenta que Burke objeta o espírito da inovação como produto de temperamento egoísta. Quer, com isso, enfatizar o antagonismo existente entre as práticas estabelecidas e a razão individual, devendo-se trabalhar analogicamente, com fundamento nas práticas estabelecidas ao longo do tempo.

Assim, tanto para Sunstein como para Burke, as tradições e os precedentes acumulariam uma sabedoria prática que deve ser levada em consideração no processo decisório,

⁷² Texto original: “Consider the words of Edmund Burke, the great conservative thinker (and admittedly no rebel), who feared the effects of ‘floating fancies or fashions,’ as a result of which ‘the whole chain and continuity of the commonwealth would be broken.’ To Burke, that’s a tragedy, a betrayal of one of the deepest human needs and a rejection of an indispensable source of social stability. Burke spoke with strong emotion about what would happen, should that break occur: ‘No one generation could link with the other. Men would become little better than the flies of a summer.’ Pause over those sentences. Burke insists that traditions provide connective tissue over time. That tissue helps to give meaning to our lives, and it creates the closest thing to permanence that human beings can get. This is a conservative thought, of course, but even those who do not identify as conservative like and even need chains and continuities. That’s part of the appeal of baseball; it connects parents with their children, and one generation to another. The same thing can be said about Star Wars, and it’s part of what makes the series enduring. It’s a ritual. In the Star Wars series, what the rebels seek is a restoration of the Republic. In that sense, they are the real conservatives. They can be counted as Burkeans – rebellious ones, but still. They’re speaking on behalf of their own traditions. By contrast, Emperor Palpatine is the real revolutionary, and so are the followers of the First Order. Luke, the Rebel Alliance, the Resistance want to return to (an idealized version of) what came before. They look backward for inspiration. In fact that’s kind of primal”.

⁷³ Texto original: “Those who emphasize incompletely theorized agreements owe an evident debt to Edmund Burke, who was, in a sense, the great theorist of incomplete theorization”.

⁷⁴ Texto original: “built up by many minds over long periods”.

especialmente no contexto judicial, em que decisões abruptas e amplas poderiam desestabilizar o sistema e minar a confiança pública na justiça.

É, portanto, por meio dos acordos não totalmente teorizados que o pensamento de Burke contamina o minimalismo de Sunstein. Ora, se Burke é entendido por ele como o “grande teórico” da teorização incompleta e se os acordos não totalmente teorizados são, para o minimalismo, um pressuposto central, é por esse caminho que se dá a influência do pensamento de Burke sobre a abordagem minimalista de Sunstein.

O minimalismo judicial de Sunstein defende que os juízes devem limitar o alcance de suas decisões, abordando apenas as questões essenciais de cada caso e evitando grandes teorizações ou mudanças drásticas nos padrões jurídicos estabelecidos. Sunstein argumenta que a deferência ao precedente – e à regra do *stare decisis* – promove um equilíbrio entre estabilidade e mudança, permitindo que o sistema jurídico evolua de maneira gradativa e coerente com suas próprias tradições. Ele reconhece que, assim como Burke, a continuidade histórica e o respeito pelas normas consolidadas são elementos necessários para assegurar que as decisões judiciais sejam vistas como legítimas e consistentes com os valores que sustentam a ordem jurídica (Sunstein, 2015, p. xvi e 16).

Já em *Constitutional personae*, em particular, quando defende o minimalismo burkeano, Sunstein (2015) argumenta de modo muito enfático em favor do autor anglo-irlandês, contrastando-o com outras abordagens judiciais para demonstrar sua relevância e aplicação no Direito Constitucional americano. É o que afirma logo no prefácio da obra:

Mas vamos colocar as cartas na mesa. Meu terceiro objetivo é elaborar a abordagem, e a *Persona*, que eu mais gosto. Para juízes envolvidos no direito constitucional, minha *Persona* preferida é o minimalista, **cujos compromissos definidores derivam do trabalho do teórico social britânico Edmund Burke.** O minimalismo não é uma teoria completa de interpretação, nem é uma abordagem para todos os tempos e circunstâncias. Mas ele tem um apelo particular no contexto do direito constitucional americano, ou assim sugerirei (Sunstein, 2015, p. xvi, tradução nossa).⁷⁵

Ainda no prefácio da mesma obra, o autor explica que “O terceiro capítulo trata do minimalismo burkeano e oferece um endosso qualificado” (Sunstein, 2015, p. xvii, tradução nossa).⁷⁶ Na sua defesa do minimalismo burkeano, o autor afirma que os “Seguidores de Edmund Burke são minimalistas por natureza, e aqueles que adotam a *persona* minimalista

⁷⁵ Texto original: “*But let’s put our cards on the table. My third goal is to elaborate the approach, and the Persona, that I tend to like best. For judges engaged in constitutional law, my preferred Persona is the Minimalist, whose defining commitments grow out of the work of the British social theorist Edmund Burke. Minimalism is not a full theory of interpretation, and it is not an approach for all times and seasons. But it has particular appeal in the context of American constitutional law, or so I shall suggest*”.

⁷⁶ Texto original: “*The third chapter turns to Burkean minimalism and offers a qualified endorsement*”.

podem considerar o termo uma redundância” (Sunstein, 2015, p. 69-70, tradução nossa).⁷⁷ Sunstein apresenta o minimalismo burkeano como uma abordagem atraente que enfatiza a importância das tradições e práticas estabelecidas, afirmando que esses elementos devem ser respeitados e incorporados incrementalmente na interpretação judicial, especialmente em áreas como a separação de Poderes. Esse traço, contudo, será mais bem detalhado na subseção seguinte, quando serão apresentados os subtipos minimalistas (racionalista e burkeano).

Sunstein (2015, p. 77) importa do pensamento burkeano o culto às tradições e a ideia de respeito cívico. Em *Constitutional personae*, por exemplo, o autor recupera e cita importante afirmação de Burke em *Reflexões*, destacada a seguir:

Em primeiro lugar, a ciência da jurisprudência, orgulho do intelecto humano que – com todos os seus defeitos, redundâncias e erros – é o acervo de razão compilado em muitas gerações, combinando os princípios da justiça primordial com a variedade infinita das preocupações humanas, jamais seria estudada, tal como uma pilha vergonhosa de velhos erros eliminados. A auto-suficiência pessoal e a arrogância (companheiras inseparáveis de quem nunca experimentou mais que a sua própria sabedoria) usurpariam os tribunais (Burke, 2015, p. 158).⁷⁸

É possível também encontrar a menção a Burke em *Radical in robes* (Sunstein, 2005a). Embora advirta que as tradições podem, em alguns casos, refletir preconceitos ou confusões, em vez de sabedoria, e faça a defesa do tradicionalismo em apoio ao devido processo legal, nota-se, novamente, o modo deferente que Sunstein se refere a Burke, ou seja, “o grande teórico conservador”,⁷⁹ que enfatiza “que as tradições provavelmente são sábias, simplesmente porque representam o julgamento não de uma única pessoa, mas de inúmeras pessoas ao longo de um grande período”⁸⁰ (Sunstein, 2005a, p. 123-124, tradução nossa).

A compreensão do conservadorismo político como pressuposto do minimalismo tem reflexos na análises críticas que autores fazem sobre Sunstein, não sendo algo que passe despercebido. Ao analisar o pensamento de Sunstein e seu minimalismo judicial, Diana Sykes ([2015], p. 19, tradução nossa), afirma que:

A ênfase no incrementalismo e no gradualismo remete à filosofia de Edmund Burke, que via a governança como um empreendimento prático guiado pela experiência e fundamentado no ceticismo em relação a grandes teorias políticas. Burke aconselhava a deferência a práticas e tradições consolidadas há muito tempo, testadas pela

⁷⁷ Texto original: “Followers of Edmund Burke are Minimalists by nature, and those who adopt the Minimalist Persona might consider the term a redundancy”.

⁷⁸ Preferiu-se recuperar, na versão referenciada de *Reflexões* (Burke, 2015), traduzida por Ivone Moreira, o trecho da obra de Edmund Burke citado por Sunstein.

⁷⁹ Texto original: “the great conservative theorist”.

⁸⁰ Texto original: “that traditions are likely to be wise simply because they represent the judgment not of a single person but of countless people over a long period of time”.

experiência e pela sabedoria coletiva da sociedade acumulada ao longo de gerações. Ele tinha grande apreço pelo *common law*.⁸¹

Apesar dessas considerações, a influência de Burke no pensamento de Sunstein ainda é motivo de grande obscuridade e oscilação. Em *Burkean minimalism, Beyond judicial minimalism* e *Constitutional personae*, Sunstein (2006a, p. 369, 2008, p. 825, 2015, p. 81, tradução nossa) chega a afirmar que não tem o objetivo de realizar uma “exegese de Burke, uma figura extremamente complexa”⁸² – o que é, no mínimo, curioso, já que se trata de autor recorrente em suas obras.

Sunstein não está errado ao dizer que os minimalistas apoiam a noção de respeito cívico. O problema é que a matriz burkeana contida no pensamento de Sunstein, que ele usa e não questiona, está baseada na crença na autoridade divina. Neste caso, não há como abraçar parte sem se desconectar do todo. Ou seja, o pensamento de Burke não pode ser extraído do contexto de afirmações que ele faz em *Reflexões* sem uma exegese profunda – o que Sunstein rejeita textualmente. *Reflexões* é uma obra absolutamente contundente e o que Sunstein parece ter desconsiderado é esse caráter desafiador do marco teórico que elegia – ao menos no momento em que redigia os textos indicados (e que, eventualmente, não se mostrava tão nocivo, principalmente no cenário político).

Essa crítica, porém, não se encerra aqui. Esses pontos serão retomados no capítulo quatro desta tese, em especial, na subseção 4.2 (Tradição viva e minimalismo), para demonstrar a nocividade de Burke para o minimalismo de Sunstein e a impostergável redução das expectativas morais sobre a figura do juiz, indispensável para que abordagens decisórias minimalistas sejam aplicadas em bases atualizadas, o que se fará por meio do cotejo entre Sunstein, Burke e MacIntyre e o sentido de tradição viva do último autor.

Há, portanto, outros meios de se pensar a noção de tradição no contexto contemporâneo, em bases renovadas e que se alinhem ao problema da desordem moral ou, no sentido de Sunstein, às questões que tocam o pluralismo. Por ora, registre-se que o pressuposto do conservadorismo burkeano no minimalismo judicial de Sunstein, algo sustentado por esta tese, precisa ser afastado.

⁸¹ Texto original: “*The emphasis on incrementalism and gradualism evokes the philosophy of Edmund Burke, who viewed governance as a practical endeavor guided by experience grounded in skepticism of grand political theories. Burke counseled deference to long-settled practices and traditions tested by experience and the collective wisdom of society accumulated over generations. He held the common law in high regard*”.

⁸² Texto original: “[...] *an exegesis of Burke, an exceedingly complex figure [...]*”.

2.6 Subtipos minimalistas e as *personae* constitucionais

Por fim, na tentativa de estabelecer um mapeamento profundo e, ao mesmo tempo, abrangente do pensamento de Sunstein e seu minimalismo judicial, é relevante explicitar o que vêm a ser os subtipos minimalistas (racionalista e burkeano), além das *personae* constitucionais – os heróis, os soldados e os mudos – que representam antagonismos necessários à também *persona* minimalista.

Isso porque, conforme destaca Sunstein (2015, p. 2, tradução nossa), é possível “[...] encontrar as quatro *Personae* em muitos sistemas constitucionais diferentes ao redor do mundo. Alemanha, Canadá, África do Sul e Israel – para citar apenas alguns – possuem seus próprios Heróis, Soldados, Minimalistas e Mudos”.⁸³

O contraste entre essas *personae* será necessário para o desenvolvimento da tese, pois é também por meio da aproximação e distanciamento dessas figuras que será possível apontar alguns problemas no pensamento do autor estadunidense, além de sugerir possíveis reformulações.

2.6.1 Minimalismo racionalista e minimalismo burkeano

Sunstein (2015) indica haver dois subtipos no minimalismo: os racionalistas, que exigem justificativas racionais para as tradições, e os burkeanos, que valorizam as tradições *per se*.

O minimalismo racionalista favorece passos pequenos e cautelosos, mas ao exigir algum tipo de justificativa sobre as tradições, delas se desgarram parcialmente. Especialmente na interpretação constitucional, os minimalistas racionalistas se opõem à noção de que as tradições devem ser mantidas sem questionamento. Ao invés disso, defendem que as tradições devem se basear em razões lógicas e provas que mostrem sua importância e vantagens para a sociedade atual. Isso indica que, em vez de aceitar tradições apenas por serem históricas, os minimalistas racionalistas exigem uma avaliação crítica que pode validar ou contestar a legitimidade dessas tradições.

Essa perspectiva é importante em temas que tratam, por exemplo, da aplicação do princípio da igualdade, com a necessidade de analisar criticamente as normas e práticas para

⁸³ Texto original: “[...] can find the four *Personae* in many diferente constitutional systems all over the world. Germany, Canada, South Africa, and Israel – to name just a few – have their own Heroes, Soldiers, Minimalists, and Mutes”.

assegurar que não mantenham injustiças ou desigualdades. Por exemplo, no âmbito dos direitos civis, os minimalistas racionalistas podem sustentar que legislações discriminatórias contra minorias ou outros grupos marginalizados não podem ser defendidas apenas por sua durabilidade ou aceitação ao longo da história. Ao contrário, essas leis precisam passar por um escrutínio rigoroso para verificar se cumprem os critérios de justiça e igualdade de acordo com os direitos fundamentais.

Além disso, o minimalismo racionalista defende que as decisões judiciais e políticas devem ser fundamentadas em uma compreensão clara e aprofundada das questões em jogo, evitando soluções amplas ou excessivamente teóricas, *i.e.*, privilegiam abordagens graduais, modestas e prudentes. Isso indica uma inclinação por decisões que possibilitem a união de diversas perspectivas, favorecendo um consenso fundamentado em argumentos sólidos em vez de influências tradicionalistas ou populistas.

Já o minimalismo burkeano é influenciado pelas ideias de sabedoria coletiva e de estabilidade social geradas pela continuidade das práticas tradicionais. Tendem a dar grande peso ao histórico e à evolução gradual das interpretações legais. Trata-se de abordagem especialmente enfatizada em questões que envolvem a separação de Poderes, por exemplo, nas quais as tradições devem ser consideradas cuidadosamente.

Sunstein (2015) articula que essa abordagem favorece a deferência às práticas governamentais estabelecidas e evita grandes rupturas ou reinterpretções radicais da Constituição. Seria, então, o minimalismo burkeano, mais apropriado em contextos em que mudanças abruptas nas interpretações constitucionais tenderiam a consequências disruptivas e indesejáveis.

A influência de Burke é evidente na maneira como Sunstein advoga por uma abordagem judicial que respeita a sabedoria e a prudência acumuladas nas práticas e tradições estabelecidas. Burke, conhecido por sua crítica ao racionalismo individual e sua defesa das tradições sociais como fontes de estabilidade e ordem, ressoa por intermédio do argumento de Sunstein de que os juízes devem exercer cautela e respeito pelas práticas consolidadas ao interpretar a lei. É por essa razão que o autor estadunidense não esconde sua predileção pelo subtipo burkeano.

2.6.2 As *personae constitucionais*

Analisando as decisões e os integrantes da Suprema Corte dos Estados Unidos, Sunstein (2015), em *Constitutional personae*,⁸⁴ identifica quatro arquétipos de juízes que marcariam a jurisprudência constitucional do país. Esses perfis incluem, além dos minimalistas, os heróis, os soldados e os mudos.

Embora a categorização de juízes não seja uma novidade, Sunstein busca não apenas identificar essas *personae*, mas também promover um diálogo entre elas, explorando suas tendências e interações. Ele também visa ilustrar como essas categorias são estrategicamente adotadas ao longo do tempo, com uma atenção especial aos custos associados às decisões judiciais e, principalmente, aos erros cometidos (Sunstein, 2015, p. xiv-xvi).

Sunstein sugere que esses quatro tipos de juízes não estão restritos ao contexto estadunidense, podendo ser encontrados em tribunais ao redor do mundo (Sunstein, 2015). Essa observação aponta para o papel político do Judiciário, uma questão que está intrinsecamente ligada ao princípio da separação de Poderes, ao protagonismo judicial e ao princípio da legalidade.

Como o foco desta tese é o minimalismo judicial, as próximas subseções serão dedicadas às *personae* dos heróis, soldados e mudos.

2.6.2.1 Os heróis

A configuração dos juízes heróis, conforme delineado por Sunstein (2015), destaca-se pela propensão em anular legislações e atos de outros Poderes de Estado, baseando-se em interpretações audaciosas da Constituição. Essa abordagem, marcada por um certo maximalismo,⁸⁵ não é vista por Sunstein como necessariamente positiva – ou seja, o heroísmo não é bem-avaliado –, mas sim como uma expressão do protagonismo judicial.

Sunstein (2005a, p. 42-43, 2015, p. 6-7) emprega uma definição mais restrita de ativismo judicial, relacionando-o à frequência com que o Judiciário desafia os atos de outros Poderes, particularmente os do Legislativo. As variações na frequência e intensidade dessas decisões anulatórias refletem diferentes níveis de heroísmo judicial, segundo Sunstein (2015).

⁸⁴ *Constitutional personae* pode ser compreendido como a mais recente e enfática defesa do minimalismo judicial operacionalizada por Sunstein em sua vasta bibliografia.

⁸⁵ Medida ampla, abstrata e profunda, oposta às preconizadas dimensões do minimalismo (estreiteza e superficialidade).

Na tradição judicial dos Estados Unidos há notáveis exemplos de juízes heróis, como nos casos *Marbury v. Madison* e *Brown v. Board of Education*. Em *Marbury v. Madison*, caso emblemático para o controle de constitucionalidade pelo Judiciário, a figura heroica de John Marshall, o quarto *Chief Justice* da Suprema Corte americana, é evidente. Para compreender este precedente, é necessário revisitar o contexto político dos Estados Unidos em 1800, um período marcado pela polarização entre os partidos Federalista e Republicano, com o presidente federalista John Adams no poder. A eleição presidencial daquele ano resultou em um empate no Colégio Eleitoral entre Thomas Jefferson, do Partido Republicano e então Vice-presidente, e Aaron Burr, levando a Câmara dos Representantes a decidir o resultado (Alstyne, 1969, p. 3). Prevendo uma possível derrota, o Congresso, dominado pelos federalistas, empreendeu uma série de ações para manter sua influência no próximo governo (Alstyne, 1969, p. 3), incluindo tentativas de manipular o Judiciário.

No dia 4 de fevereiro de 1801, enquanto ainda era Secretário de Estado no governo de John Adams, John Marshall assumiu o cargo de *Chief Justice* da Suprema Corte. Em 27 de fevereiro de 1801, o Congresso federalista aprovou uma legislação que permitia a Adams nomear 42 juízes de paz com mandatos de cinco anos para os distritos de Columbia e Alexandria, todos escolhidos entre os Federalistas. Essas nomeações foram confirmadas pelo Senado no dia 3 de março de 1801, um dia antes da posse do novo governo. Com John Marshall ainda no papel de Secretário de Estado, foram preparados os documentos de investidura, mas ao menos quatro desses documentos ainda não haviam sido entregues à meia-noite do dia 3 de março de 1801 (Alstyne, 1969, p. 4-5).

Quando Thomas Jefferson assumiu a presidência, ele instruiu o novo Secretário de Estado, James Madison, a suspender todas as nomeações pendentes, incluindo a de William Marbury. Em 21 de dezembro de 1801, William Marbury, representado por Charles Lee, ex-Procurador-Geral do governo Adams, impetrou um *writ of mandamus* na Suprema Corte contra James Madison, exigindo a entrega do seu documento de investidura.

O caso colocou John Marshall em um dilema significativo. Alguns argumentaram que ele deveria se declarar incompetente para julgar o caso, devido ao seu papel anterior como Secretário de Estado. A situação também levantou dúvidas sobre a autoridade da Suprema Corte. Caso Marshall decidisse conceder o *writ of mandamus*, era provável que Madison, seguindo as instruções de Jefferson, se recusasse a cumprir a decisão. Nesse cenário, a Suprema Corte não possuiria meios efetivos para impor a execução de seu mandado. Por outro lado, se Marshall optasse por não conceder o mandado, seria uma vitória para Jefferson (Estados Unidos da América, 2001, p. 25).

A escolha feita por John Marshall reflete vividamente a *persona* do herói, como descrito por Sunstein, particularmente por meio do emprego de abordagem abstrata levada ao limite, com o objetivo explícito de invalidar ações de outro poder ou função do Estado (neste caso, do Poder Executivo). Esta abordagem ousada e inovadora marcou um novo capítulo para a Suprema Corte dos Estados Unidos com a introdução do controle de constitucionalidade, impactando profundamente o Direito Constitucional globalmente. Esse caráter inovador e ambicioso é evidente em trechos do voto de John Marshall no caso mencionado, que revelam a profundidade e a abstração de sua argumentação, particularmente quando analisado no contexto histórico de sua prolação:

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

.....

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

A norma deve ser anulada (Estados Unidos da América, 1803, tradução nossa).⁸⁶

Um século e meio após *Marbury v. Madison*, utilizando-se também de raciocínios ambiciosos, Earl Warren, *Chief Justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos, liderou o caso *Brown v. Board of Education* (Estados Unidos da América, 1954), outra decisão emblemática do tribunal. No caso em questão, debateu-se o regime de segregação racial entre crianças brancas e negras no sistema de educação pública americano. Earl Warren, ao procurar invalidar legislações que impediam o acesso de crianças negras a escolas frequentadas por crianças brancas no estado do Arkansas, empregou um argumento com uma marcada carga heroica, concentrando-se na Décima Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos, que institui a cláusula da *equal protection of the law*, que assim prescreve:

⁸⁶ Texto original: “*The act to establish the judicial courts of the United States authorizes the supreme court to issue writs of mandamus, in cases warranted by the principles and usages of law, to any courts appointed, or persons holding office, under the authority of the United States.*”

.....

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

EMENDA XIV (1868)

Seção 1.

Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis (Estados Unidos da América, 2001, p. 196).

Earl Warren concluiu que o precedente *Plessy v. Ferguson*, de 1896, que ratificou a legalidade de uma legislação da Louisiana instaurando a política de “separados, mas iguais”⁸⁷ (Estados Unidos da América, 1896, tradução nossa), não deveria ser aplicado ao sistema educacional, pois violava a igualdade legal assegurada pela Décima Quarta Emenda. Ele argumentou que a questão deveria ser resolvida não com base nas circunstâncias existentes quando a Décima Quarta Emenda foi ratificada, mas considerando o desenvolvimento completo da educação pública e seu papel atual na vida americana em todo o país (Estados Unidos da América, 1954).

Tanto John Marshall em *Marbury v. Madison* quanto Earl Warren em *Brown v. Board of Education* exemplificam o heroísmo judicial descrito por Sunstein, pois ambos não desejavam estar “do lado errado da história” (Sunstein, 2015, p. 5, tradução nossa).⁸⁸ Portanto, cada um, acreditando no potencial transformador do Judiciário, especialmente na jurisdição constitucional, adotou uma postura de liderança significativa: Marshall estabelecendo a prática do *judicial review*⁸⁹ e Warren desmantelando uma longa tradição de discriminação racial nos Estados Unidos da América. Em ambos os casos, utilizaram-se de uma abordagem ambiciosa na interpretação do texto constitucional.

Filosoficamente, Sunstein (2015, p. 9) observa que a *persona* do juiz herói está intrinsecamente ligada ao conceito do juiz Hércules de Dworkin (1999, p. 404), que se dedica a fornecer a melhor interpretação possível das leis, considerando o processo legislativo em sua totalidade e refletindo não apenas suas convicções sobre justiça, mas também sobre os ideais de integridade, equidade política e devido processo legal específicos à legislação em uma democracia (Dworkin, 1999, p. 405), sem esquecer a opinião pública (Dworkin, 1999, p. 409), que também influencia as declarações e deliberações no processo legislativo.

⁸⁷ Texto original: “*separate but equal*”.

⁸⁸ Texto original: “*on the wrong side of history*”.

⁸⁹ Segundo Sunstein (2015, p. 7), John Marshall é considerado um herói autêntico, principalmente porque, por meio de sua atuação em *Marbury v. Madison*, ele instituiu o que hoje se conhece como *judicial review*.

2.6.2.2 Os soldados

A *persona* do juiz soldado, conforme delineada por Sunstein (2015), posiciona-se diametralmente oposta à dos heróis, caracterizando-se por sua abordagem deferente e submissa em relação aos atos de outros Poderes, principalmente em relação ao Legislativo. Esses juízes se veem como meros executores das leis, demonstrando humildade que se alinha à obediência dos resultados dos processos políticos, conforme destacado por Sunstein (2015, p. 15). Frequentemente, em situações de escrutínio público, esses magistrados afirmam que seu papel é somente “seguir a lei”.

A principal característica desses juízes é a subordinação rigorosa às normas, que são vistas como a manifestação direta dos processos políticos. Esse ponto de vista está fortemente ancorado no princípio da legalidade, que norteia todas suas interpretações jurídicas. No contexto constitucional, os juízes soldados aderem estritamente ao texto constitucional, evitando anular os atos de outras funções do Estado a menos que a transgressão às normas constitucionais seja extremamente evidente. Segundo Sunstein (2015), esses juízes evitam adotar interpretações teóricas elevadas de princípios como a liberdade de expressão, que são comuns entre os juízes heróis.

Os soldados são categorizados em vários níveis, com os mais extremos sendo aqueles que até desafiam a própria noção do *judicial review*, limitando a capacidade do Judiciário de anular ações de outras esferas do governo no contexto do controle de constitucionalidade.

Sunstein (2015, p. 11-12) cita exemplos de juízes que exemplificam essa *persona*, incluindo Oliver Wendell Holmes. A posição de Holmes em *Lochner v. New York* (Estados Unidos da América, 1906), que à primeira vista poderia parecer um ato de heroísmo judicial, na verdade representa a postura dos juízes soldados, segundo Sunstein (2015, p. 11).

Neste caso, a Suprema Corte foi solicitada a avaliar uma lei de Nova Iorque que restringia a jornada de trabalho dos padeiros. A maioria dos juízes entendeu que essa restrição violava a liberdade protegida pela Décima Quarta Emenda. Holmes discordou, argumentando que a Constituição não deveria ser interpretada de modo a endossar uma teoria econômica particular, seja ela de *laissez faire* ou de controle paternalista do Estado sobre o cidadão.

Sunstein (2015, p. 11) observa que a abordagem de Holmes é um claro exemplo de contenção judicial e de uma interpretação constitucional que evita abstrações elevadas, características típicas dos juízes soldados.

2.6.2.3 Os mudos

A última categoria identificada por Sunstein em sua análise das *personae* judiciais é a dos juízes mudos, que se caracterizam por uma aversão quase total à pronúncia em questões, especialmente as constitucionais. Eles buscam evitar decisões ou comentários sobre qualquer matéria, assemelhando-se em certa medida aos minimalistas no que diz respeito à cautela e moderação (Sunstein, 2015). Contudo, a principal distinção entre eles é que os mudos optam por não se manifestar de forma absoluta. Sunstein (2015, p. 18-19) nota que raramente juízes se enquadram completamente nesse perfil, o que faz dessa *persona* presença menos comum nas cortes constitucionais.

A postura dos mudos pode surgir tanto de uma estratégia deliberada quanto da falta de familiaridade com os detalhes da controvérsia em análise, o que sugere certo nível de modéstia judicial (Sunstein, 2015, p. 21). Sunstein (2015, p. 19, tradução nossa) descreve essa abordagem como “evasão constitucional”,⁹⁰ em que juízes da Suprema Corte evitam tratar de questões constitucionais ao decidir casos.

Esses juízes frequentemente se esforçam para esquivar de discutir tais questões, mantendo-se silenciosos ao interpretar legislações de maneiras que precluam a necessidade de abordar questões constitucionais diretamente (Sunstein, 2015, p. 19). Esse comportamento inclui favorecer interpretações que evitem dúvidas constitucionais e, conseqüentemente, manter um silêncio cuidadoso sobre temas fundamentais.

Além disso, a *persona* dos mudos se manifesta na habilidade de controlar a própria jurisdição da Suprema Corte, permitindo aos juízes decidirem quando não proceder com o julgamento de casos, mesmo que significativos e mesmo que haja divergências nas cortes inferiores (Sunstein, 2015, p. 19). Os mudos, portanto, buscam ativamente se distanciar de qualquer decisão que possa ser minimamente controversa.

Nesse contexto, as semelhanças entre mudos e minimalistas são evidentes, levando Sunstein (2015, p. 24) a descrevê-los como membros da mesma família – quase como primos. Ambos compartilham da tendência à discricção e superficialidade, características típicas do minimalismo. A diferença crucial, porém, é que os minimalistas optam pelo silêncio apenas em certos momentos, enquanto para os mudos, o silêncio é comportamento constante.

⁹⁰ Texto original: “*constitutional avoidance*”.

2.7 Conclusões parciais

Dada a exposição da estrutura teórica e algumas críticas, seguem abaixo as conclusões parciais deste capítulo:

C₁ – O minimalismo judicial de Sunstein caracteriza-se por duas dimensões fundamentais: a estreiteza (narrowness) e a superficialidade (shallowness), que buscam limitar o escopo e a profundidade das decisões judiciais, respectivamente;

C₂ – Os acordos não totalmente teorizados (incompletely theorized agreements) constituem elemento central do minimalismo judicial, permitindo convergência em resultados específicos sem necessidade de consenso em princípios mais amplos ou abstratos;

C₃ – O ideal de democracia deliberativa é um pressuposto teórico essencial do minimalismo judicial, enfatizando a importância da participação e do debate público na tomada de decisões políticas e jurídicas;

C₄ – A influência do conservadorismo político de Edmund Burke no pensamento de Sunstein pode ser apontada como um pressuposto teórico do minimalismo judicial, especialmente pela valorização da tradição e pela defesa da abordagem cautelosa às mudanças sociais e jurídicas;

C₅ – As personae constitucionais identificadas por Sunstein (heróis, soldados, mudos e minimalistas) oferecem uma tipologia útil para compreender diferentes abordagens à interpretação constitucional, com o autor favorecendo a postura minimalista.

Estabelecida a base teórica do minimalismo judicial, o próximo capítulo voltar-se-á para sua análise no contexto científico brasileiro. Assim, serão examinadas a recepção e as críticas ao minimalismo judicial no âmbito acadêmico nacional, explorando como essa abordagem tem sido interpretada, aplicada e questionada pelos estudiosos do Direito no Brasil.

3 A FORTUNA CRÍTICA DO MINIMALISMO JUDICIAL DE CASS SUNSTEIN NO BRASIL

Muito embora seja um dos autores mais citados na contemporaneidade nos Estados Unidos da América e em todo o mundo no campo do Direito, conforme apontam o *AD Scientific Index* ([2024]) e Brian Leiter (2014),⁹¹ as concepções de Sunstein, nomeadamente aquelas ligadas ao minimalismo judicial, ainda encontram pouco eco na produção acadêmica no Brasil, se comparadas à difusão do pensamento e respectivas citações de outros autores da Teoria do Direito, como Jürgen Habermas, Ronald Dworkin, Robert Alexy, John Rawls, Hans Kelsen, entre outros.

Convém, portanto, até para sustentar a justificativa da presente tese, elaborar o que se pode denominar de estado da arte do minimalismo judicial no Brasil, o que se fará a seguir, em primeiro lugar, por meio da análise de produções no âmbito de Programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito (teses e dissertações) e, na sequência, os artigos científicos já publicados.

Para fins de organização da pesquisa bibliográfica que ora se apresenta, o agrupamento dos trabalhos seguirá os seguintes critérios metodológicos: (i) as produções serão classificadas em três categorias: teses e dissertações (subseção 3.1) e artigos (subseção 3.2); (ii) na subseção 3.1, serão apresentados, em primeiro lugar, as teses e dissertações do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, instituição à qual este autor se vincula; (iii) em seguida, serão incluídas teses e dissertações defendidas em instituições de Minas Gerais, unidade federativa onde se localiza a instituição deste autor, com destaque para a concentração de pesquisas no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais; (iv) posteriormente, serão incorporadas teses e dissertações de outras regiões do Brasil, com prioridade para a região Sul, em razão da significativa produção acadêmica identificada sobre o tema; (v) dentro da subseção 3.1, as teses terão precedência sobre as dissertações; (vi) a organização dos trabalhos respeitará a ordem cronológica, salvo nos casos em que for necessário agrupar artigos de mesma autoria para

⁹¹ Segundo dados dos últimos seis anos, coletados pelo *AD Scientific Index* ([2024]), Sunstein é o autor mais citado na área de Direito no mundo, com 86.113 citações no período e um total de 213.817 citações. Seu índice H (*h-index*, métrica que quantifica a produtividade e o impacto de pesquisas científicas com base nos trabalhos mais citados) é de 114 nos últimos seis anos e de 185 no total. Com esse índice H, o autor ocupa a 34ª posição entre os principais cientistas de todas as áreas na Harvard University, bem como a 317ª posição nos Estados Unidos da América, a 345ª na América do Norte e a 837ª no *ranking* global. Dados compilados por Leiter (2014) também indicam que Sunstein foi o jurista mais citado nos Estados Unidos da América no período de 2009 a 2013.

garantir a coerência da análise (como o caso dos artigos de autoria e coautoria de Maria Eugenia Bunchaft). Na subseção 3.3 serão apresentadas as conclusões parciais deste capítulo.

3.1 Teses e dissertações

No âmbito do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, reduto acadêmico que esta tese se encontra inserida, é possível identificar as teses de doutoramento de Simone Reissinger (2016) e Luciana Kellen Santos Pereira Guedes (2024), além das dissertações de mestrado de Paulo Enderson Oliveira Teixeira (2014) e Jéssica Helena Braga Araújo (2021).

Reissinger (2016), em sua tese intitulada *Ativismo judicial e o minimalismo de Cass Sunstein: uma abordagem interpretativa do direito à saúde no Brasil*, orientada pelo Professor Doutor José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior, apresenta uma análise do ativismo judicial nos contextos brasileiro e estadunidense. A autora investiga a origem e evolução do ativismo judicial nos Estados Unidos da América, destacando as dificuldades de consenso sobre sua definição.

A autora aprofunda nas características do minimalismo judicial, abordagem que, segundo destaca, “[...] não adota teorias gerais de interpretação” (Reissinger, 2016, p. 73) e que foca “[...] na humildade do juiz sobre suas próprias capacidades” (Reissinger, 2016, p. 77). Explica, na esteira do pensamento de Sunstein, as características de estreiteza e superficialidade,⁹² a teorização incompleta e a promoção da democracia deliberativa operada pelo minimalismo judicial do autor, bem como o minimalismo burkeano. Fundando-se no pensamento de Siegel, indica objeções ao minimalismo, especialmente ante o risco de se transferir “[...] altos custos para outros julgamentos” (Reissinger, 2016, p. 101).

Reissinger (2016) sustenta a hipótese de que o minimalismo judicial é adequado para as demandas do direito à saúde no Brasil, visando promover a democracia deliberativa e reduzir o ativismo judicial que marca essas decisões. Segundo a autora, o ativismo judicial se intensificou devido à judicialização de questões políticas e sociais, em que o Judiciário intervém, por vezes excessivamente, nas políticas públicas, afetando o equilíbrio entre os Poderes. Ela ressalta que, enquanto o minimalismo judicial sugere uma contenção e prudência nas decisões, evitando

⁹² Diferentemente da autora, conforme visto na subseção 2.2 do presente trabalho, preferiu-se denominar a estreiteza e superficialidade de dimensões minimalistas, não de características, na tentativa de indicar o espaço ocupado por essas decisões.

decisões amplas e fundamentando-se em acordos teóricos incompletos, o ativismo judicial seria uma postura mais expansiva e proativa do Judiciário.

Guedes (2024), na tese intitulada *Da jurisdição constitucional à guarda da Constituição: Supremo Tribunal Federal, um dos equidistantes e concorrentes guardiões da Constituição*, também orientada pelo Professor Doutor José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior, examina criticamente a jurisdição constitucional brasileira. A autora aborda o Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, questionando o exercício extensivo do poder judicial e sua compatibilidade com o princípio democrático da Constituição de 1988.

Quanto ao minimalismo, Guedes (2024, p. 55) destaca a linha de decisões que vai da irracionalidade ao maximalismo. Na interpretação da autora, Sunstein posiciona o minimalismo entre o subminimalismo (decisões opacas) e as decisões ambiciosas, defendendo que o minimalismo permite uma deliberação democrática mais ampla, ao deixar questões abertas para reflexão posterior.

A autora ainda explica que o minimalismo sugere que a corte deve limitar suas decisões ao necessário, evitando abordar questões não essenciais ao caso, respeitando precedentes, recusando pareceres consultivos e mantendo silêncio sobre temas complexos. Isso evitaria que decisões da corte fechem o debate público, com o favorecimento de abordagem que estimula a responsabilidade e a reflexão democrática, já que o minimalismo se apoia em duas características: a restrição, limitando as decisões ao caso específico sem estabelecer regras gerais, e a superficialidade, ao buscar acordos teóricos incompletos que permitem convergência sem comprometer princípios fundamentais (Guedes, 2024, p. 55-56). Além disso, enfatizando a responsabilidade democrática, a autora argumenta que o minimalismo evitaria decisões amplas que possam impor custos ao sistema político e estimular reações negativas imprevistas.

Na pesquisa realizada, a autora conclui que, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal, nos segmentos de

[...] omissão legislativa, políticas públicas e federalismo [...], vem exercendo poder de direção, porque faz colmatação de silêncios constitucionais [...] e elabora e implementa políticas públicas, invocando, para legitimar sua intervenção, omissão inconstitucional ou simples existência de um problema público que muitas vezes não é solúvel em lugar nenhum do mundo (Guedes, 2024, p. 285).

A autora conclui que o Supremo Tribunal Federal “[...] não é o único e nem o último guardião da Constituição” (Guedes, 2024, p. 287). Segundo Guedes (2024, p. 288), para Sunstein, “[...] a Constituição é uma estrutura de negociação política contínua” – sendo essa a compreensão que a autora faz da Constituição da República de 1988 (Brasil, [2024a]). Logo, conclui que os “métodos de jurisdição constitucional compatíveis com o princípio democrático

e com o modelo constitucional compatíveis com o princípio democrático e com o modelo constitucional brasileiro” seriam, além da teoria da revisão judicial de John Hart Ely, o minimalismo judicial de Sunstein (Guedes, 2024, p. 287-288).

Teixeira (2014), na dissertação *Por limites à atuação política do Poder Judiciário: uma proposta à luz do minimalismo judicial de Sunstein e dos acordos não totalmente teorizados*, orientada pelo Professor Doutor Fernando Armando Ribeiro, explora os limites da intervenção judicial em temas políticos.

O autor, partindo do questionamento acerca da capacidade de o Judiciário se posicionar de forma proeminente diante de julgamentos fundamentais da sociedade, marcada pelo dissenso e pelo pluralismo, elenca, como hipótese, que o minimalismo judicial de Sunstein teria a capacidade de “[...] limitar a atuação política por parte do Poder Judiciário” em uma democracia deliberativa (Teixeira, 2014, p. 9). A dissertação argumenta que o minimalismo judicial pode reduzir o ativismo judicial excessivo, permitindo que o Judiciário atue sem usurpar o papel dos Poderes democraticamente eleitos.

O autor critica a expansão do Poder Judiciário, especialmente no contexto da judicialização da política, e defende que a adoção do minimalismo judicial é essencial para manter o equilíbrio entre os Poderes e promover uma democracia deliberativa robusta, em que a Corte deve se abster de formular regras gerais e conclusivas sobre questões complexas (Teixeira, 2014, p. 54).

Passando, essencialmente, na análise do minimalismo judicial, pelos vetores da democracia deliberativa e dos acordos não totalmente teorizados, o autor conclui que “[...] os juízes minimalistas decidem casos concretos sem obstruir o processo político democrático e sem ignorar um núcleo de direitos fundamentais que são garantidos” (Teixeira, 2014, p. 97).

Já Araújo (2021), na dissertação intitulada *A gestão processual participativa para implementação de medidas estruturantes na litigância de Direito Público*, orientada pela Professora Doutora Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Moraes e coorientada pelo Professor Doutor Dierle José Coelho Nunes, ao examinar a questão da aplicação dessas medidas, sustenta que “[...] a atuação do Judiciário tem de ser minimalista, o que parte da concepção de que a atuação dos tribunais tem de ser mais restrita acerca dos casos apresentados para, ao atuarem na solução de litígios dessa magnitude, não sejam taxados como ativistas” (Araújo, 2021, p. 39), atuando o magistrado como “[...] apenas mais um sujeito a formar a política pública e não seu membro principal [...]” (Araújo, 2021, p. 46). A pesquisa, assim, apresenta o minimalismo como antítese do ativismo judicial.

A autora, porém, não se debruça na investigação das bases do minimalismo, afirmando apenas que a referida abordagem é creditada a Sunstein e que nessa caberia ao Poder Judiciário limitar-se “[...] a atuar somente no que é necessário dizer para justificar uma decisão, deixando em aberto, na medida do possível, as questões mais fundamentais, a serem decididas fundamentalmente pelos entes que têm a verdadeira atribuição diante das premissas da democracia deliberativa” (Araújo, 2021, p. 29).

Já no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais é possível elencar dissertações e teses que abordam o minimalismo judicial de Sunstein.

A tese de Raphaela Borges David (2018), intitulada *Decisão jurídica e governabilidade no diálogo entre Judiciário e Executivo*, pesquisa orientada pelo Professor Doutor Bernardo Gonçalves Fernandes, tem como objetivo verificar a relação entre os Poderes Executivo e Judiciário nas decisões jurídicas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Ao analisar a questão que envolve as capacidades institucionais desses Poderes, a pesquisa toca o minimalismo judicial de Sunstein.

A autora contrasta o ativismo judicial “[...] com posturas minimalistas de autocontenção judicial” (David, 2018, p. 20). Descreve a postura minimalista por meio das contribuições de Sunstein, alegando que nessa haveria preferência por decisões estreitas, alcançáveis por meio dos acordos parciais (David, 2018, p. 60).

A autora faz importante observação acerca da dicotomia entre posturas ativas ou passivas de uma corte. Para ela, a compreensão do excesso ou não da decisão jurídica deve se dar no caso concreto. E destaca que é importante “[...] rechaçar minimalismos falsos, na mesma medida em que se condena os ativismos que encampam autoritarismos da corte, porque ambas as posturas são falhas, do ponto de vista democrático” (David, 2018, p. 178).

Já Adriano Souto Borges (2016), na dissertação *Cortes constitucionais e democracia? A interpretação das regras de competência e a expansão do controle de constitucionalidade no Brasil*, orientada pelo Professor Doutor Thomas da Rosa de Bustamante e coorientada pelo Professor Doutor Emílio Peluso Neder Meyer, indica, como hipótese, ser o minimalismo judicial a “[...] melhor opção para os casos em que a Corte interpreta as regras que definem as suas próprias competências, considerando o ponto de vista institucional e o democrático” (Borges, 2016, p. 11).

Borges (2016) argumenta que a adoção de um modelo interpretativo maximalista, a exemplo de Dworkin, acarreta uma expansão de atribuições judiciais, compromete a legitimidade democrática das cortes. Em um cenário em que a própria autoridade judicial é historicamente e normativamente condicionada, Borges (2016) defende que o Supremo

Tribunal Federal deve adotar um modelo de interpretação minimalista, especialmente no que tange às suas próprias competências. Este modelo minimalista, conforme Sunstein, evita decisões amplas e abstratas, promovendo uma abordagem restrita e contextual que respeita o espaço decisório de outros Poderes e a soberania popular (Sunstein, 2006a, p. 17).

O autor enfatiza que os acordos não completamente teorizados de Sunstein podem ser justificados quando “[...] uma Corte Constitucional interpreta regras que definem sua própria competência” (Borges, 2016, p. 96-97), indicando, assim, para a legitimidade da postura minimalista, pois, ao contrário, “[...] o maximalismo poderia servir para encorajar a Corte a aumentar seus próprios poderes, sem que haja previsão constitucional expressa para tanto”.

Um dos pontos centrais da dissertação é a análise da Reclamação Constitucional 4.335/AC (Brasil, 2014),⁹³ em que o Supremo Tribunal Federal discutiu a tese da mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição da República de 1988 (Brasil, [2024a]). Borges (2016) utiliza este caso para ilustrar o perigo do maximalismo interpretativo nas competências da Corte, apontando como a interpretação maximalista expande as atribuições judiciais de forma autônoma, sem a devida delegação do poder popular ou legislativo. O autor argumenta que essa postura maximalista, sustentada por ministros como Gilmar Mendes, enfraquece o equilíbrio entre os Poderes e contraria o ideal democrático de autodeterminação, defendido por Sunstein em sua crítica ao maximalismo judicial (Borges, 2016, p. 153-158).

No entendimento de Borges (2016, p. 160-162), um tribunal que adota o minimalismo é mais adequado para fortalecer a democracia, pois permite que o povo ou seus representantes eleitos tenham a última palavra sobre a extensão dos poderes das instituições estatais, preservando, assim, a integridade do projeto constitucional democrático.

Renan Sales de Meira (2016), em sua dissertação intitulada *Discriminação, desrespeito e reconhecimento: a igualdade nas relações privadas – um olhar sobre o Recurso Extraordinário nº 845.779*, orientada pelo Professor Doutor Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes, aborda o princípio da igualdade nas relações privadas, afirmando que as teorias tradicionais não são suficientes para lidar com as questões propostas, defendendo o uso da teoria

⁹³ Na Reclamação Constitucional nº 4.335, julgada em 20 de março de 2014, o Supremo Tribunal Federal, sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes, tratou do alcance e dos efeitos de decisões de inconstitucionalidade em controle difuso. A Defensoria Pública da União apresentou a reclamação alegando descumprimento da decisão proferida no *Habeas Corpus* nº 82.959/SP, em que a Suprema Corte declarara inconstitucional o § 1º do artigo 2º da Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990), que vedava a progressão de regime para condenados por crimes hediondos. No entanto, o juiz da Vara de Execuções Penais de Rio Branco havia mantido a vedação, argumentando que, em controle difuso, os efeitos seriam restritos às partes, salvo deliberação do Senado Federal. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar procedente a reclamação, afirmou a eficácia expansiva da declaração de inconstitucionalidade mesmo em controle difuso, entendendo que tal decisão ultrapassa o âmbito *inter partes* e possui caráter vinculante no sistema brasileiro de constitucionalidade (Brasil, 2014).

social crítica de Axel Honneth, especialmente a categoria do reconhecimento, para compreender as consequências das práticas discriminatórias e suas implicações na autonomia e identidade dos indivíduos.

O autor, argumentando sobre as decisões ocorridas no Recurso Extraordinário nº 845.779, faz abordagens sobre o minimalismo, em especial sobre o fato de, em 19 de novembro de 2015, o ministro Luiz Fux ter pedido vista no julgamento do Recurso Extraordinário nº 845.779/SC (Brasil, 2024e), citando um desacordo moral razoável na sociedade sobre a questão em discussão, razão pela qual “[...] recomendar-se-ia a adoção de uma postura minimalista por parte do STF, referindo-se à doutrina de Cass Sunstein. Em virtude disso, alegara o Min. Fux se sentir no dever de ofício de requerer a vista dos autos” (Meira, 2016, p. 162). Afirma o autor que:

No tocante à profundidade da decisão judicial, insta ressaltar que Sunstein a trabalha sob a ótica dos acordos incompletamente teorizados. Nesse sentido, afirma-se que os indivíduos podem, com frequência, concordar com determinadas práticas constitucionais, apesar de discordarem com relação a teorias que supostamente as justificariam (SUNSTEIN, 2007, p. 1). Trata-se, portanto, da formulação desses acordos incompletamente teorizados (Meira, 2016, p. 164)

Embora não constitua o objeto principal da dissertação de Meira (2016, p. 162-168), o minimalismo judicial é abordado como fator que ensejou o pedido de vista do ministro Luiz Fux, bem como as divergências acerca de sua adequação. Discute-se, especialmente, se tal abordagem seria apropriada ou se perpetuaria a discriminação e a manutenção do *status quo*,⁹⁴ sobretudo em casos envolvendo direitos fundamentais, como os de indivíduos trans.

Já a dissertação *Jurisdição constitucional e reforma política: limites e possibilidades de atuação do Supremo Tribunal Federal*, de autoria de Rafael Costa de Souza (2017), orientada pela Professora Doutora Adriana Campos Silva, discute o fenômeno da judicialização da política, destacando as tensões entre o controle judicial e a democracia representativa. Souza (2017) sustenta que a crescente intervenção do Supremo Tribunal Federal em questões políticas, como financiamento de campanhas e fidelidade partidária, evidencia a dificuldade contramajoritária, que é ampliada quando o Judiciário exerce a última palavra sobre decisões que impactam diretamente o processo democrático.

O minimalismo judicial de Sunstein é indicado como uma das propostas de limitação da jurisdição constitucional. O autor apresenta as *personae*⁹⁵ identificadas por Sunstein em *Constitucional personae* (Sunstein, 2015) e enfatiza a preferência do autor estadunidense pela

⁹⁴ Esta passagem será objeto de consideração mais adiante no presente trabalho.

⁹⁵ Vide subcapítulo 2.6.2 da presente tese.

figura minimalista, por meio de decisões estreitas e superficiais, com base nos acordos não totalmente teorizados, na tentativa de estimular a deliberação democrática (Souza, 2017, p. 74-76). Souza (2017, p. 105) conclui afirmando que, no que concerne às reformas políticas, “[...] o Supremo Tribunal Federal não é o *locus* adequado para definir as mudanças necessárias e por isso a sua atuação deve ser limitada por postura minimalista de cautela que vise fomentar os diálogos institucionais e incentivar a participação popular no processo decisório”.

Outra pesquisa que toca o minimalismo judicial é a dissertação de mestrado de Nathalia Brito de Carvalho (2017), cujo título é *Constitucionalismo democrático no Brasil? A luta de movimentos sociais LGBT pela efetivação de direitos no Poder Judiciário*, orientada pelo Professor Doutor Emílio Peluso Neder Meyer. A dissertação tem como tema a interação entre movimentos sociais e o Poder Judiciário brasileiro, especificamente a atuação do movimento LGBT no Supremo Tribunal Federal, buscando o reconhecimento de direitos fundamentais e a mudança no entendimento constitucional a partir das demandas dessas minorias (Carvalho, 2017, p. 12-16).

A autora discorda da abordagem minimalista, considerando-se a perspectiva do constitucionalismo democrático de Siegel e Post, pois esta, “[...] ao contrário da teoria do constitucionalismo democrático [...]” por ela analisada, “[...] não valoriza o debate [...]” (Carvalho, 2017, p. 158). E, ainda, afirma:

A pesquisa se orienta no sentido de que enquanto a proposta do minimalismo é a adoção de uma metodologia que transcende o contexto e procura evitar a reação, a ideia do constitucionalismo democrático é ater-se ao contexto da disputa, criticando a evasão do conflito dos tribunais, onde é qualidade do juiz uma sensibilidade apurada diante de valores constitucionais relevantes, interseccionando-os com o contexto. O constitucionalismo democrático rejeita a ideia de consenso social, não havendo necessidade da convergência para um mesmo ponto. Nele, a mudança constitucional se torna possível por meio da contestação. Nessa seara o conflito só pode ser elemento positivo (Carvalho, 2017, p. 161).

Por sua vez, Ingrid Cunha Dantas (2018), em sua dissertação *Constitucionalismo democrático: sobre Constituição, presunção de inocência e execução provisória da pena*, orientada pelo Professor Doutor Bernardo Gonçalves Fernandes, analisa a interpretação do princípio da presunção de inocência, especialmente à luz da decisão do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº 126.292/SP (Brasil, 2016), que autorizou a execução provisória da pena após condenação em segunda instância. O trabalho problematiza a postura do Supremo Tribunal Federal frente à Constituição de 1988 e critica a mitigação desse princípio constitucional, interpretando-a como uma resposta autoritária e conservadora às demandas sociais por justiça.

Quanto ao minimalismo judicial, o trabalho de Dantas (2018, p. 34-37), sem tecer considerações mais profundas acerca de sua estrutura conceitual, explora o conceito de minimalismo judicial de Sunstein, destacando o argumento do autor estadunidense de que a postura minimalista teria capacidade de mitigar conflitos sociais por meio de decisões estreitas e superficiais. Para Dantas (2018, p. 35), Sunstein advoga que decisões minimalistas respeitam a diversidade de opiniões na sociedade, evitando a imposição de uma visão constitucional específica que possa colidir com compromissos individuais .

Dantas (2018, p. 36) critica, no entanto, a limitação do minimalismo judicial em um contexto de constitucionalismo democrático, em que os tribunais deveriam adotar postura dialógica e responsiva às circunstâncias políticas e sociais. A autora ressalta que, diferentemente do minimalismo, o constitucionalismo democrático vê as reações populares às decisões judiciais não como uma ameaça, mas como parte essencial do processo de legitimação constitucional, fomentando uma “democracia dinâmica e plural”, que valoriza a participação cidadã no debate constitucional (Dantas, 2018, p. 36).

André Matos de Almeida Oliveira (2019), em sua dissertação intitulada *Ceticismo ético no Direito: problemas conceituais e empíricos do discurso moral*, orientada pelo Professor Doutor Renato César Cardoso, aponta, como o título indica, para um ceticismo ético no Direito, afirmando que os argumentos morais são problemáticos, devendo ser abandonados pelos juristas.

O autor refuta duas suposições comuns sobre a moralidade: a de que ela é objetiva, apoiando-se na Teoria do Erro Moral de Richard Joyce, e a de que é pragmaticamente útil, argumentando que causam mais desacordos do que consensos e não conseguem resolver problemas jurídicos complexos (Oliveira, 2019, p. 7).

Nesse contexto, colaciona pesquisas realizadas para encontrar trechos de decisões que tragam a frase “princípios morais” (Oliveira, 2019, p. 17) e, sem se aprofundar, discorre sobre a abordagem minimalista no Direito, representada por Sunstein, que defende uma interpretação restrita da lei, focada apenas em resolver o caso concreto e sem entrar em abstrações ou julgamentos morais. Em contraste, aborda as teorias de Alexy e Dworkin, mais expansivas, permitindo uma análise moral e ética das decisões jurídicas, como no caso do aborto de fetos anencéfalos (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF) (Brasil, 2012a; Oliveira, 2019, p. 18). O autor destaca:

Em determinado momento, um Ministro cita com aprovação o conceito de “minimalismo judicial”, de Cass Sunstein, no qual se afirma que o juiz deve adotar as interpretações mais restritas, evitar abstrações e desacordos, focar em resolver apenas o caso concreto. É dito que a decisão judicial será minimalista (Oliveira, 2019, p. 18).

Oliveira (2019, p. 19-20) afirma que o dilema descrito é que os ministros do Supremo Tribunal Federal, ao decidirem casos polêmicos, parecem estar presos entre o minimalismo judicial e a abordagem mais heroica, que busca impor grandes mudanças sociais por meio de princípios morais. O autor apresenta crítica afirmando que a mistura entre teorias abstratas e pragmáticas não é eficaz e pode levar à indeterminação dos conceitos e ao aumento da polarização social, sugerindo que o Direito não deve se basear em teorias morais, devido às suas falhas conceituais.

Parece, então, que, ao decidir o *hard case*, o STF ficou preso no conflito entre seguir o perfil do juiz heroico ou seguir, por razões de prudência, o perfil minimalista. O mesmo parece acontecer em outros casos polêmicos que o STF apreciou, como o da “marcha da maconha” (ADPF 187) e o da união estável entre casais homoafetivos (ADI 4277/ADPF 132) (Oliveira, 2019, p. 19).

Fora do âmbito do estado de Minas Gerais é possível também coletar teses e dissertações que tocam o minimalismo judicial de Sunstein, com algum destaque para a concentração de trabalhos na região Sul do Brasil.

No Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, identifica-se a tese de doutorado de Ziel Ferreira Lopes (2020), intitulada *Onde habita o juiz Hércules? Uma aproximação entre teorias da interpretação e questões institucionais*, orientada pelo Professor Doutor Lenio Luis Streck. O trabalho apresenta uma análise do embate entre Dworkin e Sunstein, explorando as possibilidades de conciliação entre interpretação e institucionalismo, este, abordagem que leva em consideração as estruturas institucionais e as limitações operacionais do Direito, em oposição a teorias normativas puramente abstratas. O autor investiga a tensão entre a teoria do direito como integridade, formulada por Dworkin, e a perspectiva pragmática defendida por Sunstein, que propõe o minimalismo judicial voltado para soluções mais restritas e consensuais.

No centro desse diálogo está a diferença fundamental entre os dois autores quanto à forma como os juízes devem lidar com casos difíceis. Segundo identifica Lopes (2020, p. 35-82), Dworkin argumenta que a interpretação do Direito deve ser guiada por princípios, garantindo sua coerência e integridade. Sunstein, por outro lado, na leitura do autor (Lopes, 2020, p. 97-113), propõe que, diante da incerteza e da diversidade de concepções morais na sociedade, os juízes devem adotar um modelo de decisão mais restrito, evitando pronunciamentos amplos sobre questões controversas. Essa abordagem – *i.e.*, o minimalismo judicial –, sugere que os tribunais decidam de maneira estreita e superficial, reduzindo os riscos de erro e promovendo maior estabilidade institucional. A tese de Lopes analisa essa tensão entre

normatividade e pragmatismo institucional ao longo de todo o trabalho, explorando os impactos da abordagem minimalista no direito contemporâneo.

Lopes (2020, p. 120-121) argumenta que, no caso da bibliografia de Sunstein, diferentemente do habitual, em que a compreensão de um autor deve se dar das obras mais recentes para as mais remotas, a leitura mais adequada deve ocorrer a partir dos escritos mais antigos, já que nestes a compreensão dos pressupostos referenciais está mais enraizada, ao contrário do Sunstein atual, em que as ideias estão menos fundadas em torno de uma grande teoria. Defende, ainda, que a classificação do autor estadunidense estaria no que denomina de “cognitivismo moral fraco”, “[...] na linha de alguns pragmáticos que assumem verdades morais naquilo que ‘funciona’ nas práticas efetivas, a partir da linguagem, de hábitos e de convergências intersubjetivas” (Lopes, 2020, p. 123).

A tese de Lopes (2020) se engaja profundamente no debate Dworkin *versus* Sunstein, analisando criticamente a possibilidade de um modelo interpretativo que compatibilize as preocupações normativas do primeiro com as preocupações institucionais do segundo, principalmente no capítulo quatro. O autor reconhece que o minimalismo judicial oferece soluções pragmáticas para a fragmentação do discurso jurídico, mas questiona seus limites teóricos e práticos. Uma das críticas centrais feitas pelo autor à abordagem de Sunstein é que o minimalismo pode, em alguns casos, comprometer a coerência e a integridade do direito ao evitar questões fundamentais sobre princípios (Lopes, 2020, p. 160-162). Se os juízes constantemente evitam aprofundar a fundamentação de suas decisões, cria-se um ambiente em que as decisões judiciais carecem de previsibilidade e podem gerar insegurança jurídica. Ademais, Lopes (2020) observa que a dependência excessiva de acordos parcialmente teorizados pode resultar na supressão de questões morais importantes, tornando o papel do Judiciário excessivamente passivo.

O autor, no entanto, não rejeita completamente as ideias de Sunstein. Pelo contrário, propõe uma apropriação criativa do minimalismo, integrando alguns de seus aspectos úteis em um modelo interpretativo-institucional mais abrangente, como desenvolvido ao longo do capítulo 4 (Lopes, 2020, p. 195-196). Ele sugere que a teoria do direito como integridade pode ser enriquecida por três elementos centrais extraídos do pensamento de Sunstein: a) ampliação da doutrina da prioridade local – O autor propõe que, em determinadas situações, a solução jurídica mais adequada pode emergir de contextos institucionais específicos, sem que haja necessidade de formulações normativas abrangentes; b) Modelo para exposição de decisões colegiadas – Lopes sugere que uma estrutura de justificação mais clara para decisões coletivas poderia equilibrar melhor a busca por princípios normativos e a necessidade de consenso

institucional; c) Observação de novos desenhos institucionais – Ele destaca que a evolução do direito deve levar em conta não apenas as mudanças doutrinárias, mas também o funcionamento prático das instituições judiciais (Lopes, 2020, p. 196-197).

Outro aspecto crucial do diálogo com Sunstein é a relação entre o minimalismo e a capacidade institucional dos tribunais. Lopes (2020, p. 191-192) reconhece que Sunstein acerta ao enfatizar que os juízes operam sob limitações epistemológicas e políticas, o que exige prudência ao formular decisões. No entanto, o autor adverte que o minimalismo não deve ser um alibi para um Judiciário omissivo. A preocupação com as capacidades institucionais não pode justificar um modelo decisório excessivamente acanhado, que abdica de seu papel na construção da integridade do Direito.

Ao final, a tese propõe um modelo interpretativo que assume a teoria do direito como integridade de Dworkin como um campo básico, mas incorpora ajustes inspirados no minimalismo judicial de Sunstein. Lopes busca, assim, superar os dilemas que emergem quando se contrapõem teoria normativa e pragmatismo institucional, esboçando uma hermenêutica institucional que não abandona princípios, mas os adapta às condições reais do sistema jurídico.

Dessa forma, a tese não apenas contribui para a discussão sobre teoria da interpretação e institucionalismo, mas também oferece um caminho inovador para repensar o papel dos tribunais em contextos democráticos contemporâneos.

Já a dissertação de mestrado de Rafael Wagner Radke (2016), intitulada *Judicialização e democracia: uma análise do Caso Obergefell v. Hodges à luz do debate entre constitucionalismo democrático e minimalismo judicial*, desenvolvida no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (São Leopoldo/RS) e orientada pela Professora Doutora Maria Eugenia Bunchaft, aborda a tensão entre o direito e a democracia na judicialização de questões sociais e morais, destacando a interferência do Judiciário em temas que deveriam ser amplamente debatidos na esfera pública. A pesquisa examina o caso *Obergefell v. Hodges*, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América garantiu o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, utilizando-o como exemplo para explorar como o minimalismo judicial de Sunstein, em contraponto ao constitucionalismo democrático de Reva Siegel e Robert Post, apresenta respostas divergentes sobre a legitimidade e os limites da atuação judicial.

O autor aponta como premissa do minimalismo de Sunstein a democracia deliberativa, que permite “[...] o debate amplo acerca das concepções divergentes sobre a vida boa existentes em uma determinada comunidade política”, exercendo a Constituição um papel central nessa concepção, pois permite concluir, na leitura que o autor realiza sobre Sunstein, “[...] que as

decisões políticas fundamentais são mais legítimas quanto maior for o grau de participação dentro da deliberação pública” (Radke, 2016, p. 93). Ainda, indica o que denomina de virtudes ou pressupostos⁹⁶ – a estreiteza e a superficialidade –, manifestados por ocasião da decisão dita minimalista, *i.e.*, os “[...] limites ou técnicas que o magistrado, ou as cortes, devem utilizar para que essa teoria tenha sucesso” (Radke, 2016, p. 97). Radke (2016, p. 102-106) também enfatiza os acordos parcialmente teorizados e sua afinidade com o minimalismo judicial, por servir de instrumento para aplicação dessa referida abordagem.

Na análise da conformação do minimalismo na bibliografia de Sunstein, Radke (2016, p. 97) faz uma importante observação – com a qual a presente tese concorda: a de que em *Constitutional personae* (Sunstein, 2015), última obra do autor estadunidense sobre o minimalismo judicial, é possível destacar “[...] a expressa aproximação que o autor faz entre o minimalismo e o filósofo político Edmund Burke, mormente no que concerne ao respeito pelas tradições que devem ser preservadas e deixadas para a revisão e alteração, se for o caso, pelo debate público”.

Radke (2016, p. 111) aponta ser uma importante divergência ao minimalismo judicial de Sunstein o constitucionalismo democrático de Post e Siegel, modelo que, “[...] para garantir a interpretação da Constituição”, a atuação do Judiciário, “[...] por meio da utilização de argumentos racionais [...]”, pode englobar “[...] atuações mais ativas e amplas na determinação de sentidos constitucionais”, sem excluir o papel do governo representativo e dos cidadãos.

O autor conclui que o minimalismo judicial configura uma “teoria restritiva da decisão judicial”, uma vez que, em seus termos, “As grandes decisões teórico-morais competem ao Legislativo, como poder catalisador da democracia deliberativa”. Assim, o constitucionalismo democrático de Post e Siegel mostra-se mais sensível às demandas sociais, pois parte de uma “perspectiva dialógica de judicialização”, que reconhece, a um só tempo, a legitimidade do Judiciário como um intérprete constitucional, sem se desconectar de sua “capacidade de defesa dos direitos fundamentais” (Radke, 2016, p. 131).

No Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina é possível colher alguns trabalhos acadêmicos desenvolvidos sobre o minimalismo judicial.

A dissertação de mestrado de Caio Henrique Bocchini (2020), cujo título é *O minimalismo judicial e os parâmetros legais para a interpretação no direito brasileiro*, orientada pelo Professor Doutor Cláudio Ladeira de Oliveira, questiona

⁹⁶ O autor, porém, não explica o porquê de uma ou outra nomenclatura. Esse é um ponto de divergência entre o trabalho citado e a presente tese.

[...] os limites à criatividade na atuação dos membros do Poder Judiciário, evidenciando até que ponto as disposições das Leis federais 13.105/2015 e 13.655/2018, bem como o Decreto n. 9.830, de 10 de junho de 2019, são aplicadas, em especial, quando contrastadas com o ideal de autocontenção judicial constante na teoria do minimalismo judicial (Bocchini, 2020, p. 11).

Percorrendo inicialmente os conceitos de democracia, Estado de Direito, constitucionalismo, jurisdição constitucional, ativismo judicial, interpretação e exercício da jurisdição (Bocchini, 2020, p. 14-45), o autor chega ao conceito de minimalismo judicial, associando-o à democracia e ao ativismo judicial. Segundo ele, a história recente da política mundial teria demonstrado “[...] manifestações recorrentes de intervenção judicial espontânea na esfera política em geral – e julgamentos indesejáveis concernindo questões políticas contenciosas em especial”, as quais “[...] desencadearam importantes reações adversas com o intuito de reduzir a atuação desses órgãos ativistas” (Bocchini, 2020, p. 47). O minimalismo judicial, portanto, representaria uma forma de participação reduzida do Judiciário, “[...] deixando-se de lado questões controvertidas e desnecessárias ao se analisar um caso concreto” (Bocchini, 2020, p. 47).

O autor também destaca a importância dos acordos não totalmente teorizados para a construção da abordagem minimalista de Sunstein, bem como a necessidade de se respeitar os precedentes, com ênfase na particularidade dos casos concretos (Bocchini, 2020, p. 48-50). Ao sustentar sua visão do minimalismo como marco interpretativo do Direito, o autor aponta para o que Sunstein indica como sendo o custo das decisões (e dos seus erros), indicando o minimalismo judicial como “[...] uma reação sensata às limitações que os juízes sabem que enfrentam, principalmente na previsão das consequências de suas decisões” (Bocchini, 2020, p. 53).

Na linha da relação com o ideal de democracia deliberativa, Bocchini (2020, p. 53) argumenta que o minimalismo “[...] outorga ao processo democrático um grande espaço para se adaptar aos próximos desenvolvimentos, para produzir mutuamente vantajosos compromissos, e dar novas informações e perspectivas para questões legais”. Para Bocchini (2020, p. 70), são ferramentas do minimalismo *(i)* os acordos parcialmente teorizados, *(ii)* o uso construtivo do silêncio e *(iii)* a utilização de analogias e precedentes.

Após a análise feita, Bocchini (2020, p. 195-196) conclui que o minimalismo judicial de Sunstein seria “[...] uma forma legítima de se respeitar o conteúdo prescrito pela legislação” e, também:

[...] um exemplar modelo doutrinário de interpretação da atividade jurisdicional, invocando uma postura de autocontenção por meio de suas ferramentas processuais,

tal como a noção dos acordos parcialmente teorizados, o uso construtivo do silêncio, além da utilização da analogia e dos precedentes.

No mesmo Programa de Pós-Graduação em Direito, identifica-se a dissertação de mestrado de Michelle Denise Durieus Lopes Destri (2009), cujo título é *Minimalismo Judicial: alternativa democrática de atuação do Poder Judiciário em uma sociedade pluralista a partir da perspectiva de Cass R. Sunstein*, orientada pela Professora Doutora Cecília Caballero Lois. O trabalho aborda os limites da atuação do Poder Judiciário na democracia deliberativa, especialmente diante do pluralismo e dos direitos fundamentais. A pesquisa apresenta, de forma descritiva, a abordagem minimalista de Sunstein como “alternativa adequada para sociedades comprometidas com o diálogo aberto entre cidadãos livres e iguais” e como limitação à intervenção judicial, evitando decisões amplas e preservando o processo político (Destri, 2009, p. 8). A autora afirma que:

A importância e a profundidade da cátedra de Sunstein, por si sós, já demonstrariam a utilidade e a pertinência do estudo de suas ideias, particularmente a que redimensiona o problema da tensão entre constitucionalismo e democracia, a partir da ótica minimalista, além da discussão sobre o modo como as constituições e todas as suas estruturas podem e devem contribuir para a afirmação de uma democracia deliberativa (Destri, 2009, p. 14).

Destri (2009), ao fazer a defesa do minimalismo, apresentando fundamentos nas obras de Sunstein, não traz ao debate vozes dissonantes. Dedicou um capítulo aos “Problemas com o Minimalismo” (Destri, 2009, p. 152), mas sem aprofundamentos para notas do presente estado da arte.

A autora apresenta o conceito de “acordos parcialmente teorizados”, destacando-os como fundamentais para o funcionamento do Direito em uma sociedade pluralista. Segundo ela, o minimalismo judicial assegura que as transformações sociais e os debates fundamentais sejam conduzidos por meio de instituições democráticas, e não pelos tribunais:

Todas essas ideias envolvem a utilização construtiva do silêncio, que operam em um contexto de decisões concretas que são aceitas sem discussão por muitos ou por todas as partes envolvidas. Os usos construtivos do silêncio se justificam tanto por razões pragmáticas quanto democráticas. Disso resulta a importância de examinar o que os juízes “não dizem e porque eles não dizem” (Destri, 2009, p. 128).

Em sua enfática defesa da abordagem minimalista, Destri (2009, p. 156) também afirma que “o minimalismo não se mostra apenas desejável, mas inevitável”, e complementa com a asserção de que “[...] o minimalismo será, provavelmente, o melhor caminho em se tratando de casos que envolvem questões de alta complexidade ética e factual e que produzem desacordo e debate democrático”. Reproduz, ainda, conclusões do próprio Sunstein, ao afirmar que “quando a necessidade de planejamento se mostra relevante ou quando os juízes estão seguros com

relação a uma decisão de proporções mais amplas e profundas, abordagens ‘não’ minimalistas podem ser mais factíveis”.

Também no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina é possível identificar a dissertação de Lucas Pieczarcka Guedes Pinto, cujo título é *O apelo ao legislador como indutor de um Supremo Tribunal Federal autônomo: uma perspectiva minimalista*, orientada pelo Professor Doutor Cláudio Ladeira de Oliveira (Pinto, 2023).

O trabalho interroga, como problema de pesquisa, se o “apelo ao legislador seria útil na busca de um Supremo Tribunal Federal mais autocontido” (Pinto, 2023, p. 13). A dissertação aborda o minimalismo judicial a partir da perspectiva teórica de Sunstein. O autor contextualiza o minimalismo como uma postura judicial que busca evitar decisões amplas e profundas, preferindo julgamentos mais restritos e superficiais (Pinto, 2023, p. 22-23). Essa abordagem é apresentada como uma alternativa ao maximalismo judicial, que tende a resolver questões fundamentais e controversas de forma mais abrangente.

O trabalho explica que o minimalismo se baseia na ideia de “acordos teóricos incompletos”, por meio dos quais as cortes buscam resolver casos concretos sem necessariamente apelar para doutrinas gerais ou teorias abrangentes (Pinto, 2023, p. 17-18). Na visão do autor, isso permitiria que os tribunais tomassem decisões sem se comprometerem com posições filosóficas ou morais abrangentes, deixando espaço para que as instâncias representativas tratem de questões mais fundamentais.

O autor destaca três principais vantagens do minimalismo judicial: promover a democracia deliberativa, ao abrir espaço para que instâncias representativas processem dissensos fundamentais; reduzir o “fardo de decidir”, minimizando os custos políticos de decisões controversas; e mitigar os efeitos de possíveis erros judiciais, já que decisões mais restritas teriam impacto limitado (Pinto, 2023, p. 26-30).

Embora o texto não apresente críticas diretas ao minimalismo, o autor reconhece que há situações em que decisões maximalistas podem ser benéficas, especialmente em casos envolvendo direitos de minorias ou questões de participação política (Pinto, 2023, p. 28-32). Além disso, o trabalho aponta que mesmo cortes minimalistas ocasionalmente precisam lidar com teorias fundamentais, indicando que o minimalismo não é uma abordagem absoluta, mas sim uma tendência geral na forma de decidir (Pinto, 2023, p. 74-75).

Além dos trabalhos já indicados em Minas Gerais e na região Sul do país, é possível também destacar outros trabalhos na região Sudeste, em particular, nos Programas de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro/RJ) e da Universidade de São Paulo (São Paulo/SP).

A tese de doutorado de Alexandre Garrido da Silva (2011), cujo título é *Hermenêutica institucional, supremacia judicial e democracia*, orientada pelo Professor Doutor Ricardo Lobo Torres no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Rio de Janeiro, investiga as implicações dos modelos de função judicial no desenho institucional do Estado, com especial atenção ao debate entre minimalismo judicial e perfeccionismo judicial. O autor analisa como essas concepções teóricas impactam a interpretação constitucional e a supremacia judicial, problematizando o papel das cortes no Estado Democrático de Direito.

O estudo de Silva (2011, p. 19-21) parte da questão central que pode ser assim sintetizada: qual o impacto do minimalismo e do perfeccionismo judicial na supremacia do Poder Judiciário e na dinâmica democrática? A hipótese inicial sugere que o minimalismo judicial, conforme proposto por Sunstein, pode representar uma alternativa ao protagonismo judicial exacerbado, favorecendo a deliberação democrática (Silva, 2011, p. 15-16). Em contraposição, o perfeccionismo judicial, associado a teóricos como Dworkin e Alexy, tende a fortalecer o papel do Judiciário na definição de normas constitucionais, mas pode gerar um risco de juristocracia (Silva, 2011, p. 65-66).

Diante disso, a tese sugere que um modelo híbrido, que incorpore elementos do minimalismo e do perfeccionismo, pode oferecer um equilíbrio entre a segurança jurídica e a autonomia dos Poderes do Estado (Silva, 2011, p. 235-236).

Silva (2011, p. 143-145) apresenta o minimalismo judicial como uma abordagem voltada para decisões estreitas e superficiais, ou seja, aquelas que resolvem o caso concreto sem gerar grandes precedentes normativos e sem aprofundar questões morais controversas. Ancorado em Sunstein, Silva (2011, p. 144) indica que essa postura evita o risco de erros judiciais irreversíveis e preserva o espaço de deliberação democrática.

A tese destaca três características fundamentais do minimalismo: a) decisões estreitas – os juízes devem decidir apenas o necessário para resolver o caso, sem estabelecer regras abrangentes (Silva, 2011, p. 144-145); b) decisões superficiais – evita-se o aprofundamento de fundamentos teóricos, permitindo maior flexibilidade no futuro (Silva, 2011, p. 145); c) uso estratégico do silêncio – a corte pode optar por não decidir certas questões para incentivar o debate legislativo e político (Silva, 2011, p. 145-146).

Embora reconheça as vantagens do minimalismo para a segurança jurídica, Silva (2011, p. 182) critica a possibilidade de que essa abordagem impeça avanços democráticos na proteção de direitos fundamentais, ao delegar excessivamente ao Legislativo questões que poderiam ser afirmadas pelas cortes.

Em contraponto, Silva (2011, p. 65-66) indica que o perfeccionismo judicial defende uma atuação mais expansiva do Judiciário, fundamentada na busca pela melhor interpretação possível dos direitos fundamentais. Inspirado na teoria da interpretação de Dworkin, esse modelo pressupõe que os juízes devem decidir com base em princípios jurídicos, e não apenas em regras formais (Silva, 2011, p. 71-73).

Silva (2011, p. 33-34) problematiza o risco de que essa abordagem resulte em um ativismo judicial exacerbado, levando ao fenômeno da supremacia judicial – quando a Corte Constitucional assume um papel predominante na definição de políticas públicas, deslocando a deliberação democrática do Legislativo.

Um dos pontos centrais da tese é a análise do Supremo Tribunal Federal como protagonista no cenário constitucional brasileiro. Silva (2011, p. 205-228) examina casos paradigmáticos, como: a) cláusula de barreira – a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade da restrição ao funcionamento de pequenos partidos (Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 1.351/DF e 1.354/DF) (Brasil, 2006, 2007b); b) fidelidade partidária – o reconhecimento da perda de mandato de parlamentares que trocam de legenda (Mandados de Segurança nºs 266.602, 26.603 e 26.604) (Brasil, 2007c, 2007d, 2007e); c) Lei da Ficha Limpa – a aplicação imediata das regras de inelegibilidade (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 144/DF) (Brasil, 2008); d) Lei de Anistia – a reafirmação da impossibilidade de revisão das anistias concedidas pelo regime militar (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF) (Brasil, 2010).

A tese argumenta que o Supremo Tribunal Federal oscila entre posturas minimalistas e perfeccionistas, dependendo do contexto político e jurídico (Silva, 2011, p. 205-228). Em alguns casos, o tribunal adota uma abordagem cautelosa e restrita, evitando mudanças abruptas. Em outros, assume um papel mais expansivo, intervindo diretamente no conteúdo das normas.

Ao final, Silva (2011, p. 235-236) propõe um modelo de equilíbrio entre minimalismo e perfeccionismo, enfatizando a necessidade de um diálogo institucional entre o Judiciário e os demais Poderes. O autor sugere que o Supremo Tribunal Federal deve estimular o engajamento democrático, em vez de simplesmente impor sua interpretação como verdade absoluta.

A pesquisa contribui para o debate sobre o papel das cortes constitucionais na democracia, propondo um caminho que evita tanto o imobilismo judicial quanto a juristocracia. O modelo híbrido, segundo Silva (2011, p. 235-236), permitiria preservar a integridade constitucional sem sufocar a deliberação democrática, garantindo um equilíbrio entre interpretação jurídica e institucionalismo político.

Por fim, tem-se a dissertação de mestrado de Felipe Paschoalini (2015), intitulada *Interpretação e instituições: o diálogo entre Cass Sunstein e Ronald Dworkin*, orientada pelo Professor Doutor Ronaldo Porto Macedo Júnior, no Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

A dissertação de Paschoalini (2015, p. 7-8) analisa o embate teórico entre Sunstein e Dworkin, questionando se o primeiro deve ser interpretado como um crítico radical do interpretativismo dworkiniano ou como um autor que complementa essa abordagem ao incorporar preocupações institucionais. O autor busca compreender em que medida o minimalismo judicial de Sunstein representa uma alternativa ao modelo interpretativista fundado na integridade do direito, defendido por Dworkin (Paschoalini, 2015, p. 9-10).

A pesquisa se edifica em torno da seguinte interrogação: Sunstein deve ser lido como um opositor do interpretativismo dworkiniano ou como um teórico que apenas ajusta essa abordagem ao contexto institucional real? (Paschoalini, 2015, p. 10-11). Para responder a essa questão, foram formuladas duas hipóteses principais: a) leitura pragmatista cética – Sunstein rejeita a normatividade da teoria dworkiniana e propõe um modelo de decisão judicial baseado em pragmatismo e consequencialismo institucional (Paschoalini, 2015, p. 7-8); b) leitura interpretativista ajustada – Sunstein aceita pressupostos do interpretativismo de Dworkin, mas enfatiza a necessidade de que os juízes considerem as limitações institucionais ao tomarem decisões jurídicas (Paschoalini, 2015, p. 7-8).

O autor argumenta que a segunda leitura é mais plausível, pois Sunstein não rejeita completamente a normatividade na interpretação jurídica, mas apenas enfatiza a importância de um modelo decisório que leve em conta as capacidades institucionais dos juízes (Paschoalini, 2015, p. 22).

A dissertação detalha o minimalismo judicial de Sunstein, caracterizado pelos seguintes elementos fundamentais: a) decisões estreitas – Os juízes devem decidir apenas o necessário para resolver o caso concreto, evitando formulações normativas amplas (Paschoalini, 2015, p. 85-86); b) decisões superficiais – As decisões devem evitar embates filosóficos complexos, priorizando justificações práticas e acessíveis (Paschoalini, 2015, p. 85-86); c) Acordos não completamente teorizados – O Judiciário deve buscar soluções baseadas em consensos sociais, sem necessidade de fundamentações morais abrangentes (Paschoalini, 2015, p. 84-85).

Segundo Paschoalini (2015, p. 79-80), Sunstein defende que essa abordagem evita erros judiciais graves e preserva a deliberação democrática, permitindo que o Legislativo tenha um papel mais ativo na formulação do direito. No entanto, a dissertação aponta que o minimalismo

pode gerar insegurança jurídica, pois decisões excessivamente superficiais podem falhar em estabelecer precedentes claros para futuras interpretações (Paschoalini, 2015, p. 85-86).

Ainda de acordo com Paschoalini (2015, p. 132-133), Dworkin, em oposição ao minimalismo de Sunstein, defende que os juízes devem interpretar o direito com base na integridade jurídica, garantindo coerência e continuidade na aplicação das normas. O interpretativismo dworkiniano exige que as decisões judiciais sejam guiadas por princípios morais objetivos, e não apenas por compromissos contingentes ou pragmatismo institucional (Paschoalini, 2015, p. 118-119). A crítica de Dworkin ao minimalismo estaria na sua tendência a evitar a formulação de princípios normativos robustos, o que pode comprometer o papel do Judiciário na defesa de direitos fundamentais. Na leitura feita pelo autor, Dworkin se alinha à noção de que o direito deve ser interpretado como a melhor justificativa moral da prática jurídica existente, e não apenas como um instrumento de acomodação institucional (Paschoalini, 2015, p. 132-133).

Paschoalini (2015, p. 186-188) argumenta que a relação entre Sunstein e Dworkin não deve ser reduzida a uma oposição binária. Sunstein pode ser compreendido como um dworkiniano pragmático, que aceita a normatividade da interpretação jurídica, mas enfatiza a importância das limitações institucionais ao decidir casos concretos. Dessa forma, o minimalismo judicial pode ser visto não como uma rejeição ao interpretativismo, mas como um refinamento metodológico que leva em conta as dificuldades operacionais do Judiciário.

A dissertação conclui que um modelo intermediário, combinando os ideais normativos de Dworkin com as preocupações institucionais de Sunstein, pode oferecer uma solução mais realista para a interpretação jurídica. Esse modelo permitiria preservar a coerência moral das decisões judiciais, sem ignorar as limitações epistemológicas e institucionais que Sunstein corretamente destaca (Paschoalini, 2015, p. 186-188).

O trabalho de Paschoalini oferece uma contribuição importante ao debate sobre teoria da interpretação jurídica, demonstrando que o minimalismo de Sunstein e o interpretativismo de Dworkin não são necessariamente antagônicos (Paschoalini, 2015, p. 186-188). Ao contrário, a pesquisa sugere que há pontos de convergência que permitem a construção de um modelo interpretativo híbrido, sensível tanto à normatividade do direito quanto às condições institucionais do Judiciário (Paschoalini, 2015, p. 186-188).

Na sequência, serão analisadas as produções acadêmicas veiculadas em formato de artigo científicos jurídicos.

3.2 Artigos científicos

Além das teses e dissertações acima, é possível identificar algumas produções acadêmicas em forma de artigo voltadas ao minimalismo.

Maria Eugenia Bunchaft (2011), no artigo intitulado *Constitucionalismo democrático versus minimalismo judicial*, aborda o papel da jurisdição constitucional, no que toca a separação dos Poderes, considerando a legitimidade democrática da judicialização da política. É nesse contexto que a autora propõe um diálogo entre o minimalismo judicial de Sunstein e o constitucionalismo democrático de Post e Siegel.

A autora apresenta o minimalismo judicial, inicialmente, por meio da distinção entre dimensões profundas e opiniões superficiais. Evocando o autor estadunidense, ela afirma que “[...] o minimalismo diferencia entre opiniões amplas e estreitas”, sendo que estas resolveriam “[...] um caso particular, mas sem implicações em outros fatos diversos” (Bunchaft, 2011, p. 155). Aponta, também, um ponto central da conformação minimalista de Sunstein, a saber, a de que a “[...] possibilidade de deixar em aberto questões constitucionais mais fundamentais [...]” (Bunchaft, 2011, p. 156) como forma de promover a deliberação democrática, mormente nas questões de alta complexidade e divisão social. Haveria, com a formulação de decisões estreitas e sem a criação de regras amplas, um refluxo, “[...] ao potencializar a articulação de forças políticas contrárias ao sentido da decisão” (Bunchaft, 2011, p. 156).

No entanto, a autora aponta severa crítica a Sunstein quando ele se contrapõe a decisões maximalistas, aos argumentos de se tratar de “mera suposição do autor, porquanto inexistiria “[...] garantias de que o processo democrático tratasse de forma mais adequada a questão [por exemplo] relativa ao aborto ou referente ao homossexualismo” (Bunchaft, 2011, p. 157). É aí que a autora conecta a perspectiva teórica de Post e Siegel, já que no constitucionalismo democrático dos indigitados autores é legítima “[...] a atuação do judiciário por meio da utilização de princípios constitucionais de abertura argumentativa no processo de interpretação constitucional, potencializando o engajamento público expresso em termos de interações entre as Cortes e os movimentos sociais”, favorecendo a linguagem aberta da Constituição (Bunchaft, 2011, p. 158-159). Na mesma linha argumentativa, ainda, destaca que os significados constitucionais

[...] podem ser interpretados pelo Judiciário a partir de uma leitura moral da Constituição, de forma a inspirar uma moralidade crítica capaz de romper com valores sociais e autocompreensões assimétricas ou preconceituosas de mundo, suscitando efetiva adesão emotiva dos cidadãos ao ideário constitucional. Com efeito, a

mobilização dos cidadãos potencializa suas interações com os governantes, no sentido de delinear novos ‘significados constitucionais’ (Bunshaft, 2011, p. 160).

Cuida-se a interpretação de Bunshaft (2011, p. 161), com base no constitucionalismo democrático de Post e Siegel, portanto, de uma reinterpretação do sentido do refluxo social, para além das perspectivas das cortes constitucionais, em uma rede de trocas comunicativas que sustentaria a legitimidade democrática do texto constitucional. Não haveria, pois, um dever, pelas cortes constitucionais, “[...] de se abster de julgar direitos constitucionais controvertidos”, mas sim, em casos que envolvem aspectos morais exacerbados, principalmente em prejuízo de minorias, uma necessidade de “[...] transcender e superar autocompreensões filosóficas sectárias de um país conservador, reconstruindo os valores e tradições sociais vinculados à moralidade majoritária” (Bunshaft, 2011, p. 163). É por essa razão que a autora afirma:

[...] a alegação segundo a qual o Judiciário deve se abster de julgar questões constitucionais controvertidas relativas a direitos de minorias, é absolutamente incompatível com o Estado Democrático de Direito. Desse modo, propugnamos que não há como manter uma neutralidade em questões que são objeto de um desacordo moral razoável relativas a direitos de minorias. Nesse ponto, uma abordagem minimalista seria incompatível com a criação de uma cultura constitucional construída a partir do próprio desacordo moral dos cidadãos em relação à interpretação da Constituição (Bunshaft, 2011, p. 163-164).

Essas críticas são renovadas pela autora em outro artigo, cujo título é *Minimalismo judicial, constitucionalismo democrático: uma reflexão sobre os direitos de minorias sexuais da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana* (Bunshaft, 2014). A autora apresenta o minimalismo judicial de Sunstein, enfatizando o que o autor estadunidense defende como sendo “virtudes passivas” do Judiciário, o uso construtivo do silêncio e a dimensão da estreiteza das decisões minimalistas, bem como o alegado aspecto promotor da democracia contido no minimalismo (Bunshaft, 2014, p. 123-127).

Como sugere o título do artigo, a autora mergulha na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América no que tange às questões que envolvem direitos de minorias. Porém, enfaticamente, destaca:

Não compreendemos, no entanto, que direitos fundamentais de minorias devem ser enfocados em uma perspectiva minimalista, pois não há como defender certos resultados voltados para proteção de garantias constitucionais sem o recurso a doutrinas morais abrangentes (Bunshaft, 2014, p. 130).

A autora, na mesma linha do artigo anteriormente citado, desenvolve um interessante contraponto do minimalismo judicial em relação ao constitucionalismo democrático de Post e Siegel, aos argumentos de que esse tenderia ao enfraquecimento dos atributos essenciais da

prática jurídica, ante o temor pelo exercício das habilidades de desencadear o conflito social (Bunchaft, 2014, p. 147). E, ainda, aderindo ao constitucionalismo democrático, afirma:

Em suma, compartilhamos com os autores a opinião segundo a qual o fato de os cidadãos alegarem diferentes interpretações sobre significados constitucionais configura uma função construtiva do desacordo, sendo legítimo ao Judiciário dispor de sua autoridade para administrá-lo com base em argumentos jurídicos racionais (Bunchaft, 2014, p. 147-148).

Outro ponto interessante no artigo é o destaque feito pela autora sobre a necessidade de integração plena na deliberação das minorias e grupos estigmatizados, o que se aproxima, de certo modo, da proposta que se quer veicular na presente tese:⁹⁷

[...] quando as instâncias sociais e os grupos estigmatizados são contemplados na deliberação, não é necessário recorrer a posturas maximalistas que invocam doutrinas morais abrangentes. Entretanto, quando há uma descaracterização do uso público da razão no processo democrático, que frustra os direitos de minorias sexuais, impedindo a deliberação, cabe ao Judiciário, a partir da interação com os movimentos sociais, resgatar uma cultura constitucional inclusiva com o intuito de corrigir os desvios do procedimento (Bunchaft, 2014, p. 149).

Ao final, a autora afirma que a ampliação judicial (maximalismo) ou a abordagem minimalista não representariam uma “opção ideológica”, estando vinculada às “[...] condições institucionais do Judiciário, das condições de deliberação das instâncias sociais afetadas por uma lei e, por fim, se a questão envolve proteção a grupos estigmatizados, bem como do grau de participação destes em um amplo debate público” (Bunchaft, 2014, p. 153).

Maria Eugenia Bunchaft, em coautoria com Têmis Limberger e Jéssica Cristianetti (2016), também assina o artigo *O refluxo em Roe versus Wade: uma reflexão à luz do diálogo entre constitucionalismo democrático e minimalismo judicial*, publicado na *Revista Pensar*.

O artigo busca responder se uma suposta deliberação democrática responsável pela descriminalização do aborto teria inspirado um menor refluxo social do que o decorrente de *Roe v. Wade*, decisão que reconheceu o direito de aborto nos Estados Unidos da América. Além disso, investiga se o ativismo judicial da Suprema Corte americana seria o único fator responsável pela intensa reação social observada. Questiona-se ainda se o *backlash* (refluxo) seria um fator negativo para uma cultura constitucional (Bunchaft; Limberger; Cristianetti, 2016, p. 989-990). A hipótese sugere que o *backlash* desempenharia uma função construtiva, sendo inerente ao desenvolvimento de uma cultura constitucional e que o *backlash* teria um papel positivo. Nesse contexto, cidadãos e movimentos sociais, politicamente ativos, se

⁹⁷ Vide capítulo seis da presente tese.

apropriariam do significado dos princípios constitucionais para reivindicar seus direitos (Bunshaft; Limberger; Cristianetti, 2016, p. 991).

O artigo apresenta uma análise crítica da perspectiva minimalista judicial proposta por Sunstein. Segundo as autoras, essa abordagem parte do pressuposto de que o Poder Judiciário deve se abster de intervir em questões que ultrapassem as especificidades do caso concreto e que possam provocar oposição cidadã por intermédio do *backlash*. No entanto, as pesquisadoras argumentam que tal postura acaba por fragilizar as próprias práticas de engajamento democrático. Essas práticas são justamente as que o constitucionalismo democrático considera como fontes de estabilidade social. Essa crítica, então, sugere que o minimalismo judicial, ao tentar evitar controvérsias, pode, inadvertidamente, limitar o espaço para o debate público e o envolvimento cívico em questões constitucionais importantes (Bunshaft; Limberger; Cristianetti, 2016, p. 989-998).

As autoras criticam a visão de Sunstein de que a decisão *Roe v. Wade* teria suscitado uma intensa oposição social decorrente da polarização do movimento *pro-life*, argumentando que o *backlash* era um processo que já vinha se delineando na história estadunidense muito tempo antes da decisão (Bunshaft; Limberger; Cristianetti, 2016, p. 994, 1000).

Ressaltam, ainda, que Sunstein sugere que o minimalismo teria a capacidade de potencializar a responsabilidade democrática, resguardando o princípio liberal de legitimidade (Bunshaft; Limberger; Cristianetti, 2016, p. 995). Contudo, as autoras alegam que abordagens como o minimalismo somente se revelam adequadas quando o processo político majoritário cumpriu seu papel de inclusão e está, do ponto de vista jurídico, sensível às demandas dos movimentos sociais, minorias e cidadãos (Bunshaft; Limberger; Cristianetti, 2016, p. 998-999).

Em conclusão, as autoras indicam “[...] que o Constitucionalismo Democrático não concebe o refluxo social (*backlash*) com a mesma interpretação negativa do Minimalismo, percebendo este como intrínseco a uma cultura constitucional de uma sociedade plural” (Bunshaft; Limberger; Cristianetti, 2016, p. 1.008). Se o minimalismo compreenderia o *backlash* como uma ameaça à coesão e legitimidade sociais, o constitucionalismo democrático parte do pressuposto de que os desacordos sobre os “sentidos constitucionais” são capazes de promover a coesão em meios normativos heterogêneos (Bunshaft; Limberger; Cristianetti, 2016, p. 1.008). Por fim, sustentam que o minimalismo “[...] não atende aos desafios propostos pela necessidade de um constitucionalismo juridicamente sensível a direitos fundamentais de minorias sociais estigmatizadas” (Bunshaft; Limberger; Cristianetti, 2016, p. 1.010).

A questão do refluxo (ou *backlash*) é novamente incorporada na articulação de outro escrito, assinados por Maria Eugenia Bunshaft, Temis Limberger e Eduardo Ribeiro (2016),

intitulado *O casamento entre pessoas do mesmo sexo na suprema corte norte-americana: uma análise sobre o backlash à luz do debate entre constitucionalismo democrático e minimalismo judicial*, publicado na *Revista do Mestrado em Direito da UCB*. No caso *Obergefell v. Hodges* – objeto de investigação pelos autores –, da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, restou decidido que o casamento entre pessoas do mesmo sexo não poderia ser obstado pelos Estados, reconhecendo-se, pois, a sua validade.

Assim como no artigo anterior, a análise é feita à luz do debate entre o constitucionalismo democrático e o minimalismo judicial. O problema de pesquisa levantado neste escrito, por sua vez, é o seguinte: de que modo o Judiciário pode proteger os direitos fundamentais de grupos vulneráveis sem anular as condições de legitimidade democrática (Bunchaft; Limberger; Moreira, 2016, p. 231). Entre as hipóteses levantadas pelos autores estão as afirmações de que as “[...] reivindicações de consciência justificadas com base na ideia de cumplicidade podem acarretar efeitos estigmatizantes em mulheres, em minorias gays e em grupos vulneráveis” (Bunchaft; Limberger; Moreira, 2016, p. 234), bem como a de que a “[...] atuação proeminente do Judiciário na efetivação de direitos fundamentais de minorias sexuais”, pode, de um lado, inspirar o *backlash*, mas, de outro, “[...] incrementar o potencial de luta desses grupos contra concepções tradicionais e assimétricas de mundo” (Bunchaft; Limberger; Moreira, 2016, p. 234-235).

O artigo argumenta que o minimalismo judicial, ao evitar conflitos e minimizar a atuação do Judiciário a um núcleo restrito, pode não ser adequado para a proteção dos direitos de minorias estigmatizadas e concepções de autonomia moral (Bunchaft; Limberger; Moreira, 2016, p. 252).

Assim como no artigo anteriormente citado (Bunchaft; Limberger; Cristianetti, 2016), o texto de Bunchaft, Limberger e Moreira (2016) também critica a visão de Sunstein de que o *backlash* é uma ameaça à coesão social, argumentando que os conflitos interpretativos em torno de significados constitucionais controversos são indispensáveis para garantir a potencialidade do constitucionalismo democrático em inspirar a legitimidade democrática e o engajamento político de minorias.

Já Antônio Moreira Maués (2012), em seu artigo *Jogando com os precedentes: regras, analogias, princípios* publicado pela *Revista Direito GV*, trata das súmulas vinculantes e analisa os precedentes, segundo o autor: “[...] com base nas obras de F. Schauer, C. Sunstein e R. Dworkin, três diferentes concepções de precedentes encontrados no direito norte-americano, nomeados por nós, respectivamente, de precedentes como regras, como analogias e como princípios” (Maués, 2012, p. 590).

Para o estado da arte que aqui interessa, Sunstein é trazido para o texto de Maués (2012, p. 598-604) por meio dos acordos não totalmente teorizados, como forma de apresentar o raciocínio analógico como um meio eficiente para lidar com precedentes jurídicos, destacando-o como forma de alcançar acordos entre juízes com visões divergentes.

O autor argumenta que, por meio da teorização incompleta, tratar precedentes como analogias favorece consistência, previsibilidade e o diálogo entre juízes, além de poupar tempo e evitar fundamentações filosóficas desnecessárias. No Direito Constitucional, essa abordagem também reforça a legitimidade do *judicial review*, uma vez que decisões anteriores amplamente aceitas funcionam como referências para novos casos. Assim, ao respeitar os precedentes, os juízes promovem a estabilidade jurídica e o reconhecimento mútuo de decisões, mesmo em cenários de discordância (Maués, 2012, p. 598-604).

Maués (2012, p. 618) conclui, contudo, que, no caso de precedentes, “[...] a teoria de Sunstein não nos fornece elementos suficientes para justificar as decisões nos casos em que diferentes analogias podem ser feitas com base nos precedentes, o que indica a necessidade de aprofundar os argumentos substantivos em seu favor”.

Outro artigo que merece análise é o de Lucas Faber de Almeida Rosa (2012), cujo título é *Minimalismo judicial: limites e possibilidades de sua aplicabilidade ao sistema judicial brasileiro*, publicado na coletânea *Jurisdição constitucional, direitos fundamentais e experimentalismo institucional*, organizada por Gilmar Mendes e Rodrigo Mudrovitsch.

O estudo analisa o minimalismo judicial de Sunstein como possibilidade de resposta ao crescente protagonismo do Judiciário nas democracias constitucionais contemporâneas (Rosa, 2012, p. 125). O autor reconhece a importância da atuação judicial para garantir a supremacia constitucional e os direitos fundamentais, mas questiona sua adequação ao desenvolvimento democrático (Rosa, 2012, p. 126).

Segundo indica o autor, a abordagem minimalista de Sunstein não visa eliminar a fiscalização judicial, mas propõe modificar o processo decisório, focando na operacionalização desse controle no contexto do Estado Democrático de Direito (Rosa, 2012, p. 127). Uma Corte minimalista, segundo o autor, elabora decisões que promovem os objetivos centrais de uma democracia deliberativa: “*political accountability*” e “*reason-giving*” (Rosa, 2012, p. 128). Juízes minimalistas, com suas decisões cautelosas, podem abrir espaço para escolhas importantes por órgãos deliberativos.

O artigo apresenta críticas ao minimalismo judicial, especialmente na garantia de direitos fundamentais. Argumenta-se que uma atuação estreita e superficial pode comprometer a proteção e efetivação de garantias constitucionais (Rosa, 2012, p. 132).

No contexto dessa análise, o estudo aborda o caso da guerra contra o terrorismo nos Estados Unidos da América após os atentados de 11 de setembro de 2001. O autor argumenta que a resposta lenta e pouco assertiva da Suprema Corte na proteção dos direitos fundamentais dos acusados de terrorismo, exemplificada pelo caso *Padilla v. Rumsfeld*, demonstra como uma abordagem minimalista pode fragilizar a salvaguarda de garantias constitucionais. No citado caso, Padilla, preso em solo estadunidense em 2002, foi mantido por mais de dois anos sem que fosse formulada acusação formal. No julgamento do caso, a Suprema Corte deixou de analisar seu mérito ante a alegação de incompetência daquele juízo (Rosa, 2012, p. 133).

Apesar dessas críticas, o estudo conclui que o minimalismo representa uma alternativa válida para promover o ambiente democrático e ampliar os espaços de tomada de decisão para outros atores na sociedade brasileira (Rosa, 2012, p. 137).

Por sua vez, Eliana Borges de Mello Marcelo (2014), em seu artigo *Minimalismo judicial: conceitos e reflexões* publicado pela *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, reconhecendo não ser uma pesquisa completa e abrangente sobre o minimalismo, relaciona-o à realidade brasileira. O artigo destaca exemplos que contrastam decisões minimalistas e maximalistas, ilustrando as implicações de cada abordagem em sistemas jurídicos complexos.

Marcelo (2014, p. 64-65) explora a aplicação do minimalismo, indicando que se baseia em decisões judiciais concisas e restritas ao necessário para resolver o caso em questão, evitando posicionamentos amplos ou abrangentes. O artigo apresenta o minimalismo como estratégia relevante para preservar a legitimidade judicial e fomentar um diálogo institucional mais efetivo em contextos democráticos.

A autora descreve o minimalismo como uma ferramenta para promover a democracia deliberativa, reduzir custos e erros judiciais, e garantir maior flexibilidade para futuras interpretações legais. Diz Marcelo (2014, p. 77) que “[...] 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”.

O artigo de Raecler Baldresca (2015), publicado pela *Revista da AJUFE* e intitulado *O papel dos juízes na interpretação constitucional: reflexões sobre ativismo, minimalismo e realismo no âmbito criminal*, mergulha no cenário do crescente protagonismo do Poder Judiciário no Brasil. A autora examina como os juízes, ao interpretarem a Constituição, influenciam a concretização da justiça e os limites de sua própria atuação. Baldresca (2015) destaca a importância de distinguir entre judicialização, ativismo judicial, minimalismo e

realismo jurídico, especialmente em face dos desafios impostos pela criminalidade transindividual contemporânea, que se refere a formas de criminalidade que transcendem os limites individuais e afetam a coletividade de maneira significativa (Baldresca, 2015, p. 363).

A pesquisa aborda questões cruciais sobre o grau de discricionariedade dos juízes, a necessidade de uma postura minimalista ou exaustiva nas decisões e a forma como a Constituição de 1988 deve ser interpretada (Baldresca, 2015, p. 364). Baldresca (2015, p. 365) argumenta que o debate sobre o papel do Poder Judiciário é fundamental, especialmente no contexto do “judicialismo constitucional”, no qual os juízes são chamados a refletir sobre sua função e o nível de sofisticação de sua atuação.

Ao analisar o minimalismo judicial, a autora apresenta uma visão crítica, contrastando-o com o ativismo e o realismo jurídico (Baldresca, 2015, p. 371). Baldresca (2015, p. 372) observa que, embora o minimalismo defenda a restrição das decisões judiciais às questões indispensáveis, essa postura pode ser problemática no âmbito criminal, em que a definição de paradigmas para casos futuros é essencial (Baldresca, 2015, p. 375). A autora conclui que, embora cada teoria de interpretação possua suas vantagens, é crucial que o Poder Judiciário estabeleça padrões claros e coerentes para garantir a segurança jurídica e a efetividade das decisões, especialmente diante da complexidade da criminalidade moderna.

Outro artigo que merece destaque é o de Cláudio Ladeira de Oliveira e Suellen Patrícia Moura (2016), cujo título é *O minimalismo judicial de Cass Sunstein e a resolução do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade*. O texto defende o minimalismo judicial de Sunstein como “[...] um caminho democrático de atuação jurisprudencial que congrega elementos capazes de articular corretamente os distintos papéis dos Poderes Judiciário e Legislativo” (Oliveira; Moura, 2016, p. 238), problematizando-o no contexto da Reclamação Constitucional nº 4.335 e da discussão acerca da resolução do Senado Federal no âmbito do controle de constitucionalidade.

O artigo inicia apontando as correntes ativistas e de moderação judicial, bem como a dificuldade contramajoritária frente aos riscos da judicialização e do ativismo, no tocante à legitimidade democrática dos membros do Judiciário (Oliveira; Moura, 2016, p. 239-242). A partir dessa tensão, o minimalismo judicial é apresentado como “[...] uma forma de limitação judicial na medida em que, na resolução de casos concretos controversos, deixa questões fundamentais sem decidir”, aquelas que seriam, segundo os autores, duas características “processualmente atraentes”: a possibilidade de redução dos encargos sobre a decisão judicial e a redução do número de erros e suas consequências (Oliveira; Moura, 2016, p. 243).

Por meio da leitura da obra *One case at a time* (Sunstein, 1999), os autores apresentam os aspectos procedimentais e substanciais do minimalismo judicial, os “acordos teóricos incompletos”, que é “[...] inespecífico na medida em que não define nem especifica provisões jurídicas no momento da elaboração, previsão e descrição de direitos básicos” e que se opera “[...] quando pessoas que concordam sobre um princípio geral não necessariamente estão de acordo sobre o que esse princípio geral ocasiona nos casos concretos, pois o processo resultante do julgamento de um caso particular pode ocasionar muitos desacordos [...]” (Oliveira; Moura, 2016, p. 246), inclusive em questões sociais. Destacam, também, o que denominam de características da “estreiteza e superficialidade” (Oliveira; Moura, 2016, p. 250-252) e a “promoção da democracia deliberativa” (Oliveira; Moura, 2016, p. 253-257).

A aplicação do minimalismo judicial foi analisada pelos autores no contexto da Reclamação Constitucional nº 4.335/AC (Brasil, 2014), cuja discussão surgiu após o julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.959-SP pelo Supremo Tribunal Federal, que declarou inconstitucional o artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) (Brasil, [2024c]), o qual vedava a progressão de regime em casos de crimes hediondos, tendo sido a referida reclamação apresentada à Suprema Corte, pois, em determinado caso em curso na Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC, o juízo negou sua aplicação, argumentando que a decisão do indicado *Habeas Corpus* só teria eficácia *erga omnes* após expedição de resolução pelo Senado Federal, suspendendo a eficácia do dispositivo declarado inconstitucional (Oliveira; Moura, 2016, p. 257-261).

Na análise do caso acima, os autores argumentam que uma postura minimalista seria mais adequada nesse caso, em contraposição à abordagem maximalista adotada pelo relator Ministro Gilmar Mendes. Segundo afirmam, uma leitura minimalista da Reclamação nº 4.335/AC (Brasil, 2014) poderia ser construída sob dois aspectos: procedimental e substancial. No aspecto procedimental, argumenta-se que não há previsão constitucional expressa ou tácita de controle difuso com efeitos *erga omnes*, sendo necessária a atuação do Senado Federal para suspender a eficácia da norma declarada inconstitucional, conforme o artigo 52, X, da Constituição (Brasil, [2024a]). Já no aspecto substancial, uma postura minimalista se limitaria a analisar novamente os fundamentos da declaração de inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º da Lei nº 8.072/90 (Brasil, [2024c]), sem adentrar em discussões mais amplas sobre o papel do Senado no controle de constitucionalidade (Oliveira; Moura, 2016, p. 257-261).

Os autores defendem que essa abordagem minimalista promoveria a democracia deliberativa, deixando questões fundamentais em aberto para debate nas instâncias políticas responsáveis, em vez de resolvê-las de forma ampla e profunda no âmbito judicial.

Argumentam que o Supremo Tribunal Federal, ao propor a mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição (Brasil, [2024a]), adotou postura maximalista, que pode obstruir o processo democrático, ao resolver por completo questões políticas e jurídicas controvertidas, em vez de garantir que decisões importantes sejam realizadas pelos atores politicamente responsáveis (Oliveira; Moura, 2016, p. 257-261).

O artigo *Minimalismo judicial na visão de Cass Sunstein: uma alternativa para a concretização da democracia*, de Joici Antonia Ziegler e Lessandra Bertolazi Gauer (2016), investiga a complexa relação entre constitucionalismo e democracia, adotando a perspectiva do minimalismo judicial proposta por Sunstein (Ziegler; Gauer, 2016, p. 94). As autoras se propõem a analisar se o Poder Judiciário, ao se deparar com controvérsias que envolvem princípios fundamentais, pode legitimamente decidir sobre os valores mais densos de uma sociedade caracterizada pelo pluralismo e pela busca por uma ordem democrática (Ziegler; Gauer, 2016, p. 94).

A pesquisa aborda a tensão inerente à necessidade de proteger os direitos fundamentais, conforme estabelecido na Constituição, e a importância de garantir decisões que possuam legitimidade democrática em uma sociedade plural (Ziegler; Gauer, 2016, p. 95). Nesse contexto, as autoras exploram os limites da atuação do Poder Judiciário em uma democracia deliberativa, com o objetivo de evitar o risco de um ativismo judicial que não encontra justificativa (Ziegler; Gauer, 2016, p. 97).

Ziegler e Gauer (2016, p. 95) apresentam uma visão favorável ao minimalismo judicial de Sunstein, ressaltando seus benefícios para a consolidação da democracia em sociedades marcadas pela diversidade de opiniões e valores. Essa abordagem é caracterizada como uma ação judicial menos invasiva, que busca produzir decisões delimitadas, superficiais e de caráter provisório, evitando adentrar em questões fundamentais de grande magnitude (Ziegler; Gauer, 2016, p. 95). Um dos principais objetivos do minimalismo judicial é, justamente, abrir espaço para o debate e fomentar os processos democráticos, por meio de uma atuação judicial que se restringe ao essencial para o julgamento do caso em questão, sem alargar ou expandir a decisão para além do necessário (Ziegler; Gauer, 2016, p. 98).

Em contraposição ao ativismo judicial, as autoras defendem que o minimalismo oferece uma alternativa mais adequada para lidar com questões complexas e controversas, uma vez que evita decisões baseadas em avaliações morais subjetivas por parte dos magistrados, o que poderia gerar insegurança jurídica e comprometer a legitimidade do processo democrático (Ziegler; Gauer, 2016, p. 104). Ao defender o minimalismo, Ziegler e Gauer (2016, p. 98) argumentam que as decisões judiciais devem se restringir ao que está expressamente

estabelecido na Constituição, evitando a invocação de princípios para criar interpretações da lei.

O artigo *Do protagonismo judicial aos diálogos institucionais: uma introdução ao constitucionalismo popular de Kramer, ao minimalismo de Sunstein e às teorias dialógicas de Bateup e Linares*, de Fábio José Silva de Assis e Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva (2018), publicado pela *Revista do Direito Público*, oferece uma análise abrangente das teorias que buscam alternativas ao crescente protagonismo judicial no cenário brasileiro, um fenômeno que ganhou força com a promulgação da Constituição de 1988 (Assis; Silva, 2018, p. 267). Os autores exploram modelos de Estado que visam promover um diálogo mais efetivo entre os poderes constituídos e a participação ativa da sociedade na interpretação e aplicação das normas constitucionais, buscando um equilíbrio entre a proteção dos direitos fundamentais e a legitimidade democrática das decisões (Assis; Silva, 2018, p. 268).

A pesquisa aborda a transformação do Judiciário, que, impulsionado pela Constituição de 1988, passou de um mero aplicador das leis a um ator central na vida política e social do país, com um amplo rol de direitos e garantias fundamentais (Assis; Silva, 2018, p. 270). No entanto, esse protagonismo levanta questões importantes sobre a legitimidade democrática das decisões judiciais, especialmente quando estas confrontam a vontade popular expressada por meio de representantes eleitos, gerando o que se convencionou chamar de “dificuldades contramajoritárias” (Assis; Silva, 2018, p. 271).

Diante desse dilema, Assis e Silva (2018, p. 277) exploram o minimalismo judicial de Sunstein como uma possível via para equilibrar o poder entre o Judiciário e os demais Poderes, buscando uma autocontenção judicial. O minimalismo, caracterizado pela estreiteza e superficialidade nas decisões, busca limitar a intervenção do Judiciário em questões complexas e controversas, preservando o espaço para o debate democrático e a deliberação política (Assis; Silva, 2018, p. 280). Os autores também mencionam o conceito de *backlash* (refluxo social) associado ao minimalismo, que se refere às reações negativas que podem surgir em resposta a decisões judiciais consideradas ativistas (Assis; Silva, 2018, p. 281).

Além do minimalismo, os autores examinam outras abordagens que visam mitigar o protagonismo judicial e fortalecer a participação da sociedade na interpretação da Constituição. O constitucionalismo popular, especialmente na visão de Kramer, contesta a exclusividade do Poder Judiciário na interpretação da Constituição, defendendo que deveria haver uma participação popular na determinação e aplicação do significado constitucional (Assis; Silva, 2018, p. 272). Kramer propõe a retirada substancial da interpretação e da aplicação da

Constituição das Cortes e a sua “devolução” ao povo, seja nas ruas, nas urnas eleitorais ou no Parlamento (Assis; Silva, 2018, p. 273).

As teorias dialógicas, sistematizadas por Bateup e Linares, representariam uma alternativa ao protagonismo judicial (Assis; Silva, 2018, p. 283). Essas teorias defendem que a decisão sobre a constitucionalidade de uma norma deve ser compartilhada por diferentes poderes, evitando a supremacia de um sobre o outro (Assis; Silva, 2018, p. 283). Segundo analisado, Bateup divide as teorias do diálogo em teorias quanto ao método judicial e teorias quanto às estruturas do diálogo (Assis; Silva, 2018, p. 285). Linares, por sua vez, propõe um diálogo interorgânico entre as Cortes Supremas e o Congresso, com fases de argumento, resposta e réplica (Assis; Silva, 2018, p. 290).

Ao apresentar essas diferentes perspectivas, o artigo contribui para um debate mais amplo sobre o papel do Judiciário em uma sociedade democrática e os caminhos para construir um sistema de freios e contrapesos mais equilibrado e responsivo às demandas da cidadania. Os autores concluem que, embora o Supremo Tribunal Federal tenha um papel importante na guarda da Constituição, suas decisões devem reconhecer as legítimas demandas da sociedade civil organizada e dos movimentos sociais, privilegiando uma interpretação que a atualize às demandas da cidadania (Assis; Silva, 2018, p. 293).

Fernando Caldas Bivar Neto (2020), em seu artigo *Minimalismo Judicial em sistemas tributários complexos*, publicado pela *Revista Tributária de Finanças Públicas*, aborda que, em questões complexas, como as do sistema tributário brasileiro, com alta densidade normativa e pela constante promulgação de atos legislativos que o tornam um dos mais complexos do mundo, o minimalismo judicial há que ser aplicado cautelosa e limitadamente pelos juízes. O autor afirma que:

Um sistema tributário complexo, tal como o brasileiro, no qual novas leis e atos normativos entram em vigor diariamente, exige que em decisões judiciais, sempre que possível, evite-se ampla teorização de cada questão. O sistema tributário brasileiro reclama, em muitos casos, pelo minimalismo judicial (Bivar Neto, 2020, p. 179).

O autor, tratando do sistema tributário brasileiro e reconhecendo que, embora não seja amplamente praticado no Supremo Tribunal Federal, casos como a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.568/DF e o Recurso Extraordinário nº 599.262/RJ ilustram aplicações pontuais do minimalismo judicial (Bivar Neto, 2020, p. 182-183). A análise do autor é na vertente de que as decisões evitaram abordar questões amplas e controversas que não eram essenciais à solução dos casos, favorecendo um tratamento específico e temporário. Tal abordagem, ao preservar o debate em instâncias democráticas e evitar efeitos sistêmicos não

previstos, ofereceu uma alternativa importante para o enfrentamento da complexidade do sistema tributário.

O conceito de minimalismo judicial, no artigo analisado, é central e defende uma abordagem cautelosa e limitada por parte dos juízes:

O sistema tributário brasileiro é complexo, portanto decisões amplas e completamente teorizadas podem causar consequências não antecipadas, com potencial de desestabilizar as vigas mestres do sistema. Por essa razão, o minimalismo judicial pode ser encarado como uma relevante diretriz de argumentação judicial, situação que permite, por vezes, maior estabilidade legislativa e garante segurança jurídica ao evitar conflito de decisões (Bivar Neto, 2020, p. 185).

Desse estado da arte acima, tem-se que recepção crítica do minimalismo judicial de Sunstein no Brasil, embora ainda menor em relação à divulgação de outras correntes teóricas do Direito, demonstra um aumento do interesse acadêmico pelo tema, especialmente em Programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito.

As investigações examinadas tratam do minimalismo judicial sob diversas óticas, desde sua aplicação em temas de direitos fundamentais e políticas públicas, até sua capacidade de fomentar a democracia deliberativa e restringir o ativismo judicial, pontos não muito distintos daqueles já considerados pelo próprio Sunstein. Enquanto alguns autores destacam o minimalismo como uma estratégia cautelosa que estimula o diálogo institucional, outros o reprovam por sua possível inadequação em situações que envolvem direitos de minorias ou temas constitucionais essenciais.

A discussão acadêmica no Brasil sobre o tema muitas vezes coloca o minimalismo judicial em oposição ao constitucionalismo democrático e ao ativismo, analisando as tensões entre a autocontenção do Judiciário e a demanda por intervenção em questões de relevância social. Essas produções acadêmicas, apesar de variarem em suas conclusões, ajudam a fomentar uma reflexão mais detalhada sobre os limites e alcances da atuação judicial no contexto democrático brasileiro.

3.3 Conclusões parciais

Com fundamento no estado da arte apresentado, seguem as conclusões parciais deste capítulo:

C₆ – A recepção do minimalismo judicial de Sunstein no Brasil, embora crescente, ainda é limitada quando comparada a outras abordagens e teorias jurídicas, refletindo um número relativamente pequeno de teses, dissertações e artigos científicos dedicados ao tema;

C7 – Em geral, as pesquisas brasileiras sobre o minimalismo judicial tendem a abordá-lo em contraposição ao ativismo judicial, ao maximalismo e ao constitucionalismo democrático, sem, necessariamente, considerar sua perspectiva endógena, ou seja, sem considerá-lo através de uma lente crítica sobre o modo como Sunstein estrutura sua abordagem internamente;

C8 – As críticas ao minimalismo judicial identificadas na produção acadêmica brasileira apontam para possíveis limitações da abordagem, especialmente em casos envolvendo direitos fundamentais, direitos de minorias e questões constitucionais complexas, sugerindo a necessidade de uma adaptação ou reformulação da abordagem para o contexto nacional.

A análise da fortuna crítica do minimalismo judicial no Brasil revela a necessidade de uma investigação mais aprofundada e analítica dessa abordagem, considerando suas potencialidades e limitações. O próximo capítulo, portanto, buscará expandir esses pontos, propondo uma reconfiguração do minimalismo judicial que incorpore elementos da Filosofia Moral de MacIntyre, visando superar as limitações identificadas para, na sequência do trabalho, adaptar a abordagem às especificidades do sistema jurídico brasileiro.

4 SUBSTITUINDO O CONSERVADORISMO DE EDMUND BURKE DO MINIMALISMO: AS CONTRIBUIÇÕES DE ALASDAIR MACINTYRE

Como já destacado neste trabalho, Sunstein argumenta de modo muito fervoroso em favor do minimalismo burkeano em contraste com o minimalismo racionalista; o primeiro, que busca resgatar nas tradições o sentido de razão acumulada no tempo, de modo a justificar a aplicação de precedentes, com redução do espectro decisional; e o segundo, que, embora busque também redução do núcleo da decisão, procura justificativas racionais para aplicação da tradição.

O que se verá adiante, no entanto, é que nem um nem outro possuem condições teóricas aptas a justificar sua aplicação ao minimalismo – seja no Brasil ou em sistemas jurídicos alienígenas. Isso porque falta-lhes (i) análise crítica da herança burkeana e (ii) compreensão íntegra sobre a noção de conflito e sua conjugação com um sentido efetivamente democrático de tradição.

O minimalismo dialógico, como se pretende sustentar nesta tese, necessita, mais que discutir questões relativas ao sistema de precedentes, ao Direito Processual e à amplitude ou circunspeção sobre o núcleo das decisões, reduzir a expectativa moral sobre a figura do juiz e reedificar uma ética das virtudes em uma linguagem moral deteriorada também na jurisdição, o que se fará por meio da Filosofia Moral de MacIntyre, nomeadamente em sua obra *Depois da virtude*.

4.1 A Filosofia Moral de Alasdair MacIntyre em “Depois da virtude”

MacIntyre destaca, logo no início da obra *Depois da virtude* (MacIntyre, 2001b, p. 9), que tal escrito se originou com base no que ele aponta ser uma inadequação dos trabalhos de Filosofia Moral anteriormente elaborados, respectivamente, *A short history of ethics* (MacIntyre, 1996), *Secularization and moral change* (MacIntyre, 1967) e *Against the self-images of the age* (MacIntyre, 2001a), que continham a falsa ideia de que o filósofo moral seria capaz de estudar a moralidade por meio de simples reflexões, ao modelo de centros acadêmicos, como Oxford,

Harvard, aos quais se refere com certa crítica.^{98 99} Trata-se, como informa Barzotto (2023, p. 407), de uma oposição à Filosofia Moral moderna como a seus críticos emotivistas.

O autor inicia o primeiro capítulo do livro com um exemplo fictício, em que uma nova ordem política – por ele denominada de “Nenhum saber” – assume o poder após uma grande catástrofe que teria gerado um colapso nas ciências naturais, a ponto de fragmentar o conhecimento. Esse conhecimento, posteriormente reunido precariamente, passou a ser ensinado, somado a uma cota de arbitrariedade na pressuposição de muitas teorias que dele faziam parte (MacIntyre, 2001b, p. 13-14).

Esse cenário, afirma o autor, seria o retrato da linguagem da moralidade no mundo real que se habita atualmente (MacIntyre, 2001b, p. 15). Haveria, nas palavras de MacIntyre (2001b, p. 14), “simulacros de moralidade”, *i.e.*, fragmentos de um esquema conceitual, que habitariam a compreensão da moralidade, perdida na contemporaneidade. MacIntyre afirma, no entanto, que para a mudança de perspectiva, a análise filosófica não seria capaz de contribuir, sendo necessário buscar a resposta na filosofia e história de autores como Hegel e Collingwood (MacIntyre, 2001b, p. 16).

Mas, tal como no mundo hipotético de MacIntyre (“Nenhum saber”), no mundo real, os seus habitantes não perceberam a catástrofe a que foram submetidos (MacIntyre, 2001b, p. 17). Como isso não se mostra crível – não como fruto de algo abrupto –, MacIntyre argumenta que a resposta pode estar em um processo mais longo e complexo. Aqui, então, emerge um dos pontos centrais para compreensão do pensamento do autor: a divergência existente entre linguagem e substância da moralidade na modernidade, ou, como aponta Alberto Leopoldo Batista Neto (2019, p. 3), “[...] a fragmentação do discurso moral na modernidade como resultado da degenerescência” do sentido de tradição.

Enquanto a linguagem e as aparências persistem, a substância da moralidade teria sido fragmentada e destruída ao longo do tempo. É a linguagem da moral, segundo MacIntyre (2001b, p. 21), o caráter interminável das discordâncias existentes; logo, não haveria meio racional de se garantir o acordo moral na cultura contemporânea.

⁹⁸ Cf. MacIntyre, 2001b, p. 9: “É estéril a ideia de que o filósofo moral pode estudar os conceitos de moralidade por meio de mera reflexão, no estilo poltrona de Oxford, sobre o que ele e os que cercam dizem e fazem. Não encontrei bom motivo para abandonar essa convicção; e a emigração para os Estados Unidos ensinou-me que, quando a poltrona está em Cambridge, Massachusetts, ou em Princeton, Nova Jersey, não funciona melhor”. Mais adiante MacIntyre (2001b, p. 153) critica textualmente o papel das “*Grandes Écoles*”, como *London School of Economics* e *Harvard Business School*.

⁹⁹ Essa crítica, em particular, revelar-se-á, ao longo dessa tese, pertinente à conformação do minimalismo judicial de Sunstein, autor inserido no contexto desses centros acadêmicos que MacIntyre critica.

Esses desacordos da cultura presente teriam, em comum, características de três tipos. A primeira, denominada de “incomensurabilidade conceitual dos argumentos adversários em cada um dos três debates” (MacIntyre, 2001b, p. 24), em que as premissas adversárias não são passíveis de serem sopesadas por meios racionais, por empregarem conceito normativo ou avaliativo distintos. A segunda característica é que nessas discussões, as argumentações receberiam uma aura de racionalidade e impessoalidade.¹⁰⁰ A terceira é a diversidade de origens históricas das argumentações desses debates e desacordos. Nesse terceiro aspecto, MacIntyre (2001b, p. 28) afirma que haveria uma tendência (superficial) de nominá-lo como pluralismo moral.

A caracterização acima se ligaria à hipótese inicial levantada pelo autor (a de desordem na linguagem da moralidade), o que exigiria um retorno à construção da narrativa histórica verdadeira. No entanto, a Filosofia Moral contemporânea apresentar-se-ia como obstáculo a esse retorno histórico, justamente pelo tratamento anti-histórico que lhe é dado.

4.1.1 O emotivismo e o “eu emotivista”

Confabulando objeções ao próprio argumento (por exemplo, a de que as discordâncias morais não podem ser resolvidas), MacIntyre (2001b, p. 30) afirma haver um ponto que se encontra na base da Filosofia Moral contemporânea. A isso MacIntyre denomina de “emotivismo”, ou seja, “doutrina segundo a qual todos os juízos valorativos e, mais especificamente, todos os juízos morais não passam de expressões de preferência, expressões de sentimento ou atitudes, na medida que são de caráter moral ou valorativo” (MacIntyre, 2001b, p. 30). O emotivismo teria, segundo o autor, a pretensão de ser uma teoria dos significados de enunciados, quando, em verdade, expressa sentimentos ou atitudes.¹⁰¹

Para o autor, “o emotivismo [...] resulta estar, como uma teoria convincente do uso em vez de uma falsa teoria do significado, conectada com um estágio específico da evolução ou do declínio moral, um estágio no qual nossa cultura ingressou no início deste século” (MacIntyre, 2001b, p. 41). Ele argumenta que o emotivismo se fundamenta na afirmação de que a moralidade objetiva fracassou, mas erra ao confundir-se com uma teoria do significado. Não

¹⁰⁰ Fica evidente já nesse ponto, a crítica que o autor estabelece aos centros acadêmicos, como Oxford, Harvard, entre outras.

¹⁰¹ MacIntyre (2001b, p. 35) atribui a Hume a inserção de elementos emotivistas (século XVIII), inspirada no intuicionismo de Moore (século XVIII), um utilitarista, na concepção do autor, já que permite, sem a refutação de suas proposições, que os atos não sejam certo ou errados como tais, admitindo-os em certas circunstâncias (MacIntyre, 2001b, p. 36). Entre os fundadores modernos do emotivismo estão filósofos discípulos de Moore (Ramsey, Austin Duncan Jones e C. L. Stevenson).

há, segundo a Filosofia Moral agudamente crítica de MacIntyre (2001b, p. 52-53), formas de se apelar a critérios impessoais, pois esses simplesmente não existem.

O emotivismo, portanto, segundo MacIntyre, incorporou-se à cultura contemporânea, e a moralidade, com isso, degenerou-se a tal ponto de corromper a linguagem moral. Esta, por sua vez, pode ser compreendida como um sistema de significados, normas e critérios que orienta os juízos e as práticas morais de uma comunidade, constituindo-se historicamente no interior de uma tradição. Para ele, uma Filosofia Moral pressupõe uma sociologia, explícita ou implicitamente, ou seja, uma compreensão dos fatos no mundo social e seu respectivo impacto na moralidade. Nas palavras do autor:

[...] os detalhes sociais dependem, em parte, da natureza de determinados contextos sociais; a diferença estará em qual ambiente e a serviço de quais interesses particulares e específicos se extinguiu a distinção entre as relações sociais manipuladoras e as não-manipuladoras (MacIntyre, 2001b, p. 53).

Desse modo, MacIntyre propõe investigar qual seria a chave para o conteúdo social do emotivismo, já que este resultou no aniquilamento de toda e qualquer “[...] distinção genuína entre relações sociais manipuladoras e não-manipuladoras” (MacIntyre, 2001b, p. 52) e só é possível compreender as pretensões de qualquer Filosofia Moral após o esclarecimento da “sua concreta expressão social” (MacIntyre, 2001b, p. 51).

Para entender o contexto, MacIntyre recupera a vida das organizações, das estruturas burocráticas, herança do pensamento em Weber e Marx.¹⁰² Segundo o autor, “A racionalidade burocrática é a racionalidade de combinar meios e fins de maneira econômica e eficaz” (MacIntyre, 2001b, p. 55).

Mas um ponto que Weber deixa afastar, segundo MacIntyre, seriam as questões de fins, que, para este, seriam questões de valores. Ao se tratar de valores, “a razão se cala; não [se] consegue resolver de forma racional o conflito entre valores rivais” (MacIntyre, 2001b, p. 55). Esse seria um ponto cego no emotivismo, já que a totalidade das crenças e juízos de valor seriam

¹⁰² Max Weber e Karl Marx desenvolveram análises distintas acerca da burocracia, cada um por meio de premissas teóricas particulares. Em Weber, a burocracia pode ser compreendida como forma de dominação racional-legal, na qual a autoridade é legitimada por normas formais e impessoais, estruturada por uma hierarquia organizacional, divisão de funções e procedimentos padronizados. Para Weber, a burocracia é inerente ao processo de racionalização das sociedades modernas e, embora eficiente em termos administrativos, pode levar ao que denominou de “jaula de ferro”, com crescente perda de liberdade individual devido ao excesso de regulamentação e formalismo (Weber, 1984). Já em Marx, a burocracia é analisada com fundamento em uma perspectiva crítica e materialista, sendo vista como um instrumento de dominação a serviço do modo de produção capitalista. Para Marx, a burocracia é encarada como uma forma de alienação, conquanto separa os trabalhadores dos meios de produção e das decisões políticas, consolidando a desigualdade de poder entre as classes (Marx, 2002). Ao contrário de Weber, que via a burocracia como um fenômeno inexorável da racionalização, Marx a considerava como uma estrutura opressora, cuja superação seria possível por meio da transformação revolucionária das relações sociais.

igualmente não-rationais, não passando de instruções subjetivas conferidas aos sentimentos e às emoções. Weber seria, então, um emotivista, já que sua descrição da autoridade burocrática seria “um retrato emotivista” (MacIntyre, 2001b, p. 56). Isso porque nenhum tipo de autoridade utiliza critérios racionais para a própria validação. Logo, para MacIntyre, a função do administrador como controlador de comportamento e de repressão de conflitos, reforçaria, para ele, que o conceito weberiano de autoridade burocrática pressupõe a verdade do emotivismo.

Na sequência, o autor põe-se a tecer considerações acerca dos personagens, ou seja, “certos tipos de papéis sociais específicos de determinada cultura” (MacIntyre, 2001b, p. 58). Os personagens seriam máscaras utilizadas pelas filosofias morais. Segundo ele: “[...] podemos esclarecer a maneira característica como dão forma à vida dos personagens levando em conta como os personagens fundem o que em geral se acredita pertencer ao indivíduo e o que normalmente se pensa pertencer a papéis sociais” (MacIntyre, 2001b, p. 59).

Haveria, em muitos casos, um distanciamento entre o papel exercido e o indivíduo. Mas no caso dos personagens ocorreria o contrário, pois os requisitos dos personagens “são imposições externas, provenientes do modo como as outras pessoas consideram e usam personagens para entender e avaliar a si mesmas” (MacIntyre, 2001b, p. 61). Os personagens representariam um ideal de cultura geral, legitimando moralmente na sociedade um determinado modo de existência. Ou seja, os personagens de que trata MacIntyre seriam construídos com base em expectativas e padrões definidos por outras pessoas e pela sociedade, servindo como referenciais para que os outros se compreendam e se avaliem. Assim, haveria apenas representação de ideais culturais, conferindo, por isso, legitimidade moral a determinadas formas de vida social, funcionando como modelos a serem seguidos ou julgados.¹⁰³

MacIntyre afirma que os personagens são os papéis sociais que fornecem à cultura suas definições morais (MacIntyre, 2001b, p. 64). Ele não quer dizer, com isso, que as crenças morais de determinada cultura se expressem por meio dos personagens. Ao contrário, ele quer afirmar que, “por proporcionarem pontos focais para a discordância”, eles “conseguem realizar sua missão definidora” (MacIntyre, 2001b, p. 64).

MacIntyre quer, com isso, explicar que os “personagens” sociais, como papéis que representam valores, ajudam a definir a moral de uma cultura. No entanto, isso não significa que todas as pessoas dessa cultura concordem com cada um desses personagens ou aproveem os valores por eles simbolizados. Pelo contrário, a função moral dos personagens evidencia-se

¹⁰³ Entre os personagens, MacIntyre (2001b, p. 63) enfatiza o administrador e o terapeuta. Ambos não se engajariam em debates morais, pois são compreendidos como figuras incontestáveis.

justamente quando eles se tornam pontos de disputa, ou seja, os personagens cumprem seu papel mesmo quando são criticados ou rejeitados.

A perspectiva desenvolvida por MacIntyre, então, indica que a construção da identidade do “eu” se dá, em grande medida, por meio de processos de conflito social, sendo essa dinâmica característica não apenas de sociedades contemporâneas, mas de praticamente todas as épocas. A definição dos indivíduos, portanto, emerge a partir da relação desses com os outros e das tensões que permeiam essas interações. No entanto, ele adverte contra o que denomina ser uma visão reducionista, que considera o indivíduo como mero reflexo dos papéis sociais herdados, sugerindo que essa perspectiva não captura a complexidade da formação identitária (MacIntyre, 2001b, p. 64).

O autor sustenta que o “eu” não se confunde com os papéis sociais que desempenha, mas possui um histórico próprio, marcado por experiências singulares e por um desenvolvimento contínuo em meio às contingências e disputas sociais. O indivíduo, assim, é um ser que transcende suas funções sociais, e sua identidade só pode ser plenamente compreendida à luz do vasto e complexo conjunto de eventos que constituem seu caminho de vida. Desse modo, MacIntyre (2001b, p. 64) convida a reconhecer a identidade como uma narrativa em constante construção, inserida em contextos históricos e sociais que conferem sentido e profundidade a cada trajetória humana.

Assim, o “eu emotivista” (moderno), segundo define MacIntyre (2001b, p. 65), “não encontra limites estabelecidos para aquilo que possa julgar, pois tais limites só poderiam provir de critérios racionais de avaliação e, como vimos, faltam tais critérios ao eu emotivista”.

Na caracterização do “eu emotivista”, MacIntyre (2001b, p. 65) afirma que tanto filósofos analíticos ou existencialistas acabam por conferir ao agente moral a capacidade de se afastar de qualquer situação em que esteja envolvido – e acrescente-se ao pensamento do autor, excluir-se dela também (vide metáfora do juiz Hércules de Dworkin, como exemplo) – e emitir juízo a partir de perspectiva universal e abstrata, destacando-se de particularidades sociais.

Haveria, portanto, uma democratização do agir moral (MacIntyre, 2001b, p. 65). Até de modo cínico, MacIntyre busca criticar a impossibilidade de se eliminar a discordância no campo da moral, para ele, exaltada pelo nome de “pluralismo” (MacIntyre, 2001b, p. 65). Nas palavras do autor, “Esse eu democratizado que não tem conteúdo social necessário nem identidade social necessária pode ser, então, qualquer coisa, pode assumir qualquer papel ou adotar qualquer opinião, porque não é, em si e para si, nada” (MacIntyre, 2001b, p. 66).

MacIntyre questiona quais modalidades de moral se abririam para esse “eu emotivista”. Ele inicia argumentando que seria necessário recuperar a segunda característica principal do

“eu emotivista”, ou seja, a da falta de quaisquer critérios fundamentais (MacIntyre, 2001b, p. 67).

Quando o caracterizo assim, falo do que já percebemos, que sejam quais forem os critérios, princípios ou fidelidades normativas que o eu emotivista professe, **devem ser explicados como expressões de atitudes, preferências e escolhas que, em si, não são regidas por critérios, princípios nem valores, já que subjazem e são anteriores a qualquer fidelidade a critérios, princípios ou valores** (MacIntyre, 2001b, p. 65, grifo nosso).

MacIntyre (2001b, p. 67) argumenta que o “eu emotivista” se caracteriza pela ausência de um desenvolvimento racional que fundamente suas transições entre diferentes compromissos morais. Os conflitos internos são percebidos como simples choques entre arbitrariedades contingentes, sem que haja um princípio orientador que confira coerência a essas escolhas. Tal concepção do “eu” decorre da perda de uma identidade social substancial, uma vez que o tipo de identidade anteriormente disponível, vinculada a papéis e significados sociais compartilhados, deixou de existir no contexto contemporâneo.

Nessa perspectiva, o “eu” moderno se encontra privado de critérios sólidos, pois o *telos* – a finalidade que fornecia sentido aos julgamentos e direcionava as ações – não seria mais reconhecido como legítimo. Esse aniquilamento do *telos* implica na fragmentação da identidade moral, gerando um “eu” que, embora carregue consigo o peso de escolhas e decisões, carece de um fio condutor capaz de organizar e dar propósito a suas narrativas. Frente a esse cenário, MacIntyre (2001b, p. 68) propõe a necessidade de se investigar o tipo de identidade e a finalidade que podem oferecer um horizonte normativo coerente, devolvendo ao indivíduo uma orientação teleológica que lhe permita resgatar a integridade moral perdida.

O autor, então, tece considerações acerca do pertencimento social. Para ele, os “indivíduos herdaram determinado espaço dentro de um conjunto interligado de relações sociais; quando lhes falta esse espaço, não são ninguém” (MacIntyre, 2001b, p. 68). Essa necessidade de conhecer a si mesmo não se relaciona, para o autor, a uma posição estática. MacIntyre (2001b, p. 69) enfatiza a necessidade de se compreender a progressão (ou o fracasso da progressão) dos indivíduos rumo a um determinado fim: “[...] a vida completa e realizada é uma realização e a morte é o ponto no qual se pode ser julgado feliz ou infeliz”.

No entanto, para o autor, essa concepção de “vida humana inteira” não ocorreu no progresso rumo à modernidade (se é que se pode chamá-lo assim, enfatiza). Para ele, “[...] o eu emotivista, ao alcançar a soberania em seu próprio domínio, perdeu seus limites tradicionais proporcionados por uma identidade social e uma visão da vida humana como ordenada a determinado fim” (MacIntyre, 2001b, p. 69).

MacIntyre argumenta que o “eu emotivista” se insere em um tipo específico de ordem social, predominante nas ditas sociedades contemporâneas desenvolvidas. Esse “eu” define-se em contraposição aos personagens que desempenham os papéis sociais dominantes, sendo a sua identidade construída em resposta a essas figuras e valores prevalentes (MacIntyre, 2001b, p. 69). Destaca também que, no cenário social atual, os fins são apresentados como dados inquestionáveis, fora do alcance de uma análise racional, o que impede uma conexão lógica entre a identidade dos indivíduos e os papéis sociais (MacIntyre, 2001b, p. 70).

Essa desconexão entre o “eu” e os personagens da vida social refletiria um traço característico das sociedades modernas e revelaria a inverdade presente em muitos dos debates políticos, os quais frequentemente mascaram a verdadeira natureza das estruturas sociais subjacentes (MacIntyre, 2001b, p. 70). Para ele, haveria um padrão predominante capaz de definir esses modos de vida social, oscilando entre a liberdade individual – marcada pela soberania das escolhas arbitrárias – e a burocracia, que, por meio de formas de controle coletivista, buscaria restringir o caos gerado pelo interesse próprio (MacIntyre, 2001b, p. 70).

Essa transformação na identidade do eu e na sua relação com os papéis sociais (do modelo tradicional para as formas contemporâneas de emotivismo), só teria sido possível porque houve, simultaneamente, uma profunda mudança nas formas do discurso e na linguagem morais. Assim, seria impossível desvincular a história da identidade individual e dos papéis sociais da evolução histórica do próprio discurso moral (MacIntyre, 2001b, p. 71). Nesse sentido, MacIntyre propõe-se a investigar a origem das características distintivas do discurso moral contemporâneo, buscando elucidar as raízes das transformações que moldaram o cenário ético atual.

4.1.2 O projeto iluminista fracassado e a justificação da moralidade contemporânea: empirismo, burocracia e manipulação em Alasdair MacIntyre – por um resgate a Aristóteles

A hipótese formulada por MacIntyre sugere que os eventos centrais da história social, responsáveis por impactar e, sobretudo, deslocar a moralidade, possibilitando a emergência do “eu emotivista”, estariam intimamente ligados a momentos cruciais da história da Filosofia. Como consequência, isso teria gerado o que denomina de “idiosincrasias do discurso moral contemporâneo cotidiano” (MacIntyre, 2001b, p. 73), que seria o discurso do “eu emotivista”.

MacIntyre (2001b, p. 74) observa que a unidade e a coerência da cultura iluminista do século XVIII, por vezes, são mal compreendidas, em grande parte porque se tende a interpretá-

la predominantemente como um fenômeno da história cultural francesa. Para ele, a França se destacava como uma das nações iluministas mais atrasadas em relação aos demais países europeus. Segundo o autor, faltavam aos franceses três elementos essenciais: (i) a existência de um contexto histórico protestante secularizado; (ii) uma classe culta capaz de unir servidores do governo, clero e pensadores leigos em um público comum; e (iii) um modelo de universidade semelhante ao das instituições de Königsberg e Glasgow.

Dessa forma, MacIntyre descreve os intelectuais franceses como intelectualmente sofisticados, mas socialmente alienados.¹⁰⁴ A primeira fase da Revolução Francesa seria, portanto, uma tentativa de incorporar, por meio de medidas políticas, os traços da cultura do norte europeu e, assim, superar o abismo existente entre as ideias francesas e a realidade social e política do país (MacIntyre, 2001b, p. 75).

O autor também aborda a “secularização da fé”, nomeadamente a protestante (MacIntyre, 2001b, p. 76). Tal processo de secularização deu origem a debates fundamentais sobre a justificação da fé e das crenças morais, criando um contexto intelectual no qual se tornava necessário repensar as bases racionais desses princípios. Como ilustração desse cenário, MacIntyre menciona que, durante o Iluminismo, o latim permaneceu como a segunda língua do aprendizado formal, evidenciando a persistência de tradições educacionais mesmo em meio a transformações culturais profundas.

MacIntyre explora a evolução histórica e o contexto etimológico do termo “moral”, indicando que somente a partir do século XVII tal conceito passou a ser utilizado para se referir a comportamentos de natureza sexual. Nesse sentido, o autor questiona como se tornou possível a associação entre “ser imoral” e “ser sexualmente indulgente”, ainda que como expressão idiomática específica (MacIntyre, 2001b, p. 77).

Também, o autor examina as tentativas de estabelecer uma justificativa racional para a moralidade durante o período compreendido entre 1630 e 1850.¹⁰⁵ Nesse contexto, observa que o termo “moralidade” passou a designar um campo específico no qual as normas de conduta, desvinculadas da Teologia, do Direito e da Estética, conquistaram um espaço próprio na cultura (MacIntyre, 2001b, p. 78). Foi somente no final do século XVII e ao longo do século XVIII que

¹⁰⁴ Neste ponto específico, há certa convergência entre MacIntyre e Burke quanto à crítica aos pensadores da Revolução Francesa. Burke (2015, p. 93), como visto, apontava a falta de experiência prática e o fato de serem apenas “apenas teóricos”. MacIntyre (2001b, p. 75), por sua vez, assim afirmou: “Os intelectuais franceses do século XVIII constituem uma *intelligentsia*, um grupo culto e, ao mesmo tempo, alienado”. Contudo, essa convergência pontual não deve ser interpretada para além disso. Como se verá adiante, a noção de tradição difere-se sobremaneira entre os autores, tanto que MacIntyre critica nominalmente Burke.

¹⁰⁵ MacIntyre não indica expressamente o porquê desse período. Como a passagem entre as eras não se dá de modo estanque, conjectura-se que tenha selecionado o período como exemplo do recorte influenciado pelo projeto iluminista e sua influência na conformação da linguagem moral contemporânea, que tanto critica.

a moralidade adquiriu uma identidade independente desses domínios, consolidando-se como uma área autônoma de reflexão e regulação de comportamentos. Esse período histórico foi caracterizado pela necessidade urgente de justificar racionalmente a moralidade, especialmente nas sociedades do norte da Europa, onde uma explicação racional separada da moralidade se tornou essencial.

MacIntyre argumenta que o insucesso desse projeto de autonomização moral constitui o pano de fundo histórico que torna compreensíveis os dilemas da cultura contemporânea (MacIntyre, 2001b, p. 78). O autor adota uma abordagem que entende o debate moral como um confronto entre premissas éticas irreconciliáveis, na qual o compromisso moral se configura como uma escolha entre valores conflitantes, sem que haja critérios racionais que possam justificá-la. Trata-se, assim, de um tipo de decisão moral para a qual não se pode oferecer justificativa objetiva, evidenciando a complexidade e a ambiguidade do discurso ético moderno (MacIntyre, 2001b, p. 78).

Essa arbitrariedade teria sido apresentada como descoberta filosófica em “Ou, ou”, de Kierkegaard,¹⁰⁶ em que se destacam o modelo de vida estético¹⁰⁷ e o ético. Não se trataria a obra, segundo MacIntyre, de uma opção entre o bem e o mal.

¹⁰⁶ Na obra “Ou, ou” (*Enten-Eller*), publicada em 1843, Kierkegaard, por meio do pseudônimo “esteta A”, aborda de forma detalhada e multifacetada o estágio estético da existência humana. Neste contexto, Kierkegaard explora diversas dimensões da vida do indivíduo voltado para a busca da beleza, abrangendo temas como amor, vontade, humor, sofrimento e potencialidade. Além disso, ele se debruça sobre questões como atratividade, pensamento e aquilo que denomina como recorrência constante. Um aspecto central na análise kierkegaardiana é a distinção entre alegria e felicidade. Para o esteta, a melancolia é uma condição contínua de vida, sendo apenas interrompida por momentos efêmeros de felicidade. A felicidade, por sua vez, associa-se à eternidade, manifestando-se de maneira plena na música e nas lembranças. Essa tensão revela a dualidade inerente ao estágio estético, em que a felicidade nunca é completamente experimentada, mas sempre se faz presente como um ideal inatingível. No que se refere ao riso, Kierkegaard o coloca como o ápice da experiência estética. Sob o pseudônimo estético, ele ironiza as convenções sociais e os valores burgueses, sugerindo que o riso seria um modo de libertar-se dessas amarras. A obra também aborda a oposição entre o visual imediato e o visual reflexivo. O esteta imediato vive no presente, buscando constantemente novas sensações. Já o esteta reflexivo, a exemplo de personagens como Don Juan e Fausto, incorpora a reflexão como elemento-chave em sua busca por prazer e significado. Outro tema central em “Ou, ou” é a questão da decisão, ou mais precisamente, a ausência dela. O esteta que vive sob o domínio da reflexão evita tomar decisões definitivas, preferindo manter suas opções em aberto. Tal atitude, segundo Kierkegaard, seria um mecanismo para evitar o arrependimento e preservar todas as possibilidades, o que resulta em uma existência paradoxal e sem progresso. O estágio estético, conforme descrito por Kierkegaard, é, portanto, caracterizado por uma alternância dinâmica e instável. O esteta está constantemente em movimento, mas sem jamais ancorar-se em um ponto fixo, similar às ondas que, embora agitadas, permanecem inalteradas em sua essência ao longo da costa. Essa imagem ilustra a natureza paradoxal da existência estética: eternamente em fluxo, mas incapaz de se concretizar ou se manifestar plenamente. Embora o paradoxo seja comumente associado à esfera religiosa, Kierkegaard demonstra que ele também está presente no âmbito estético, onde o amante da beleza busca a permanência no transitório e a plenitude na insatisfação contínua. Cf. Abe, 2021; Ferreira, 2008.

¹⁰⁷ Um esteta é alguém que valoriza e busca ativamente a beleza e a arte, muitas vezes colocando essas experiências estéticas acima de outras áreas da vida. A etimologia do termo vem do grego “*aisthesis*”, significando percepção ou sensação. Na filosofia, especialmente na escrita de Søren Kierkegaard, um esteta é alguém que se encontra na fase estética da existência. Nesse período, a ênfase está na busca contínua por prazer, novidades e vivências sensoriais, sem considerar questões éticas ou responsabilidades morais. A pessoa que aprecia a beleza costuma

A primeira característica de “Ou, ou” seria “[...] a ligação entre seu modo de apresentação e sua tese principal. É um livro no qual Kierkegaard usa diversas máscaras e, devido à sua numerosidade, inventa um novo gênero literário” (MacIntyre, 2001b, p. 79). Kierkegaard categoriza o “eu” em diversas máscaras, cada uma representando um “eu” independente e, conseqüentemente, originando um novo estilo literário, no qual o autor está mais presente de forma direta e íntima do que em formatos dramáticos usuais (MacIntyre, 2001b, p. 79). A intenção do autor, segundo interpretação de MacIntyre (2001b, p. 79), seria a de apresentar uma opção fundamental, “ele mesmo não sendo capaz de recomendar uma alternativa e não outra, porque nunca aparece como ele mesmo”.

MacIntyre (2001b, p. 81) afirma que a relação de Kierkegaard com “Ou, ou” é muito diferente da interpretação dada pelo próprio autor da obra posteriormente, “quando passou a interpretar os próprios escritos anteriores em termos de uma única vocação”.

A segunda característica de “Ou, ou” para MacIntyre seria a incompatibilidade entre seu conceito de escolha radical e seu conceito do ético, este apresentado como domínio em que os princípios têm autoridade sobre as pessoas. Kierkegaard indagaria, assim, de onde o ético extrai a autoridade. Em “Ou, ou” o ético deveria ser adotado sem razão alguma, e por uma opção que se encontra além da razão. Para MacIntyre, a ideia de autoridade e a ideia de razão não estão ligadas, pois seriam mutuamente excludentes (MacIntyre, 2001b, p. 83). MacIntyre vai dizer que o apelo à autoridade parece irracional. Nas palavras dele: “Contudo, esse conceito de autoridade excludente é, como já salientei, um conceito peculiar, se não exclusivo, da modernidade, elaborado numa cultura para a qual a ideia de autoridade é alheia e repugnante, portanto o apelo à autoridade parece irracional” (MacIntyre, 2001b, p. 84).

A terceira característica de “Ou, ou” seria o caráter conservador e tradicional da definição kierkegaardiana do ético (MacIntyre, 2001b, p. 84). Kierkegaard, segundo MacIntyre, combinaria a ideia de escolha radical com uma concepção inquestionável do ético. “O cumprir promessas, o falar a verdade e a bondade contidos nos princípios morais passíveis de universalização são compreendidos de maneira bem simples; o homem ético não tem muitas dificuldades de interpretação depois de fazer sua primeira escolha” (MacIntyre, 2001b, p. 84). Isso seria uma combinação contraditória de novidade e tradição.

não se comprometer totalmente, escolhendo manter todas as opções em aberto para desfrutar ao máximo das experiências e fugir do tédio. A busca incessante por vivências distintas pode resultar em sensações de vazio ou desespero, uma vez que a realização será sempre passageira e impossível de alcançar. Kierkegaard usa esse exemplo para ilustrar um modo de vida atraente, mas com restrições e que não é viável a longo prazo. Cf. Abe, 2021; Ferreira, 2008.

MacIntyre também declara que Kant pode ser compreendido como um precursor do pensamento de Kierkegaard (MacIntyre, 2001b, p. 31). Examinando as ideias do filósofo, MacIntyre procura destacar as fraquezas das regras morais de Kant, por irem contra o instinto de sobrevivência presente em todos os indivíduos. Ele, em seguida, declara que:

E muito fácil perceber que muitas máximas imorais e trivialmente amorais são justificadas pelo exame de Kant de forma bem convincente — em alguns casos de forma ainda mais convincente — do que as máximas morais que Kant pretende defender. Portanto, “cumpra todas as suas promessas durante a vida inteira, menos uma”, “persiga todos aqueles que professam falsas religiões” e “sempre coma mexilhões em todas as segundas-feiras de março” **passam no exame de Kant, pois todas podem ser universalizadas de forma coerente.** (MacIntyre, 2001b, p. 89, grifo nosso).

Tanto Kant quanto Kierkegaard, segundo MacIntyre (2001b, p. 90), concordariam com a ideia de moralidade, enquanto Kierkegaard acreditava que a tentativa de racionalizar a moralidade falhou, levando a uma escolha baseada em emoções (eu emotivista). Assim, a cultura prévia começou a perder suas bases lógicas e fundamentais. A Filosofia não conseguiu preservar sua natureza original ao não conseguir debater com a religião e justificar a moralidade, sendo atualmente considerada apenas como algo complementar e limitado ao meio acadêmico.

Mas por qual razão o Iluminismo teria falhado em sua tentativa de justificar a moralidade? MacIntyre diz que a razão pode residir em alguma característica da natureza humana, influenciada pelo emotivismo, já que os autores do período iluminista compartilhavam o objetivo de desenvolver argumentos sólidos que conseguissem ir das premissas sobre a natureza humana para as conclusões sobre a validade das normas e dos princípios morais (MacIntyre, 2001b, p. 99).

MacIntyre argumenta que a moralidade clássica, em sua versão teísta, teria uma finalidade dupla, ou seja, a dizer o que alguém deve fazer e, ainda, conduzir ao verdadeiro fim do homem. Esse esquema moral revelaria o divino e conduziria à racionalidade, segundo autores medievais. Com o protestantismo e o catolicismo jansenista do fim da Idade Média, esse esquema não se perpetuou. Neles, “a razão não fornece nenhuma compreensão genuína do verdadeiro fim do homem” (MacIntyre, 2001b, p. 101).

Na sequência, os filósofos morais do século XVIII teriam se empenhado em projeto não exitoso, uma vez que tentaram “descobrir uma base racional para suas crenças morais num entendimento particular da natureza humana, tendo herdado um conjunto de mandados morais e um conceito de natureza humana que foram expressamente criados para serem discordantes um do outro” (MacIntyre, 2001b, p. 102), em uma herança de fragmentos incoerentes “de

pensamentos e ações que um dia foi coerente e, já que não reconheceram sua própria situação histórica e cultural, não podiam reconhecer o caráter impossível e quixotesco da tarefa que se auto-atribuíram” (MacIntyre, 2001b, p. 104). Disso, conclui que os enunciados morais foram construídos em determinado contexto, sendo dele dependentes.

O fracasso do projeto iluminista teria ocasionado, assim, os problemas da teoria moral moderna. De um lado, havia o agente moral, agora soberano em sua autoridade, e, de outro, as regras de caráter moral, que necessitavam de um novo *status*, pois não podiam mais ser concebidas como expressão da lei divina (MacIntyre, 2001b, p. 115). Dessa desordem entre o agente moral e as regras de caráter moral resultariam as tentativas frustradas de Kant e do utilitarismo.¹⁰⁸

Assim, tanto o utilitarismo quanto a retomada do pensamento de Kant utilizariam ficções morais que não podem ser medidas, em uma falsa racionalidade que esconderia a arbitrariedade da vontade e do poder. A teoria emotivista, presente nas expressões e comportamentos morais, devido à adoção de histórias morais fictícias, leva à ideia de que outras narrativas morais estão presentes nas declarações de eficácia (MacIntyre, 2001b, p. 138-140) realizada pelo personagem central da Era Moderna – o gestor burocrático. Nesse cenário, seria necessário primeiro estudar a noção de “fato” antes de analisar se o administrador contemporâneo detém alguma forma de sabedoria que justifique o seu poder.

Na análise do conceito de fato, afirma MacIntyre (2001b, p. 142) que “Um mundo de texturas, formas, cheiros, sensações, sons e nada mais não suscita dúvidas e não oferece base para quaisquer respostas”. Para o autor, o conceito empirista da experiência funcionaria como uma “panaceia para as crises epistemológicas do século XVIII” (MacIntyre, 2001b, p. 142), ou seja, o autor direciona a crítica ao conceito empirista de experiência. Para ele, “pelo menos no século XVIII, a ideia de uma ciência mecanicista do homem permaneceu como programa e profecia. Mas as profecias dessa área podem ser traduzidas, *não* em realizações verdadeiras,

¹⁰⁸ Quanto ao utilitarismo, o autor critica o pensamento de Jeremy Bentham para, ao chegar à reformulação proposta por John Stuart Mill, afirmar que o que este alcançou foi identificar “a origem psicológica da moralidade”, o que teria levado ao fracasso do benthamismo (MacIntyre, 2001b, p. 117), pois não haveria uma noção unitária e simples de felicidade humana. MacIntyre (2001b, p. 118) denomina esse contradição de “caráter polimorfo do prazer e da felicidade”. Já quanto à influência do pensamento kantiano, o autor afirma que “os filósofos analíticos preocupados principalmente com questões de significado porque é evidente que o raciocínio moral acontece, que não raro é possível chegar a conclusões válidas a partir de conjuntos de premissas”, teriam feito reaparecer o sentido de que a autoridade e a objetividade das normas morais pertenceriam ao exercício da razão (MacIntyre, 2001b, p. 121). Citando Gewirth, o autor afirma que as formas de comportamento humano “que pressupõem noções de atribuição de direito que tenham algum fundamento, como a noção de um direito, sempre têm um caráter bem específico e socialmente local, e que a existência de determinados tipos de instituição ou prática social é condição necessária” (MacIntyre, 2001b, p. 124) para inteligibilidade do comportamento humano.

mas num desempenho social que se disfarça de tal realização” (MacIntyre, 2001b, p. 151, grifo do autor).

Na essência, segundo MacIntyre (2001b, p. 142), o termo experiência teria sido distorcido no empirismo moderno, pois seu sentido mais remoto liga-se ao ato de se por algo à prova, não ao que convencionalmente se alinhou como sendo uma espécie de envolvimento em algum tipo de atividade – nisso estaria a distinção entre o aparente e o factual. Entre as observações, MacIntyre (2001b, p. 144) aduz que as hipóteses podem ser postas à prova por meio da observação, mas a própria observação sempre pode ser questionada. Para o autor, a transição dos séculos XVII e XVIII (e logo, o Iluminismo) foi marcada pela negativa dos aspectos aristotélicos da visão de mundo, comparando fato e experiência. Essa visão deturpada da experiência, encarada sob o ponto de vista da competência administrativa, teria duas faces muito claras: **“a aspiração a valorizar a neutralidade e a reivindicação do poder manipulador”** (MacIntyre, 2001b, p. 153, grifo nosso).¹⁰⁹ A competência administrativa, para ser validada, exige “[...] uma concepção justificada das ciências sociais como portadora de um estoque de generalizações legiformes com forte poder de previsão” (MacIntyre, 2001b, p. 155). O autor quer, com isso, exemplificar a impossibilidade de descoberta de lei capaz de reger o comportamento humano.

Haveria, pois, um processo engendrado de modo a perpetuar o modelo empirista (e mecanicista) no Estado e na iniciativa privada. Dessa forma, para sustentação do modelo burocrático-empirista de competência administrativa, seria necessário confiar na suposta habilidade das ciências sociais em produzir descobertas que sejam generalizáveis e possam prever os resultados das políticas e do comportamento humano, para que os cientistas sociais fossem contratados. Afirma o autor: “A maioria dos sociólogos e dos cientistas políticos, porém, não mantêm registros sistemáticos de suas previsões, e os futurólogos que divulgam previsões generosamente quase nunca, ou nunca, advertem acerca de seus fracassos mais tarde” (MacIntyre, 2001b, p. 157).

As ciências sociais, segundo afirma o autor, valem-se de generalizações, mas que se confrontadas com contraexemplos, são enfatizadas (e não descartadas), em sentido oposto ao que aconteceria nas generalizações na Física e Química, por exemplo (MacIntyre, 2001b, p. 159). Acerca desse ponto controvertido, o autor pondera que as ciências sociais não procuraram esclarecer seus antecedentes filosóficos. Por essa razão, afirma que os séculos XVIII e XIX

¹⁰⁹ É nesse ponto que o autor começa a se inclinar de modo mais enfático a Aristóteles. O pensamento do estagirita não concebe a comparação entre a esfera da moralidade e a esfera das ciências humanas, por não conceber, também, a distinção entre fato e valor.

seriam, na verdade, um certo “tipo incomum de trevas” (MacIntyre, 2001b, p. 161). Nesse ponto, MacIntyre menciona Maquiavel e o conceito de “fortuna” (curso aleatório dos acontecimentos) desse pensador.

MacIntyre afirma que não se pode prever atos futuros enquanto dependerem de decisões ainda não tomadas, o que reforça o caráter de imprevisibilidade. Aliás, o autor faz uma enfática crítica à imprevisibilidade, o que se aplica às ações dos personagens da cena emotivista da modernidade. A imprevisibilidade importaria em uma impossibilidade de explicação. Por essa razão, não se pode prever inovação conceitual radical ante a imprevisibilidade permanente da vida humana.

Feitas essas considerações, o autor afirma: “Fica imediatamente claro que muitas das principais características da vida humana provêm das maneiras singulares de entrelaçamento de previsibilidade e imprevisibilidade” (MacIntyre, 2001b, p. 180). E complementa:

Estamos, então, envolvidos num mundo onde estamos, simultaneamente, tentando tornar a sociedade previsível e a nós mesmos imprevisíveis, criar generalizações que aprendam o comportamento alheio e façam com que o nosso comportamento assuma formas que evitem as generalizações criadas pelos outros (MacIntyre, 2001b, p. 181).

MacIntyre (2001b, p. 182) denuncia, assim, as características das generalizações dos cientistas sociais empíricos relatam ter descoberto, por não haver forma nelas.

O autor põe-se, na sequência, a desnudar o que afirma estar oculto. E inicia tomando como exemplo a raiz do termo polinésio *taboo*, ou seja, algo proibido, mas que reúne em si um motivo especial para essa proibição. MacIntyre (2001b, p. 195) afirma que “[...] não há como entender o caráter das leis proibitivas, a não ser como remanescente de algum elaborado ambiente cultural anterior”. Ou seja, a investigação exige, necessariamente, uma teoria com base em regresso histórico.

O autor, então, segue a questionar a base da moralidade. Para ele, Nietzsche foi quem trouxe contribuições históricas claras para expressar os apelos da modernidade à vontade subjetiva (MacIntyre, 2001b, p. 196). Ou seja, segundo MacIntyre, com fundamento em Nietzsche, “se a moralidade não for nada mais que expressões da vontade, minha moralidade só pode ser o que minha vontade criar” (MacIntyre, 2001b, p. 197). Não haveria, pois, lugar para ficções como direitos naturais, utilidade, maior felicidade, entre outros. Tudo seria uma ficção: “O racional e o racionalmente justificado sujeito autônomo do século XVIII é uma ficção, uma ilusão” (MacIntyre, 2001b, p. 197).

Contudo, o desfecho em Nietzsche, segundo MacIntyre, não é de todo favorável. Nesse ponto, MacIntyre busca Aristóteles.

Num sentido muito mais forte, a filosofia moral de Nietzsche se contrapõe especificamente à de Aristóteles devido ao papel histórico de cada um dos dois. Como argumentei anteriormente, foi devido ao fato de uma tradição moral, da qual o pensamento de Aristóteles foi o principal núcleo intelectual, ter sido repudiada durante as transições entre os séculos XV e XVII, que foi preciso empreender o projeto do Iluminismo de descobrir novos fundamentos racionais seculares para a moralidade (MacIntyre, 2001b, p. 202-203).

O autor, prosseguindo, afirma que o aristotelismo seria a mais poderosa modalidade pré-moderna de pensamento moral (MacIntyre, 2001b, p. 204). Entretanto, confronta o diagnóstico nietzscheano (colapso do projeto iluminista) e o aristotelismo (o Iluminismo jamais deveria ter se iniciado). Para MacIntyre (2001b, p. 206), “na perspectiva moderna, a justificação das virtudes depende de uma justificação anterior das normas e dos princípios”, o que faz aproximar Nietzsche e Aristóteles. Dessa afirmação o autor conclui pela necessidade de recuperar a Filosofia Moral em Aristóteles, não entendida a partir dos seus textos, mas como tentativa de reproduzir o que já havia sido escrito antes ou como influência para o posterior, o que favoreceria a compreensão e a decisão entre Nietzsche e o estagirita.¹¹⁰

Na sequência, MacIntyre (2001b, p. 212) busca revelar como o conceito de virtude (*aretê*) liga o “conceito de coragem e suas virtudes aliadas, por um lado, e os conceitos de amizade, destino e morte, por outro”. MacIntyre afirma, em claro silogismo, que ser corajoso é ser alguém em quem se pode confiar; logo, a coragem é parte da amizade. A amizade, por sua vez, inspira-se nos laços de parentesco. O autor, ainda, liga amizade à fidelidade.

Remontando ao período anterior a Aristóteles, MacIntyre conclui que, nas sociedades heroicas, moralidade e estrutura social se confundem. Assim, “as questões normativas são questões de fato social” (MacIntyre, 2001b, p. 213). Por esse motivo, Homero sempre se refere ao conhecimento sobre o que fazer e como julgar. Nas sociedades homéricas, é fundamental saber qual é o lugar de cada indivíduo na ordem social, pois isso define sua identidade ou, na ausência de tal reconhecimento, nega sua própria humanidade. MacIntyre (2001b, p. 216) ainda afirma que “[...] o épico e a saga expressam [...] uma sociedade que já contém em si a forma do épico ou da saga”. Haveria, por isso, uma diferença substancial entre o “eu emotivista” da modernidade e o “eu” da era heroica. O “eu emotivista” encampa a noção de ver e julgar a partir de um ponto de vista externo, o que no “eu heroico” não se observa, pois o externo é sempre o estranho (MacIntyre, 2001b, p. 217). Não há uma aspiração de universalidade no “eu heroico”, o que exige não só um tipo de ser humano como um tipo de estrutura social.

Segundo MacIntyre, seria necessário aprender duas coisas com as sociedades heroicas:

¹¹⁰ Segundo bem explica Vitor Luiz Viana Figueiredo (2022, p. 58), “A proposta de MacIntyre não é, claramente, de retornar a Aristóteles tal como é encontrado em seus textos básicos, de fixar-se em uma discussão meramente textual, mas de repensar a filosofia aristotélica segundo as exigências da modernidade”.

[...] primeiro, que toda moralidade está sempre, até certo grau, amarrada ao socialmente local e particular, e que as aspirações da moralidade da modernidade à universalidade liberta de toda particularidade é uma ilusão; e, em segundo lugar, que não há como possuir virtudes, **a não ser como parte de uma tradição na qual as herdamos, e nosso entendimento delas, a partir de uma série de predecessores na qual as sociedades heroicas estão situadas em primeiro lugar na série** (MacIntyre, 2001b, p. 218, grifo nosso).

Logo, há que se frisar que, em MacIntyre, a memória histórica tem componente relevante, o que remonta, inclusive, às virtudes heroicas – para compreensão da contemporaneidade da ordem moral das sociedades clássicas.¹¹¹ Sustenta, desse modo, o autor: “A compreensão das sociedades heroicas – tenham existido ou não – é, assim, parte necessária da compreensão das sociedades clássicas e de suas sucessoras” (MacIntyre, 2001b, p. 210). A sociedade homérica, por exemplo, teria adotado um modelo de indivíduo com papel e *status* bem determinados, o que poderia ser encontrado em outras sociedades. Destaque, nessas sociedades, as estruturas de parentesco e do lar. “Na sociedade heroica, um homem é o que ele faz” (MacIntyre, 2001b, p. 211). O julgamento dos seus atos (virtudes e vícios), portanto, é uma marca: “[...] as virtudes são as qualidades que sustentam o homem livre em seu papel e que se manifesta nos atos que seu papel exige” (MacIntyre, 2001b, p. 211).

Ao tentar reconstruir a transição da sociedade heroica para o período clássico (e as virtudes nesse período), o autor então destaca que, para se admitir a diferença no conceito das virtudes, importa considerar que a comunidade moral “não é mais o grupo de parentes, mas a cidade-estado, e não apenas a cidade-estado em geral, mas a democracia ateniense em especial” (MacIntyre, 2001b, p. 227). Haveria, segundo aponta o autor, um lugar das virtudes no contexto social da cidade-estado. Todas elas eram exercidas na pólis.

MacIntyre (2001b, p. 249), então, reafirma o lugar de destaque à exposição das virtudes aristotélicas, sendo o estagirita, para ele, o representante de uma longa tradição. Aristóteles reconhecia o pensamento dos seus antecessores. Mas tratar Aristóteles como parte de uma tradição é “fazer algo não exatamente aristotélico” (MacIntyre, 2001b, p. 249). Seguindo, explica: “Assim, a ideia de uma tradição expressa uma teoria do conhecimento bem anti-aristotélica, segundo a qual cada teoria ou conjunto de crenças morais ou científicas só é inteligível e justificável – contanto que seja justificável – como membro de uma série histórica (MacIntyre, 2001b, p. 250). E prossegue: “A importância de Aristóteles, portanto, só pode ser especificada segundo um tipo de tradição cuja existência ele mesmo não reconheceu, e não poderia ter reconhecido” (MacIntyre, 2001b, p. 250).

¹¹¹ MacIntyre (2001b, p. 225) afirma que bastava às sociedades clássicas e cristãs a crença sobre a existência das sociedades heroicas (e não a própria existência).

Ou seja, MacIntyre destaca a importância das virtudes aristotélicas, reconhecendo Aristóteles como representante de uma longa tradição de pensamento moral. Aristóteles, segundo MacIntyre (2001b, p. 249-251), em sua época, via a sua própria teoria como uma correção ou superação das ideias anteriores.

Há, portanto, um paradoxo: a significativa contribuição de Aristóteles à tradição moral e filosófica só pode ser plenamente reconhecida em um tipo de tradição que ele mesmo não poderia ter concebido, uma tradição que valoriza o desenvolvimento histórico e a continuidade do pensamento filosófico. Em uma tradição viva do pensamento, como se verá adiante, o passado não é simplesmente descartado; ao contrário, é constantemente revisado e reavaliado pelo presente, e até mesmo pelo futuro. Essa abordagem não linear e mais integrativa sugere que as teorias, normas e crenças são mais bem compreendidas e justificadas quando vistas como parte de uma sequência histórica contínua, em que não necessariamente a teoria mais recente é superior à anterior.

No entanto, MacIntyre (2001b, p. 251) credits a Aristóteles a teoria das virtudes que constitui a tradição clássica como pensamento moral, “estabelecendo com firmeza uma grande parte do que seus antecessores poéticos só conseguiram afirmar ou insinuar, e transformando a tradição clássica em tradição racional”.

Em *Ética a Nicômaco*, o uso da primeira pessoa do plural em algumas frases representaria “a voz racional dos melhores cidadãos da melhor cidade-estado, pois afirma que a cidade-estado é a única forma política na qual as virtudes da vida humana podem ser genuína e totalmente expostas” (MacIntyre, 2001b, p. 252). Está aí o sentido de pertencimento à pólis grega. E conclui: “Assim, a teoria filosófica das virtudes é uma teoria cujo objeto é aquela teoria pré-filosófica já implícita no melhor exercício das virtudes, e por elas pressuposto” (MacIntyre, 2001b, p. 252).

O empenho de Aristóteles está, portanto, em elaborar uma teoria do bem que a um só tempo é local e particular (já que definida a partir das características da pólis), e ainda, cósmica e universal. E as virtudes são qualidades que permitem ao indivíduo alcançar a *eudaimonia*. Por essas razões, MacIntyre (2001b, p. 254) sustenta que, na estrutura aristotélica, “a afirmação de que pode haver algum meio de alcançar o bem para o homem sem o exercício das virtudes não faz sentido”.

Segundo o autor, “As virtudes são disposições não só de agir de determinadas maneiras, mas também de pensar de determinadas maneiras” (MacIntyre, 2001b, p. 255), sendo a principal virtude a *phronesis*. Inteligência e excelência de caráter não podem se separar. “Assim, segundo Kant, é possível ser bom e burro; mas, para Aristóteles, certo tipo de burrice

exclui a bondade” (MacIntyre, 2001b, p. 263), o que é um problema, pois a prática e a teoria sociais modernas seguem Kant, não Aristóteles.

Haveria, então, ao menos três conceitos de virtude distintos: *(i)* a virtude como qualidade que capacita o indivíduo para seu papel social (Homero); *(ii)* a virtude como qualidade que capacita o indivíduo a se dirigir à conquista do *telos* especificamente humano (Aristóteles, Novo Testamento e Tomás de Aquino); e *(iii)* a virtude como qualidade que tem utilidade para se alcançar o êxito secular e celestial (MacIntyre, 2001b, p. 312).

O autor então agrega à sua análise um conceito de “prática”, o de

[...] qualquer forma coerente e complexa de atividade humana cooperativa, socialmente estabelecida, por meio da qual os bens internos a essa forma de atividade são realizados durante a tentativa de alcançar os padrões de excelência apropriados para tal forma de atividade, e parcialmente dela definidores, tendo como consequência a ampliação sistemática dos poderes humanos para alcançar tal excelência, e dos conceitos humanos dos fins e dos bens envolvidos (MacIntyre, 2001b, p. 316).

A prática importaria, desse modo, padrões de excelência e obediência a normas, o que se verá adiante. Importa, agora, compreender o papel dos conflitos e o sentido de tradição no pensamento de MacIntyre.

4.1.3 Tradição viva, dinâmica dos conflitos e virtudes

Ainda quanto à teoria aristotélica das virtudes, MacIntyre destaca que essa deixou de considerar a noção de conflitos, tanto no que se refere à pólis, quanto ao agente individual. Assim, as tentativas contemporâneas de consideração da vida como um todo encontram obstáculos de natureza social (divisão da vida em segmentos) e filosófica (tendência de atomizar os atos da vida humana). Além das concepções anteriores desenvolvidas pelo autor, esse ponto será de especial relevância para o desenrolar da presente tese.

Situando a unidade humana, o autor faz uso da palavra “cenário” em um sentido abrangente, podendo ser caracterizado como uma instituição, uma prática ou “um meio de algum outro tipo humano” (MacIntyre, 2001b, p. 247) – o contexto jurisdicional, acresça-se, por exemplo –, ou seja, diferentes contextos sociais. Esse cenário é carregado de histórias, que o compõem e fazem dele compreensível. É essencial, portanto, que o cenário tenha uma história própria, particularizada, pois sua relevância advém das histórias individuais dos agentes e que precisam ser compreendidas nesse contexto. Desconsiderar o cenário e suas mudanças ao longo do tempo importaria na desconsideração da história e evolução do indivíduo.

Nesse cenário, toma lugar importante as intenções dos indivíduos, sejam elas de curto ou longo prazo. Dessa afirmação, deflui outra conclusão de MacIntyre (2001b, p. 348): “Se quisermos ligar determinado segmento do comportamento de maneira precisa às intenções do agente [...], teremos de entender de maneira precisa como uma série de caracterizações corretas do comportamento do agente se inter-relacionam”. MacIntyre demonstra, então, de modo muito enfático, a preocupação em descobrir a intenção (ou intenções) fundamental (fundamentais) do agente, suas crenças e intenções, para só aí poder compreender, de fato, o comportamento. Assim:

[...] seres humanos podem ser considerados responsáveis por aquilo e que são autores; outros seres não podem. Identificar uma ocorrência como uma ação é, nos exemplos paradigmáticos, identificá-la com um tipo de descrição que nos permita ver tal ocorrência como fluindo **inteligivelmente** de intenções, motivações, paixões e propósitos de um agente humano (MacIntyre, 2001b, p. 352, grifo nosso).

Ainda sobre a inteligibilidade, o autor afirma:

Agora preciso salientar que o que o agente é capaz de dizer e fazer de maneira inteligível enquanto ator recebe profundas influências do fato de não sermos nunca nada mais (e às vezes menos) que co-autores das nossas próprias narrativas. **Só na fantasia vivemos as histórias que nos agradam** (MacIntyre, 2001b, p. 359, grifo nosso).

Desse modo, MacIntyre (2001b, p. 363) chega à conclusão de que o homem, em suas práticas, ações ou ficções, é um animal contador de histórias. E o ponto central dessa tese formulada pelo autor não está na autoria, mas de qual ou quais histórias os indivíduos fazem parte, quais papéis exercem nesse cenário. É por essa razão que afirma: “Ser o sujeito de uma narrativa que vai do nascimento à morte é, comentei anteriormente, **ser responsável pelos atos e experiências que compõem uma vida narrável**” (MacIntyre, 2001b, p. 365, grifo nosso), mas, também, poder questionar se as pessoas fazem parte da história individual da mesma forma que o indivíduo faz parte da delas.

MacIntyre (2001b, p. 367) então conclui que qualquer tentativa de esclarecer o sentido de identidade pessoal sem considerar as noções de narrativa, inteligibilidade e responsabilidade estão fadadas ao fracasso.¹¹² Ou seja, compreender e estudar o comportamento de forma isolada, sem referências às intenções e crenças, seria inadequado.

¹¹² Não quer dizer, com isso, que “[...] os conceitos de narrativa, de inteligibilidade, ou de responsabilidade sejam *mais* fundamentais do que os de identidade pessoal. Os conceitos de narrativa, inteligibilidade e responsabilidade pressupõem a possibilidade de aplicação do conceito de identidade pessoal, assim como este pressupõe a possibilidade de aplicação deles e também como, de fato, cada um dos três pressupõe a possibilidade de aplicação dos outros dois” (MacIntyre, 2001b, p. 367).

A unidade da vida individual, assim, expressa a unidade de uma narrativa a ser buscada. Daí o autor expõe o seguinte questionamento: “[...] os únicos critérios de êxito ou fracasso em uma vida humana como um todo são os critérios de êxito ou fracasso numa busca narrada ou ser narrada. Uma busca pelo quê?” (MacIntyre, 2001b, p. 368).

A unidade da vida individual, para MacIntyre, é comparada a uma narrativa única, compreendida como uma história contínua, com começo, meio e fim. Disso, interrogar “O que é bom para mim?” equivale a entender como viver melhor essa narrativa de vida. Por sua vez, perguntar “O que é bom para o homem?” é tentar identificar o que todas as respostas à pergunta anterior têm em comum. E é a formulação e a tentativa de responder a essas perguntas o que dá unidade à vida moral de uma pessoa, pois a vida humana deve ser vista como uma busca por narrativa, em que o sucesso ou fracasso é medido pela capacidade de contar ou viver essa narrativa (MacIntyre, 2001b, p. 367-368).

Essa busca liga-se ao conceito de virtude no pensamento do autor, ou seja, as disposições que ajudam a pessoa a atingir não apenas os bens internos às práticas, mas sustentar a busca pelo bem maior. Nas palavras do autor:

As virtudes, portanto, devem ser compreendidas como as disposições que, além de nos sustentar e capacitar para alcançar os bens internos às práticas, também nos sustentam no devido tipo de busca pelo bem, capacitando-nos a superar os males, os riscos, as tentações e as tensões com que nos deparamos, e que nos fornecerão um autoconhecimento cada vez maior, bem como um conhecimento do bem cada vez maior (MacIntyre, 2001b, p. 368).

A essa altura, MacIntyre chega ao que denomina de conclusão provisória sobre a vida virtuosa para o homem: “a vida virtuosa para o homem é a vida passada na procura da vida boa para o homem, e as virtudes necessárias para a procura são as que nos capacitam a entender o que mais e mais é a vida boa para o homem” (MacIntyre, 2001b, p. 369).

Mas é necessário avançar um pouco mais no pensamento do autor. Isso porque, na sequência, ele apresenta importantes considerações sobre identidade, comunidade (inclusive uma crítica ao individualismo moderno), a visão narrativa do “eu” e, por fim, sobre tradições.

Para MacIntyre (2001b, p. 369-370), a identidade de uma pessoa não pode ser entendida isoladamente, pois está intrinsecamente ligada às circunstâncias sociais e papéis herdados, como ser membro de uma família, cidadão de um país ou parte de uma comunidade. Logo, o que é considerado bom para uma pessoa está relacionado aos papéis sociais que ela desempenha. O individualismo moderno sugere ser possível a cada um escolher a identidade e se desvincular das responsabilidades herdadas. Exemplos incluem negar responsabilidade por ações históricas de um país ou família. Essa visão contrasta com a concepção de que a

identidade é formada pela história e, também, pela comunidade (MacIntyre, 2001b, p. 370-371).

Contudo, a visão do “eu” deve ser vista e compreendida como parte de uma narrativa mais ampla, que inclui a história das comunidades de onde ele provém. Tentar se afastar ou se isolar dessa história equivaleria a deformar os relacionamentos presentes e ignorar a conexão entre identidade histórica e social. A busca pelo bem deve começar nas particularidades das comunidades, mas não deve, também, se limitar a elas. As virtudes sustentam os relacionamentos necessários às práticas e conectam o passado, o presente e o futuro. É por essa razão que MacIntyre (2001b, p. 372, grifo nosso) afirma: “Descubro que faço parte de uma história e isso é o mesmo que dizer, em geral, quer eu goste ou não, quer eu reconheça ou não, **que sou um dos portadores de uma tradição**”. Segundo ele, uma tradição é uma argumentação que evolui com o tempo, em que acordos fundamentais são debatidos em conflitos externos e internos, moldando o significado e a razão dessa tradição ao longo do tempo (MacIntyre, 1991, p. 23).

Essas afirmações se conectam de modo muito claro à reconfiguração que MacIntyre (2001b, p. 372) procura estabelecer ao termo “tradição”. Haveria, segundo o autor, um engano consubstanciado “pelos usos ideológicos” que os teóricos políticos ditos conservadores – e os seguidores de Edmund Burke seriam alguns deles – preconizam sobre o conceito de tradição, ao contrastarem esta com a razão e a estabilidade com o conflito.

Ambos os contrastes confundem, pois todo raciocínio acontece dentro do contexto de algum modo de pensamento tradicional, transcendendo, por intermédio da crítica e da invenção, as limitações do que até então se pensava dentro daquela tradição; isso é tão verdadeiro com relação à física moderna quanto com relação à lógica medieval. Ademais, quando uma tradição está em ordem, é sempre parcialmente constituída por uma argumentação sobre os bens cuja procura dá a essa tradição seu próprio sentido e finalidade (MacIntyre, 2001b, p. 372).

Quer com isso dizer que, quando uma instituição “é portadora de uma tradição de prática ou práticas, sua vida comum será parcialmente, **porém de maneira importantíssima, constituída por uma argumentação contínua sobre o que é e deve ser [...]**” (MacIntyre, 2001b, p. 373, grifo nosso). Para MacIntyre, as tradições, “quando vivas, contêm continuidade de conflitos. De fato, **quando a tradição se torna burkeana, está sempre morrendo ou já morreu**” (MacIntyre, 2001b, p. 372, grifo nosso). A dinâmica interna de uma tradição é o que a constitui, ou seja, sua habilidade de interagir com interlocutores internos e externos para identificar e resolver os conflitos que surgem. Os conflitos, ao invés de serem algo negativo, impulsionam o progresso da tradição. As tradições em estado de deterioração são aquelas que

não conseguem resolver os conflitos apresentados ou identificar as dificuldades a serem superadas.

A afirmação é um baque nas concepções burkeanas, haja vista que o político irlandês se opunha, por exemplo, ao modelo de revolta (para ele, o adequado seria a reforma, tal como já explanado). Ou seja, a concepção de tradição de MacIntyre integra ao seu conceito os conflitos, o que seria inimaginável (aos olhos dos seguidores de Burke). Como conclusão, MacIntyre (2001b, p. 373) afirma que o resultado “[...] foi que os conservadores modernos estão, em sua maioria, empenhados na conservação das versões mais antigas, e não das mais recentes, do individualismo liberal”. E assim, conclui: “Uma tradição viva é, então, uma argumentação que se estende na história e é socialmente incorporada, e é uma argumentação, em parte, exatamente sobre os bens que constituem tal tradição” (MacIntyre, 2001b, p. 273).

Todas essas considerações são importantes porque a narrativa e a história das práticas da contemporaneidade estariam, segundo aponta o autor, inseridas em uma história longa e ampla da tradição. Nesse conceito de tradição viva, “[...] exatamente porque prosseguem uma narrativa ainda não concluída, deparam-se com um futuro cujo caráter determinado e determinável, contanto que possua algum, provém do passado” (MacIntyre, 2001b, p. 375). Logo, “pensar na vida humana como uma unidade narrativa é pensar de um jeito estranho às modalidades individualistas e burocráticas predominantes na cultura moderna” (MacIntyre, 2001b, p. 380). E, assim, conectando ao sentido de virtude, afirma:

As virtudes encontram sentido e finalidade não só no sustento dos relacionamentos necessários para que se alcance a variedade de bens internos às práticas, e não só no sustento da forma de uma vida individual em que cada indivíduo pode procurar seu próprio bem como o bem de sua vida inteira, mas também no sustento das tradições que proporcionam tanto às práticas quanto às vidas o seu necessário contexto histórico. **A falta de justiça, a falta de sinceridade, a falta de coragem, a falta das virtudes intelectuais correspondentes – isto tudo corrompe tradições, da mesma forma que corrompe instituições e práticas cuja vida provém de tradições das quais elas são a encarnação contemporânea** (MacIntyre, 2001b, p. 374, grifo nosso).

O autor menciona que a predominância dos personagens emotivistas da modernidade, bem como a expulsão do conceito de narrativo da unidade da vida humana e de prática se devem ao domínio dos mercados, das burocracias sobre os indivíduos, “[...] eles mesmos, às vezes, vistos como seres independentes, racionais, administrando a si mesmo sua perspectiva moral, e, às vezes, como produtos alienados das circunstâncias, cuja felicidade deve ser inventada para eles” (MacIntyre, 2001b, p. 382).

Seria claro, assim, tanto na vida cotidiana como na Filosofia Moral, que as ideologias aristotélica ou cristã foram substituídas por virtudes concebidas segundo as paixões (MacIntyre,

2001b, p. 395). A virtude é assim um conceito periférico para a moralidade da sociedade e, também, para o filósofo moral. A vinculação do conceito de virtude e de tradição é evidente em MacIntyre; uma vinculação ao ambiente moral e cultural restritos. E na contemporaneidade, as virtudes clássicas e medievais foram substituídas por versões frágeis, o que se ajusta ao sentido de deterioração da linguagem moral que o autor denuncia em sua obra.

Outro ponto que MacIntyre desenvolve – derivando-se da noção de tradição viva – é a estrutura social dos conflitos. Para ele, em lugar algum o desacordo sobre certas normas dispostas nas virtudes se torna tão evidente quanto na justiça, ensejando controvérsias fundamentais que não podem ser racionalmente resolvidas. **“É neste ponto que a filosofia moral analítica recente faz declarações importantes, pois pretende oferecer princípios racionais aos quais as partes em litúgio com interesses em conflito possam apelar”** (MacIntyre, 2001b, p. 413, grifo nosso).

Citando John Rawls e Robert Nozick, MacIntyre (2001b, p. 415) afirma que as teorias de ambos não carecem de coerência da estrutura interna dos seus argumentos. Ambos também não fazem menção ao mérito ou qualquer tipo de posição sobre justiça ou injustiça (Nozick seria até menos explícito quanto ao mérito, se comparado a Rawls). Estaria claro, segundo afirma, “[...] que, tanto para Nozick quanto para Rawls, uma sociedade é composta de indivíduos, cada um com seus próprios interesses, que precisam, então, reunir-se e formular normas de vida em comum” (MacIntyre, 2001b, p. 419). Haveria, pois, uma predominância dos indivíduos sobre a sociedade, “e a identificação dos interesses individuais antecede a criação de quaisquer laços morais ou sociais entre eles, e também é independente dessa criação” (MacIntyre, 2001b, p. 419).

Assim, Rawls e Nozick expressam com muita força uma opinião em comum que pretende entrar na vida social como – pelo menos idealmente – o ato voluntário de indivíduos pelo menos potencialmente racionais com interesses anteriores que têm de perguntar: “Que tipo de contrato social com as outras pessoas me é razoável fazer?” (MacIntyre, 2001b, p. 420).

Essas afirmações excluem qualquer explicação da comunidade humana e, por conseguinte, a base sobre mérito, justiça ou injustiça. Não há como esperar, portanto, que a sociedade alcance algum consenso moral. MacIntyre então afirma que “Concepções de justiça e a fidelidade a tais concepções são parcialmente constitutivos [*sic*] da vida dos grupos sociais, e os interesses econômicos, não raro, são definidos, em parte, em termos de tais conceitos, e não vice-versa” (MacIntyre, 2001b, p. 423). O conflito, e não o consenso, estaria na estrutura social moderna.

Citando o Caso Bakke da Suprema Corte dos Estados Unidos da América,¹¹³ MacIntyre (2001b, p. 424-425) afirma que nele, a Corte não invocou princípios morais compartilhados, “pois a nossa sociedade, em sua totalidade, não tem nenhum” – a política moderna não seria, então, uma questão de consenso moral. E complementa: “A natureza de qualquer sociedade, portanto, não deve ser decifrada baseando-se somente em suas leis, mas também naquelas entendidas como índice de seus conflitos. O que nossas leis mostram é a que extensão e grau é preciso reprimir o conflito” (MacIntyre, 2001b, p. 425). Caberia à Suprema Corte, no seu entender, “[...] manter a paz entre grupos sociais rivais que aderem a princípios rivais e incompatíveis de justiça, exibindo uma equidade que consiste em imparcialidade em suas adjudicações” (MacIntyre, 2001b, p. 424).

MacIntyre, por fim, enfatiza que a tradição das virtudes é incompatível com características fundamentais da ordem econômica moderna e isso envolve uma rejeição da ordem política (também moderna). Além de o governo simplesmente lidar com a injustiça e o sofrimento injustificado, é preciso avaliar os méritos próprios de cada uma das tarefas e responsabilidades governamentais, fazendo prevalecer a lealdade à tradição das virtudes, já que a própria política moderna rejeita essa tradição.

O pensamento macintyriano, portanto, funda-se em uma concepção de tradições que contrasta profundamente com a visão conservadora de Burke, ao sustentar que essas não são estruturas estáticas a serem mantidas inalteradas, mas processos dinâmicos, caracterizados por contínua reavaliação e transformação interna. No núcleo dessa concepção de tradição viva está a ideia de que uma tradição não se limita a transmitir práticas e crenças imutáveis ao longo das gerações, mas é, antes de tudo, um processo de (re)interpretação contínua. As tradições não apenas moldam os padrões da prática social, mas também fornecem o arcabouço normativo em que esses padrões são reavaliados e, quando necessários, modificados para acomodar novas

¹¹³ O caso Bakke da Suprema Corte dos Estados Unidos (*Regents of the University of California v. Bakke*), de 1978, teve papel importante na criação de regras sobre ações afirmativas nos Estados Unidos da América. No caso, Allan Bakke, um indivíduo branco, afirmou que foi recusado injustamente duas vezes na escola de medicina da Universidade da Califórnia, em Davis, pois o programa de admissões reservava 16 das 100 vagas para candidatos de minorias raciais, como parte da tentativa da universidade de corrigir desigualdades históricas de representação. A Suprema Corte dos Estados Unidos América decidiu que a prática de implementar cotas raciais, como aquelas adotadas pela Universidade da Califórnia, era inconstitucional (no caso, cotas raciais numéricas). No entanto, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América também declarou que seria aceitável considerar a raça como um dos vários elementos nas decisões de admissão nas universidades, contanto que o propósito fosse promover a diversidade no campus estudantil, o que foi considerado uma justificativa constitucionalmente válida. A relevância da decisão consiste em ter definido as restrições e autorizações para a adoção de políticas de ação afirmativa em escolas daquele país (Estados Unidos da América, 1978). A justificativa adotada pela Corte assemelha-se, em parte, àquela estabelecida por Marcelo Campos Galuppo e Rafael Faria Basile (2006, p. 104), que destacam a insuficiência do modelo de cotas apenas formal.

exigências e responder a novos contextos históricos e sociais conflituosos, algo constante em qualquer tradição viva.

4.2 Tradição viva e minimalismo

Como já destacado, *Depois da virtude* (MacIntyre, 2001b) representa uma resposta à crise moral contemporânea originada da desintegração e ausência de solidez dos princípios morais que preteritamente se harmonizavam com a tradição filosófica clássica. MacIntyre reage fortemente ao modelo deontológico contemporâneo, ao argumento de que esse falhou em edificar uma base para a conduta moral na sociedade atual. Isso se deveu à incapacidade de direcionar de modo eficaz a conduta moral nas sociedades contemporâneas ao se desligarem das virtudes sociais e históricas.

Contrariamente às éticas modernas, MacIntyre apoia a ética das virtudes como uma escolha fundamentada na tradição aristotélica, porém em uma perspectiva contemporânea. Nos dizeres de Helder Buenos Aires de Carvalho (2001, p. 37), MacIntyre realiza uma reapropriação de conceitos da Antiguidade clássica, “mas moldada por exigências teóricas contemporâneas”.

Na visão de MacIntyre (2001b), a ética fundamentada em virtudes deve ser compreendida por meio da consideração do cenário narrativo e histórico, no qual as virtudes se aprimoram ao longo do tempo e só reúnem significado em uma tradição em movimento, efetivamente viva. Assim, rejeita a ideia de que a moralidade possa se fundamentar em princípios universais abstratos ou em uma racionalidade que não leve em conta contextos históricos e culturais.

Dessa maneira, *Depois da virtude* propõe que a alternativa à crise moral moderna está na reabilitação das virtudes, não de forma isolada ou teórica, mas inserida em uma tradição que conecta as práticas virtuosas ao *telos* da vida humana – uma racionalidade prática virtuosa. Essa tradição, ao contrário do que o pensamento moderno propõe, não é fixa ou imutável; pelo contrário, é viva e dinâmica, sempre sujeita a interpretações e reconfigurações. Essa perspectiva oferece uma base mais robusta para a moralidade, porque reconhece que as virtudes não podem ser separadas das práticas e instituições nas quais são cultivadas.

A crítica de MacIntyre à moralidade moderna tem possibilidade de eco na filosofia contemporânea, especialmente na crítica ao racionalismo abstrato, que desconsidera as condições históricas e práticas da vida ética. Sua proposta de retorno às virtudes e à tradição aristotélica estabelece um marco importante para debates sobre a natureza da moralidade e a

forma como ela se aplica em diferentes contextos sociais. Entre esses contextos é possível destacar o jurisdicional e, voltando-se ao objeto desta tese, o minimalismo judicial de Sunstein.

Aqui, importa recuperar uma importante afirmação que Sunstein faz em alguns de seus escritos, acerca da figura de Burke, de que este seria uma figura extremamente complexa e que não caberia fazer uma exegese do autor nesses textos (Sunstein, 2006a, p. 369, 2008, p. 825, 2015, p. 81). O problema é que ele efetivamente nunca o fez. E, considerando que as produções que Sunstein realiza sobre o minimalismo judicial se dão em um contexto científico, é preciso examinar essa lacuna sob esse ponto de vista, já que o que se espera da produção científica é que se possa “[...] tratar de determinado tema ou teoria de forma científica, rigorosa, sistemática e crítica” (Galuppo, 2008, p. 24).

O conceito de conservadorismo de Burke e a insistência utilizada por Sunstein em vários de seus escritos, como já demonstrado na subseção 2.5 desta tese, pode ser compreendido como um marco (ou referencial) teórico relevante em sua bibliografia, em especial, no que se refere ao minimalismo judicial.

Para Marcelo Campos Galuppo (2008, p. 110), trata-se o marco teórico de: “[...] conjunto de teorias com as quais analisamos os dados produzidos pela metodologia para verificarmos a correção da hipótese”. Ainda, afirma o autor que “Toda pesquisa científica tem por trás de si, **consciente ou inconscientemente**, uma teoria, que a estrutura e que a orienta” e “[...] a formulação da hipótese e mesmo a escolha do problema são influenciadas, consciente ou inconscientemente, pelo marco teórico” (Galuppo, 2008, p. 110, grifo nosso).

Segundo Marcelo Lamy (2010, local. 56, grifo nosso), o referencial teórico “[...] é o componente que desvela os pressupostos do pesquisador, **até mesmo sua concepção de mundo**”. Para Miracy Barbosa de Sousa Gustin, Maria Tereza Fonseca Dias e Camila Silva Nicácio (2020, p. 92), o marco teórico consubstancia-se por uma afirmação de um “[...] teórico de determinado campo do conhecimento que realizou investigações e reflexões ordenadas sobre determinado tema e chegou a explicações e conclusões metódicas sobre o assunto”. De acordo com William R. Daros (2002, p. 75), o marco teórico são as ideias com as quais o problema de pesquisa adquire um sentido. Já Antônio Joaquim Severino (2016, p. 237) destaca que a adoção de determinado referencial teórico em um trabalho implica “[...] uma opção epistemológica básica” que influencia as demais etapas de investigação.

Dessas considerações, é possível destacar que, mesmo se considerado de forma convergente a outros conceitos que o autor utiliza, não é possível refletir essa herança burkeana que Sunstein se apropria como sendo produto de algo irrefletido – e se o fosse, o problema seria ainda maior, como se verá adiante. O impacto dessa lacuna é o prejuízo nos níveis de

cientificidade do minimalismo judicial, já que ele não permite “de modo público e controlável” que esse modelo minimalista seja refeito para que se obtenham os mesmos resultados (já que a íntegra da base burkeana remanesceu oculta), seja para descobrir que esses resultados (a conformação do minimalismo judicial de Sunstein) são causais (e, portanto, alheios à intervenção do autor), seja por outros fatores não considerados (Eco, 2019, p. 30-31).

Por intermédio do pensamento de Burke, Sunstein tenta se ancorar na noção de respeito cívico, estabilidade e, no campo jurídico, à teoria do direito como “[...] orgulho do intelecto humano” e “[...] o acervo de razão compilado em muitas gerações” (Burke, 2015, p. 158).¹¹⁴ A grande questão é que essa afirmação não pode ser pinçada sem se entender o contexto da crítica de Burke formulada em *Reflexões*.

Primeiro, porque as afirmações que Burke faz para chegar a essas noções e, além disso, aquelas decorrentes, são reveladoras de bases completamente desatualizadas e incompatíveis com o sentido democrático contemporâneo de diversidade.

Burke adota em sua obra um sentido de direito natural que é conectado ao de estabilidade e ao lugar de destaque que ocupariam os integrantes do governo, afirmando que os privilégios dos quais a sociedade inglesa teria se beneficiado seriam fruto de uma política constitucional estabelecida ao longo do tempo na Inglaterra, em “[...] justa correspondência e simetria com a ordem do mundo [...]” (Burke, 2015, p. 85).

Refletindo acerca dessa afirmação de Burke, é importante interrogar de que modo compreender essa ordem de mundo simétrica estaria de acordo com o paradigma do Estado Democrático de Direito. Aqui, e antecipando algumas conclusões desta tese, ao contrário do que afirma Burke (ainda que, obviamente, lido no espaço temporal em que o autor anglo-irlandês estava inserido), o Estado Democrático de Direito é – e deve continuar sendo – um paradigma que se nutre pela noção de diversidade e do conflito.¹¹⁵ Nessa ótica burkeana, seria impossível assistir à integração normativa – ainda inacabada – dos direitos das minorias. Dessa conclusão é possível apontar, igualmente, que a estrutura normativa que Burke se ancora está voltada para as noções de estabilidade e ordem social, conceito este, mais tarde, alinhado ao positivismo de Auguste Comte (1978).

A preservação das instituições, também, seria fundamental para a manutenção dessas noções de estabilidade e ordem social. Mas há, além disso, como já se sustentou em outra oportunidade (Bernardes, 2024, p. 83-84), uma perigosa relação entre religião e cargos públicos em *Reflexões*. A um dado momento, defendendo a importância da religião para a sociedade,

¹¹⁴ Cf. Sunstein, 2015, p. 77.

¹¹⁵ Vide subseção 5.3 desta tese.

Burke (2015, p. 154) afirma: “[...] baseados no sistema religioso que temos agora, continuaremos a agir segundo o bom senso originalmente recebido pela humanidade e transmitido até nós de um modo uniforme e contínuo”. É a religião, então, um dos fios condutores do sentido de tradição que Burke defende.

Mas Burke não para por aí. Confundido Estado e Igreja, poder estatal e poder divino, o autor afirma: “[...] todos aqueles que administram o governo, função onde representam o próprio Deus, devem ter, do seu destino e do seu papel, um conceito elevado e digno, que a sua esperança esteja cheia de imortalidade” (Burke, 2015, p. 154).

A concepção burkeana é, além de influenciada pela submissão do Estado à religião, um modelo de poder violento. Ao admitir textualmente a necessidade de consagração do Estado por uma instituição religiosa – sentido distinto, por exemplo, da laicidade que a Constituição da República Federativa do Brasil apresenta – Burke (2015, p. 155, grifo nosso) afirma: “A consagração do Estado, por uma instituição religiosa estatal, é necessária também para inspirar um **saudável temor** nos cidadãos livres, porque com o objetivo de assegurar a sua liberdade, eles precisam desfrutar de uma determinada porção de poder”. Na sequência, também afirma que, “Na nomeação para gabinetes, não apontará para o exercício da autoridade como um trabalho deplorável, mas como para uma função sagrada” (Burke, 2015, p. 157).

Essas afirmações, necessárias para a compreensão do pensamento burkeano, não poderiam passar ao largo da análise de Sunstein. Poder, medo e religião são conceitos que não podem ser descartados em quem pretende defender uma abordagem de sentido democrático. Novamente, frisa-se: a estabilidade almejada por Burke é fruto de uma autoridade violenta e silenciadora, incapaz de acomodar tensões inerentes aos conflitos e diversidades próprios do Estado Democrático de Direito. Trata-se de uma versão anterior, rudimentar e primitiva da indigitada figura da autoridade, que MacIntyre, por sua vez, critica por meio da figura da autoridade burocrática, situada posteriormente no curso da história.

Segundo, e conectando-se à primeira sequência de argumentos, porque a compreensão de tradição que Burke tem – e que serve para sustentar a noção de pacto intergeracional – é completamente divorciada do caráter essencial que os conflitos desempenham para um sentido de tradição efetivamente vivo, tal como MacIntyre apresenta. As tradições não são meros relicários do passado. A tradição, quando se torna burkeana, morrerá ou já morreu (MacIntyre, 2001b, p. 372). Isso se deve ao fato de que os conflitos, entendidos como parte de uma tradição viva (e que podem conduzir ao reparo da linguagem moral por meio da ética das virtudes), no pensamento macintyriano, impulsionam o seu progresso.

É preciso, assim, realocar, a partir da noção de conflito, toda a comunidade jurídica para a elaboração dos pronunciamentos minimalistas, não apenas o juiz. Essa dinâmica dialógica, compreendida no contexto da ética das virtudes e da racionalidade prática,¹¹⁶ permitirá que a tradição se mantenha aberta a novas interpretações, ao mesmo tempo em que preserva um núcleo de continuidade que lhe dá identidade e sentido.

As tradições não são estruturas rígidas ou imutáveis. Compreender o minimalismo sob essa base de mutabilidade é relevante para a integração das partes na elaboração do pronunciamento minimalista. Um juiz minimalista, ao aplicar a racionalidade prática cioso desse dever, não segue as normas de maneira silenciadora; ele as interpreta à luz dos bens internos da prática jurídica, com todos os participantes da comunidade jurídica. A aplicação dessa concepção a uma reconfiguração do minimalismo pode ser capaz de sofisticar a prática jurisdicional, evoluindo à medida que novas exigências sociais emergem.

No contexto jurisdicional, a perspectiva da tradição viva proposta por MacIntyre pode oferecer uma reconfiguração significativa do papel do juiz. Em vez de ser compreendido como um agente autônomo, tecnicista, isolado e autoritário – um problema denunciado por MacIntyre –, que toma decisões com base em princípios morais abstratos ou pretensamente técnicos, mantendo o *status quo*, o juiz, nessa visão, seria um intérprete engajado nas tradições jurídicas – e, obviamente, democráticas – que dão sentido e continuidade às práticas jurisdicionais e ao contexto social. Essa concepção desafia a ideia moderna de que o juiz deve ser um ator distante das influências sociais e culturais.

Importante destacar que não se pretende, pura e simplesmente, contrastar conceitos antagônicos e visões sobre a moralidade divorciadas, aqui simbolizadas pelo embate Burke *versus* MacIntyre, em um sincretismo teórico-metodológico. Cuida-se de compreender que o modelo de tradição de Burke é um silenciador das expectativas dos indivíduos, da irrisignação desses pelas promessas não cumpridas na transição entre Estado de Bem-Estar Social e Estado Democrático de Direito,^{117 118} incapaz de ser aplicado sem algum tipo de violência institucional.¹¹⁹ E esse modelo não pode se aproximar de abordagens decisórias a serem

¹¹⁶ Vide capítulo quatro.

¹¹⁷ É o que afirma Bocchini (2020, p. 47), que, ao analisar a expansão do poder dos tribunais e do Judiciário, liga esse fato à decorrência “[...] da retratação do sistema representativo e de sua incapacidade de cumprir com [*sic*] as promessas de justiça e igualdade, inerentes ao ideal democrático e incorporadas nas constituições contemporâneas”.

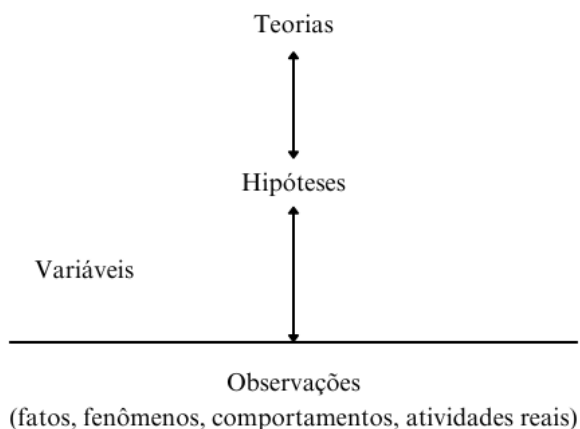
¹¹⁸ Vide capítulo cinco desta tese.

¹¹⁹ A exemplo dessa capacidade violenta, cita-se aqui a noção de estado de exceção formulada por Giorgio Agamben (2002). Agamben retoma a distinção na teoria aristotélica de *zoé* e *bíos*, respectivamente, a vida comum ou nua, e a vida de um indivíduo ou de um grupo. A partir das convergências e críticas ao pensamento de Michel

utilizadas na prática jurisdicional atual, tal como o minimalismo judicial de Sunstein faz, ainda que sem a intenção de ser uma teoria completa da interpretação.

Na hipótese de se considerar que o minimalismo de Sunstein alinhou-se ao conservadorismo burkeano acriticamente de forma involuntária – o que não se acredita¹²⁰ – o que se suscita – retomando a argumentação acima acerca do desenvolvimento metodológico do minimalismo judicial por Sunstein – é que este autor parece não ter considerado o conservadorismo de Burke como variável independente na relação com a hipótese por ele conjecturada (configuração do minimalismo judicial), cuja incidência reflete diretamente o resultado de sua conformação minimalista, naturalmente, na relação existente entre teorias, hipóteses, variáveis e observações. Exemplifica-se essa relação por meio da figura a seguir:

Figura 1 – Relação entre teorias, hipóteses, variáveis e observações



Fonte: Marconi; Lakatos, 2017, local. 148.

De acordo com o diagrama acima, bem como os conceitos de variável independente – “aquela que influencia, determina ou afeta outra variável; [...] fator determinante, condição ou causa para determinado resultado, efeito ou consequência” (Marconi; Lakatos, 2017, local. 148) – e variável dependente – “fator que aparece, desaparece ou varia à medida que o investigador introduz, tira ou modifica a variável independente” (Marconi; Lakatos, 2017, local. 148) –, tem-se, na crítica aqui realizada, (i) como variável independente, o conservadorismo burkeano, pois serve de marco teórico para a conformação do minimalismo judicial de Sunstein; (ii) como

Foucault e Hannah Arendt, o autor italiano busca compreender a ideia que transita entre a biopolítica e o modelo jurídico. Para isso, recupera no paradoxo da soberania de Carl Schmitt o fundamento político no qual o soberano tem o poder de legislar sobre o caos, em uma ideia que compreende que todo direito é aplicável a uma situação que o soberano cria e garante. Há, portanto, um monopólio do poder do soberano, que é anterior ao próprio direito. Daí se estabelece que ao soberano é garantido, por meio do poder, a instituição do estado de exceção, noção diretamente ligada à existência de uma vida nua, cujo espaço reservado nessa complexa teorização é o campo.

¹²⁰ Importante recuperar, neste ponto, o brocardo jurídico “*Verba cum effectu sunt accipienda*”, ou seja, as palavras devem ser compreendidas com efeito.

variáveis dependentes, decorrentes da incidência dessa variável independente acima: (a) o conceito de tradição, que tende a ser confundido com o de estabilidade; (b) as noções de tradição e estabilidade, interpretadas de modo contrário ao reconhecimento do conflito como elemento constitutivo da moralidade e da sociedade; (c) a compreensão do direito como “razão acumulada no tempo”, assumindo um caráter resistente à complexidade dos conflitos inerentes à sociedade contemporânea; (d) a limitação dos conceitos de minimalismo racionalista ou burkeano, que, ao partirem de uma concepção estática de tradição, mostram-se inadequados para contextos de transformações sociais.

4.3 Conclusões parciais

De tudo que se argumentou até aqui, já é possível indicar algumas conclusões parciais (C) desta tese, conforme abaixo:

C₉ – A tentativa de Sunstein de se apropriar dos elementos do conservadorismo burkeano à sua abordagem minimalista indica uma lacuna no tratamento do conceito de tradição, se compreendido o pensamento de Burke;

C₁₀ – A aproximação entre o minimalismo judicial e o conservadorismo burkeano revela-se insuficiente para responder aos desafios das sociedades democráticas contemporâneas. O entendimento de tradição como elemento fixo e estável, quando dissociado da noção de conflito, limita a capacidade de o minimalismo de Sunstein se adaptar a contextos de transformação social;

C₁₁ – A crítica à noção de tradição burkeana, compreendida como elemento silenciador e refratário aos conflitos, bem como seu contexto no pensamento de Burke, aponta à necessidade de reinterpretação do minimalismo de Sunstein;

C₁₂ – Ao minimalismo é possível conjecturar a incorporação do sentido de tradição viva – argumentada por MacIntyre, de modo a compreender que os conflitos são inerentes à sociedade e ao sentido de tradição –, reformulando-o.

Na sequência, o trabalho abordará a relação do minimalismo judicial de Sunstein com a desordem da linguagem moral jurisdicional, inclusive por meio das *personae* por ele identificadas.

5 MINIMALISMO E DESORDEM DA LINGUAGEM MORAL JURISDICIONAL

No contexto de uma tradição viva, o conflito assume a forma de debates contínuos sobre o significado e a aplicação de suas normas e práticas. A concepção de prática, por sua vez, estabelecida no pensamento macintyriano, é o de

[...] qualquer forma coerente e complexa de atividade humana cooperativa, socialmente estabelecida, por meio da qual os bens internos a essa forma de atividade são realizados durante a tentativa de alcançar os padrões de excelência apropriados para tal forma de atividade, e parcialmente dela definidores, tendo como consequência a ampliação sistemática dos poderes humanos para alcançar tal excelência, e dos conceitos humanos dos fins e dos bens envolvidos (MacIntyre, 2001b, p. 316).

Complementando e analisando o pensamento de MacIntyre, Vitor Luiz Viana Figueiredo (2022, p. 76-77) explicita que aquilo capaz de distinguir as práticas das demais atividades é o fato de elas “envolverem estruturas e convenções socialmente estabelecidas”, e afirma: “o simples fato de bater bola com os pés não é uma prática, mas o futebol é”. No mesmo sentido, Elton Ribeiro (2012, p. 106) destaca que “empilhar tijolos não é uma prática, mas a arquitetura sim”. E também MacIntyre (2001b, p. 316): “Plantar nabo não é uma prática, mas a agricultura é”.

Trazendo essa reflexão para a jurisdição, foco desta tese, dirimir conflitos entre filhos não equivale a exercê-la (e não é uma prática); decidir em juízo sobre conflitos entre filhos, tendo por base um direito material subjacente alegado por ambos e caracterizado por uma pretensão resistida, é. Quando um pai medeia ou decide um conflito entre filhos, o processo é, em geral, informal e baseado em relações familiares, na autoridade parental e em regras subjetivas. Não há uma estrutura formal de normas, precedentes, ou um corpo de regras socialmente aceitas e institucionalizadas que guiam o processo de decisão. O pai pode resolver o conflito de forma arbitrária ou com base em sua própria moralidade ou autoridade, sem necessariamente buscar um bem interno formal, como a justiça. Os parâmetros de excelência não são objetivos nem comparáveis aos exigidos de alguém que atua no exercício de uma prática formal e institucionalizada.

Por outro lado, a decisão de um juiz em um conflito jurídico entre irmãos envolve uma prática no sentido indicado por MacIntyre. A jurisdição é uma atividade formal, regulamentada e socialmente estabelecida. Quando um juiz decide acerca de um conflito jurídico, ele o faz com fundamento em um sistema de normas jurídicas, precedentes e procedimentos que são institucionalizados e socialmente reconhecidos. O juiz precisa seguir padrões de excelência próprios do Direito, como a imparcialidade, a coerência na aplicação da lei e a fundamentação

das decisões. Essa noção é essencial para que se possa alcançar padrões de excelência da prática, no caso, o exercício da função jurisdicional.

MacIntyre menciona em seu conceito de prática a noção de “bens internos”. Esses, em oposição aos ditos bens externos, só podem ser alcançados no interior de uma prática, e levam à “ampliação sistemática dos poderes humanos” (MacIntyre, 2001b, p. 316). No exemplo acima citado, a imparcialidade e a fundamentação são bens internos à prática jurisdicional. Os bens externos, ainda de acordo com o exemplo acima, não dependem diretamente da prática em si. O prestígio, por exemplo, pode ser alcançado de outras formas, inclusive em funções alheias ao contexto jurídico (por exemplo, jogando futebol).

MacIntyre (2001b, p. 321) formula, então, um conceito preliminar de virtude: “A virtude é uma qualidade humana adquirida, cuja posse e exercício costuma nos capacitar a alcançar aqueles bens internos às práticas e cuja ausência nos impede, para todos os efeitos, de alcançar tais bens”. Mas ingressar em uma prática importa adentrar em uma relação não só com seus praticantes contemporâneos, mas com aqueles precedentes à própria prática.

O autor, ao prosseguir, reforça a sua abordagem, ou seja, a de que se não houver um fim transcendente aos bens limitados das práticas, capaz de constituir o bem de toda a vida humana – “o bem da vida humana concebido como uma unidade” (MacIntyre, 2001b, p. 340) –, certas arbitrariedades invadirão a vida moral, o que levará à incapacidade de especificar o contexto de certas virtudes. É por isso que o autor adverte sobre a possibilidade ínsita de as práticas serem corrompidas, já que as instituições contemporâneas, permeadas pelo modelo burocrático, acabam por privilegiar os bens externos em prejuízo dos bens internos. E a ética das virtudes no interior dessas práticas – voltadas, assim, aos bens internos (e não seus simulacros) (MacIntyre, 2001b, p. 329) –, é o que seria capaz de obstaculizar as deturpações no contexto das práticas.¹²¹

As considerações sobre a ética das virtudes em MacIntyre, assim, importam outras interferências ao conceito de jurisdição, para além do exemplo reducionista trazido acima, de aplicação do direito ao caso concreto com base em uma pretensão resistida. As noções de bens

¹²¹ Sobre a tensão entre bens externos e internos, MacIntyre (2001b, p. 330) esclarece: “Preciso salientar, neste ponto, que os bens externos são bens genuínos. Além de serem objetos característicos do desejo humano, cuja alocação é o que dá sentido às virtudes da justiça e da generosidade, ninguém pode desprezá-los completamente sem uma dose de hipocrisia. Contudo, o cultivo da sinceridade, da justiça e da coragem com frequência, e escandalosamente, sendo o mundo o que é por contingência, nos impede de ser ricos, famosos ou poderosos. Assim, embora possamos esperar alcançar não só os padrões de excelência e os bens internos de certas práticas por meio da posse das virtudes, mas também nos tornarmos ricos, famosos e poderosos, as virtudes são sempre obstáculos para essa confortável ambição. Devemos esperar, portanto, que, se em determinada sociedade a busca dos bens externos se tornasse predominante, o conceito das virtudes poderia sofrer primeiro um esgotamento e, depois, talvez algo próximo à extinção total, embora talvez surgissem simulacros em abundância”.

internos da prática jurisdicional precisam, pois, ser mais bem refletidas, o que se fará a partir da análise do minimalismo judicial de Sunstein e do confronto desse com a perspectiva da Filosofia Moral de MacIntyre.

5.1 O consenso minimalista, a construção da linguagem moral jurisdicional e a incidência da lente teórica da Filosofia Moral de Alasdair MacIntyre

A noção de conflitos intratáveis ou aparentemente insolúveis pode ser apontada como ponto de convergência entre o pensamento de Sunstein e o de MacIntyre. Se o primeiro traz essa noção quando justifica a teorização incompleta, MacIntyre aponta para a tradição viva e a noção dinâmica dos conflitos. Mas é na solução desses desacordos que ambos se diferem.

Sunstein (1994, p. 1.734-1.735) argumenta, como já visto, que um aspecto intrínseco às democracias contemporâneas é a noção de pluralismo, ou seja, a discordância sobre o que é certo ou bom. Já MacIntyre (2001b, p. 28) acusa ser a origem dos problemas da deterioração da linguagem moral contemporânea justamente “a retórica superficial” e complacente de pluralismo, que ora se assemelha a um “diálogo ordenado de opiniões em intercessão”, ora como a “mistura desarmônica de fragmentos mal-organizados”.

Veja-se, pois, que ao se analisar a noção de pluralismo de ambos, MacIntyre oferece uma noção mais organizada daquela apresentada por Sunstein, que se centra apenas na discordância entre os participantes da cena contemporânea democrática, esquecendo-se da desordem da linguagem moral.¹²² Isso tem especial relevância, pois “[...] os conceitos que empregamos mudaram de caráter, pelo menos em alguns casos, nos últimos trezentos anos” (MacIntyre, 2001b, p. 28). E só é possível compreender os problemas morais e políticos contemporâneos com fundamento no entendimento acerca das transformações ocorridas na moralidade (Costa, 2015, p. 91).

Essa passagem dos últimos 300 anos que indica MacIntyre tem, no contexto do Judiciário, importantes reflexos, principalmente pela transição do que se pode denominar dos modelos do Estado Liberal, do Estado Social até o alcance do Estado Democrático de Direito, este, paradigma em constante construção. Compreender e assimilar a inteireza desses “esquemas gerais de pré-compreensões e visões de mundo” (Carvalho Netto, 2004, p. 29), “[...]”

¹²² Apesar de as divergências entre grupos e as câmaras de eco serem, como já visto na seção 2.4 desta tese, objeto de consideração para Sunstein em estudos alheios ao minimalismo (mas que ajudam a compreender o seu pensamento, frisa-se), o autor estadunidense não avança para o campo da linguagem moral, focando-se mais precisamente nos problemas deliberativos.

paradigmas que, há séculos, são repetidos” (Birchal, 2020, p. 12), é essencial, então, para compreender a desordem da linguagem moral jurisdicional contemporânea. É o que se fará a partir de agora, atravessando esses três paradigmas.

5.2 A formação do modelo de jurisdição no Estado Liberal

No Estado Liberal, como destaca Mário Lúcio Quintão Soares (2017, p. 166), privilegiou-se a autonomia privada, com destaque para os direitos de propriedade e liberdade. Mas a compreensão do papel do Judiciário nesse contexto pode ser esclarecida por dois marcos temporais do fim da Idade Moderna, a saber, a Revolução Francesa e a Constituição dos Estados Unidos da América, pois consubstanciaram importantes definições que ainda permeiam a função jurisdicional até os dias atuais.

No modelo absolutista objeto de ataque na Revolução Francesa, o poder na França apresentava-se por “[...] corpos administrativos ou de funcionários isolados” (Tocqueville, 1997, p. 77), com o Judiciário atuando indiretamente no exercício de elaboração das leis. Nas palavras de Alexis de Tocqueville (2000, p. 375), no absolutismo europeu como um todo, “O Estado arrogou-se por toda a parte esses atributos naturais do poder soberano; em tudo o que diz respeito ao governo, ele não aceita mais intermediário entre ele e os cidadãos, e dirige-os por si mesmo nos negócios gerais”. Na sociedade pré-revolucionária francesa tem destaque o “Conselho do Rei”, “[...] ao mesmo tempo supremo tribunal de justiça, pois tem o direito de cassar os decretos de todos os tribunais originários, e superior tribunal administrativo, pois todas as jurisdições especializadas são, em última instância, de sua competência” (Tocqueville, 1997, p. 78).

Mesmo que houvesse a possibilidade de uma estrutura organizacional local em que juízes ou líderes controlassem os interesses da região, o Conselho do Rei representava diretamente a figura do Monarca e sua autoridade absoluta. Ainda que o Conselho parecesse expressar suas opiniões como um órgão judicial, na realidade, suas decisões eram determinadas pelo Rei, já que somente esse tinha autoridade para decidir. Nesse cenário de concentração não é complicado observar que a autoridade política dos órgãos judiciais estava limitada à decisão do Monarca, com a moral interferida pela vontade dele. No modelo absolutista francês, a justiça era apenas uma função estatal subordinada e distante do papel de poder do Estado.

Nas antigas colônias inglesas norte-americanas a conformação foi semelhante. Nelas, o poder político concentrava-se na figura do Governador, indicado pelo Rei da Inglaterra, sendo que esse exercia concomitantemente as funções executivas, legislativas e judiciárias, o que

sustentava um modelo em que os juízes locais eram nomeados pelo Governador da colônia, funcionando, acima, os tribunais dos condados, que eram tribunais de júri das colônias (Estados Unidos da América, 2001, p. 46).

O ocaso do modelo absolutista na França representou importante marco para a definição do que atualmente se denomina de tripartição de Poderes. Estão dispostas em *O espírito das leis*, de Montesquieu (2000), a necessidade da separação dos Poderes, o que se pode notar no capítulo V do livro décimo primeiro da obra:

Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado (Montesquieu, 2000, p. 167-168).

A divisão de Poderes, que se destacou no século XVIII, foi crucial para o fim do modelo absolutista e a ascensão do Estado Liberal, em que o juiz é visto como mero “boca da lei”, com a linguagem moral reduzida, pois na Revolução Francesa o Judiciário não foi estabelecido como um contrapeso eficaz aos outros Poderes. Seu arranjo estava envolto, de um lado, por um Executivo fragilizado e pela preocupação com a volta do absolutismo monárquico e, de outro, por um Legislativo robustecido, que se apoiava na ideia de que a lei era a vontade soberana e incontestável.

Já experiência nos Estados Unidos da América, com a Constituição de 1787 como referência teórica e temporal, foi caracterizada por uma tendência mais liberal do que republicana, atribuindo ao Judiciário uma função importante no cenário político. O ambiente que envolveu a Convenção da Filadélfia de 1787 e o período após a ratificação da Constituição dos Estados Unidos, em 1789, não se restringia a apenas reagir ao poder absoluto. A primeira década da independência dos Estados Unidos da América mostrou que mesmo os governos de maioria popular não estavam imunes à tirania (Arantes, 2006, p. 83). James Madison em um dos “artigos federalistas”,¹²³ assim escreveu:

O acúmulo de todos os poderes legislativos, executivo e judiciário nas mesmas mãos, seja de uma pessoa, de algumas ou de muitas, seja hereditário, autodesignado ou eletivo, pode ser justamente considerado a própria definição de tirania. Portanto, se a Constituição Federal pudesse ser realmente acusada desse acúmulo de poder, ou de misturar poderes, revelando perigosa tendência a tal acúmulo, não seriam necessários

¹²³ Trabalhos que eram “escritos para tentar convencer os cidadãos de Nova York a votar favoravelmente à promulgação do novo texto constitucional” (Arantes, 2007, p. 83).

quaisquer argumentos adicionais para inspirar uma reprovação universal do sistema (Madison, 1993, p. 331-332).

Essa postura estabeleceu um equilíbrio maior entre os Poderes em vez de privilegiar o parlamento, diferente do que ocorreu no sistema de separação de Poderes na França. Na França, a ênfase no ideal da igualdade era tão forte que Robespierre chegou a afirmar que essa era mais importante do que a propriedade. Já nos Estados Unidos da América, a liberdade foi o princípio basilar. O destaque do papel político e moral do Judiciário estadunidense é evidenciado principalmente na proteção das liberdades individuais e no direito de propriedade. Foi com base nessa confiança no Judiciário como contrapeso aos demais Poderes que, em 1803, durante a presidência do juiz John Marshall, houve a decisão no emblemático caso *Marbury v. Madison* (Estados Unidos da América, 1803). Nesse caso, a Suprema Corte dos Estados Unidos estabeleceu as primeiras diretrizes do *judicial review*, nivelando o Poder Judiciário com o Executivo e o Legislativo, conferindo-lhe um significado crucial para seu poder político e moral.

Mas é preciso avançar um pouco mais na tradição recente da história jurisdicional, de modo a identificar, ao final, a posição ocupada pelo minimalismo judicial de Sunstein e, concomitantemente, oferecer mais justificativas para a sua reconfiguração.

5.3 Do Estado Social ao Estado Democrático de Direito: uma redefinição da função jurisdicional

O Estado Liberal, no entanto, encontrou-se em uma situação difícil. Seu individualismo marcante, que surgiu durante a Revolução Industrial – e os conflitos resultantes dela –, provocaram uma nova ordem política, jurídica e social, alterando novamente o Poder Judiciário.

Assim surge o Estado Social,¹²⁴ engajado na administração de disputas e negociações entre classes e grupos sociais, e empenhado em reduzir as desigualdades sociais no contexto do sistema capitalista predominante nas relações econômicas. A solidificação do Estado de Bem-Estar Social resultou na ampliação dos direitos sociais e, assim, na inclusão das classes trabalhadoras em atividades de consumo antes inacessíveis (Santos, 1986, p. 16).

Junto da ampliação dos direitos sociais para as classes anteriormente excluídas do Estado, o surgimento do modelo de Bem-Estar Social foi influenciado por novos elementos,

¹²⁴ Outras denominações podem ser indicadas como sinônimo desse modelo, como “Estado de Bem-Estar Social”, “Estado de Bem-Estar”, “Estado-Providência” ou “*Welfare State*”.

como as relações trabalhistas e a participação das mulheres no mercado, os quais passaram a ser prioridade nas políticas públicas e nas interações sociais (Santos, 1986, p. 16).

No entanto, embora o Estado de Bem-Estar tenha reconhecido uma nova gama de direitos, principalmente os sociais, a organização estatal não acompanhou o reconhecimento desses direitos, evidenciando a disparidade entre reconhecimento e implementação. Além disso, é preciso considerar o aumento dos embates sociais e o desejo cada vez maior de garantir esses direitos recém-alcançados (Santos, 1986, p. 16). Portanto, observou-se a queda do *Welfare State* e o surgimento de uma nova ordem baseada em princípios democráticos.

O Poder Judiciário passou, então, a ser encarado como natural destinatário dessas novas demandas envolvendo a conflituosidade social emergente e os direitos não efetivados pelo Estado-Providência, bem como as demandas e aspirações não satisfeitas, além do rescaldo do Estado Liberal. Portanto, a transição desse período – do Estado Liberal, passando pelo Estado Social, até o Estado Democrático de Direito – provocou uma contínua busca pela ordem funcional e da linguagem do Judiciário, inclusive moral, como resultado do que se pode denominar de “‘juridificação’ da vida moderna” (Hirschl, 2006, p. 724, tradução nossa).¹²⁵

Essa busca pela ordem em uma linguagem moral jurisdicional desordenada nos últimos 300 anos pode ser exemplificada também pelas diversas *personae* que Sunstein tenta encapsular.¹²⁶

Segundo afirma Sunstein (2015, p. 35, tradução nossa): “Sugiro que deveríamos ver as *Personae* não como uma questão de política ou retórica judicial, mas como um reflexo de como diferentes juízes realmente compreendem suas funções e de como desempenham essas funções em diferentes contextos”.¹²⁷ Ora, mas como pensar na autocompreensão da função que exercem sem, necessariamente, refletir sobre a linguagem moral e sua relação com a judicatura? Como não refletir sobre a noção de racionalidade que repousa sobre o “eu”?

É assim que, por exemplo, pode-se conjecturar que os soldados, com posição deferente à lei, por exemplo, apontam para o modelo francês pós-Revolução; os heróis, por sua vez, à conformação do papel do Judiciário estadunidense após o caso *Marbury v. Madison* e ao Judiciário paternalista do Estado Social. Já os mudos e os minimalistas representariam gradações diferentes entre contenção e ambição teóricas, fruto dessa tentativa de se estabelecer uma linguagem consentânea ao contexto dessa juridificação da vida moderna. São, pois,

¹²⁵ Texto original: “‘juridification’ of modern life”.

¹²⁶ Cf. seção 2.6, inclusive a subseção 2.6.2 deste trabalho.

¹²⁷ Texto original: “I suggest that we should see the *Personae* not as a matter of judicial politics or rhetoric, but instead as a reflection of how different judges actually understand their jobs, and of how they perform those jobs in different contexts”.

tentativas de se posicionar a jurisdição no contexto da racionalidade perdida (ou, quiçá, repará-la).

5.4 O minimalismo dialógico como tentativa episódica de reparo da linguagem moral jurisdicional

A permanência, na cena atual, das várias *personae* indicadas por Sunstein denotam que a desordem moral na linguagem jurisdicional ainda persiste. Como, então, repará-la? Sustenta-se aqui o minimalismo como abordagem transitória e pontual, na tentativa de reduzir a expectativa moral sobre a figura do juiz, mas sem se afastar da compreensão de que, no contexto do Estado Democrático de Direito, as dinâmicas e relações sociais, bem como as práticas, estão sempre em evolução, o que pode desencadear novas soluções (ou problemas). Mas diferentemente do minimalismo judicial advogado por Sunstein, argumenta-se nesta tese por uma abordagem minimalista em outras bases, que compreenda os conflitos como inerentes às tradições, sem que se busque na alternativa fantasiosa da estabilidade burkeana o silenciamento das partes. Defende-se, pois, o que se pode denominar de minimalismo dialógico.

Antes, porém, convém assinalar que o minimalismo, seja o dialógico, seja o judicial de Sunstein, não pode ser compreendido simplesmente como uma posição deferente à lei. Aliás, essa é uma característica da figura dos soldados, tal como caracterizado por Sunstein. Logo, equiparar o minimalismo a essa condição equivaleria a resgatar o problema da função jurisdicional no Estado Liberal, da figura burocrática atacada por MacIntyre, mesmo se temperado pela noção do *judicial review* herdada da história jurídica estadunidense.

Também, na esteira do pensamento de Sunstein, não se pretende defender o minimalismo como panaceia. É pela compreensão de que a complexidade e diversidade das dinâmicas sociais, bem como os conflitos, são integrantes da tradição que, em certos casos, a figura minimalista não se mostrará adequada.

Nesse ponto, atente-se, por exemplo, para a análise de Maria Eugenia Bunchaft (2011, 2014), ao contrastar o minimalismo, por exemplo, ao constitucionalismo democrático, em especial, quanto ao problema das minorias sexuais. A autora afirma que não devem os direitos fundamentais de minorias serem “[...] enfocados em uma perspectiva minimalista, pois não há como defender certos resultados voltados para proteção de garantias constitucionais sem o recurso a doutrinas morais abrangentes” (Bunchaft, 2014, p. 130). Essa afirmação tem sentido semelhante no pensamento do próprio Sunstein, que afirma que o minimalismo não é abordagem para todos os contextos e, ainda, que,

Ao argumentar contra a ambição teórica e a favor de uma abordagem restritiva, um juiz pode endossar o minimalismo em relação a uma disposição constitucional, mas rejeitá-lo em outras. Podemos imaginar juízes que são minimalistas em relação à separação de poderes, mas “heróis” da liberdade de expressão. De fato, essa abordagem pode atrair juízes em princípio (Sunstein, 2015, p. 17, tradução nossa).¹²⁸

Já quanto ao Estado Social, a análise é um pouco mais complexa. Como já se sustentou em outra oportunidade (Bernardes, 2024, p. 70-71), o adjetivo “judicial” é prova mais que contundente que o minimalismo de Sunstein é recurso exclusivamente à disposição do juiz, não do processo. Ou seja, a redução no espectro decisional passa por uma atividade judicante isolada, que restringe a decisão, a pretexto de acomodar consensualmente os pontos divergentes, a um núcleo mínimo comum que só o juiz estabelece, “[...] pois a decisão minimalista é a exata dimensão daquilo que o juiz minimalista diz que deva ser” (Bernardes, 2024, p. 71).

Sob essa ótica, as figuras do juiz minimalista e do juiz herói, expostas no capítulo dois desta tese, aproximam-se. Enquanto o herói – cuja expressão maior pode ser identificada por meio da figura do juiz Hércules de Dworkin – pretende explorar julgamentos moralmente amplos e ambiciosos a partir de uma régua solipsista, ainda que alegadamente fundada na noção de integridade, o minimalismo de Sunstein reduz a decisão a partir do que o próprio juiz considera ser o ponto necessário para a alegada teorização incompleta. Não há, pois, uma participação ativa das partes na entabulação desse núcleo decisório comum.

Demais disso, considerando-se haver, no minimalismo judicial, uma atividade redutora do núcleo decisional exclusivamente pelo juiz, à luz do pensamento de MacIntyre, é possível realizar outros desdobramentos nessa linha investigativa.

Como já indicado, o emotivismo, na conceituação oferecida por MacIntyre (2001b, p. 30), é uma doutrina que afirma serem todos os “juízos valorativos e, mais especificamente, todos os juízos morais, [...] expressões de sentimentos ou atitudes, na medida que são de caráter moral ou valorativo”. Daí é possível questionar: seria o minimalismo judicial de Sunstein, no exercício jurisdicional, mera manifestação de preferência moral do juiz, ou seja, de expressões de sentimentos ou atitudes? Em outros termos, seria o minimalismo judicial de Sunstein uma forma de emotivismo?

¹²⁸ Texto original: “*And in arguing against theoretical ambition and in favor of narrowness, a judge might endorse minimalism with respect to one constitutional provision but reject it with respect to others. We can imagine judges who are separation of powers Minimalists but free speech Heroes. Indeed, that approach might appeal to judges in principle*”.

Para responder a essas indagações é preciso buscar tanto em MacIntyre como em Sunstein pontos importantes, respectivamente, do emotivismo no primeiro e do minimalismo judicial no segundo.

Na sequência da definição de emotivismo, MacIntyre (2001b, p. 30-31) defende que juízos particulares reúnem tanto elementos morais quanto factuais. Estes são sempre verdadeiros ou falsos, havendo critérios racionais para se chegar à conclusão sobre a veracidade ou não dos fatos. Em contrapartida, juízos morais,

[...] por serem expressões de atitudes ou sentimentos, não são nem verdadeiros nem falsos; e **não se chega a um acordo no juízo moral por meio de algum método racional**, pois não existe nenhum. Empregamos os juízos morais não só para expressar nossos próprios sentimentos e atitudes, **mas também para produzir tais resultados em outras pessoas.**

O emotivismo é, portanto, uma teoria que pretende explicar todos os juízos de valor, **sejam quais forem.** Está claro que, se isso for verdade, toda discordância moral é racionalmente interminável (MacIntyre, 2001b, p. 31, grifo nosso).

Prosseguindo, MacIntyre demonstra de que modo o emotivismo seria capaz de produzir resultados nas pessoas. E o faz recuperando a obra *Ethics and language*, de Charles L. Stevenson (1944), em especial, o primeiro capítulo, em que este autor afirma o seguinte:

Observa-se que a definição em cada caso possui duas partes: primeiro, uma declaração afirmativa, “eu aprovo” ou “eu desaprovo”, que descreve as atitudes do locutor; e, em seguida, uma declaração imperativa, “faça o mesmo”, dirigida a modificar ou intensificar as atitudes do ouvinte. Esses componentes, atuando juntos, fornecem prontamente um meio para concordância ou discordância de atitude. Os exemplos a seguir ilustram esse funcionamento:

A: Isso é bom.

B: Concordo plenamente. É realmente bom.

Traduzindo livremente de acordo com o modelo (3) acima, isso se torna:

A: Eu aprovo isto; faça o mesmo;

B: Concordo plenamente em aprovar isso; (continue a) fazer o mesmo (Stevenson, 1944, p. 22, tradução nossa).¹²⁹

¹²⁹ Texto original: “It will be noted that that the definiens in each case has two parts: first a declarative statement, ‘I approve’ or ‘I disapprove’, which describes the attitudes of the speaker, and secondly an imperative statement, ‘do so as well’, which is addressed to changing or intensifying the attitudes of the hearer. These componentes, acting together, readily provide for agrément or disagreement in attitude. The following examples will illustrate how this is so:

A: This is good.

B: I fully agree. It is indeed good.

Freely translated in accordance with model (3) above, this becomes,

A: I approve of this; do so as well;

B: I fully concur in approving of it; (continue to) do so as well”.

Essa essência emotivista contida na sentença “Aprovo isto; aprove também”, tal como explicada por Stevenson (1944), tenta “[...] captar com essa equivalência tanto a função do juízo moral como expressando as atitudes do falante, quanto a função do juízo moral elaborado para influenciar o comportamento do ouvinte” (MacIntyre, 2001b, p. 31), ou seja, para produzir resultados em outras pessoas.

Já quanto ao minimalismo, em *One case at a time*, na seção intitulada *Against theories, against rules* (“Contra teorias, contra regras” – tradução nossa) do capítulo um (*Leaving things undecided* – “Deixando coisas sem decidir”), Sunstein (1999, p. 9, tradução nossa) faz uma importante revelação sobre uma das bases em que defenderá sua caracterização do minimalismo judicial: “Minimalistas não gostam de trabalhar dedutivamente; eles não veem os resultados como reflexos de regras ou teorias estabelecidas de modo antecipado”.¹³⁰

Disso tudo é possível vislumbrar que o ato de escolha do juiz sobre o que vai restringir na decisão é algo que deflui também de suas preferências, pois é sob seu exclusivo critério moral que são definidas aquelas questões que não serão objeto de consideração na fundamentação da decisão, sobre as quais as partes não têm qualquer poder ou faculdade, a não ser aprovar a régua moral que inclina o julgador a fazê-lo. Não há, portanto, um critério impessoal e racional, para usar dos argumentos trazidos por MacIntyre (2001b, p. 52-53), porque nenhum tipo de autoridade, inclusive o juiz minimalista de Sunstein, utiliza critérios racionais para a validação de suas ações.

A *persona* minimalista de Sunstein seria, então, apenas mais uma das máscaras utilizada pela linguagem moral jurisdicional ou uma definição da cultura moral, que atua na tentativa de legitimar a autoridade moral do juiz, nutrida por este, mas expectada por aqueles que desejam ver na jurisdição a solução dos conflitos sociais. O minimalismo judicial é uma forma contemporânea de controle do comportamento e repressão dos conflitos, operada por meio da autoridade burocrática do juiz. Diria o juiz minimalista às partes: “Reduzo isto porque é bom; aceite essa redução também”. Em linha semelhante é o pensamento de Tara Smith (2010, p. 389, tradução nossa), que, ao criticar a ausência de critérios do minimalismo judicial de Sunstein, afirma: “Longe de esclarecer a base para uma aplicação específica do direito, esse método frouxo e permissivo faz com que a corte simplesmente diga ao povo: ‘confie em nós’”.¹³¹

¹³⁰ Texto original: “Minimalists do not like to work deductively; they do not see outcomes as reflecting rules or theories laid down in advance”.

¹³¹ Texto original: “Far from illuminating the basis for a particular application of the law, this loose, permissive method has the court simply tell the people: ‘trust us’”.

Aqui, importante destacar trecho dos debates estabelecidos no Recurso Extraordinário 845.779/SC, especialmente uma fala do Ministro Luís Roberto Barroso em contraponto ao Ministro Luiz Fux, com a qual, neste ponto, esta tese concorda:

Quanto à questão do minimalismo, também peço a Vossa Excelência que considere, nas suas reflexões, os diferentes juízes, aqui, nos Estados Unidos, em toda parte, adotam metodologias diferentes: às vezes, são minimalistas, às vezes, são maximalistas, às vezes, são perfeccionistas – o mesmo juiz. **Mas aqui eu penso que a opção minimalista, no fundo, no fundo, envolverá uma escolha.** E, portanto, ser minimalista significará dizer: eu acho que o transexual não merece proteção. **De modo que o minimalismo não é neutro. Ele não é uma escolha metodológica neutra. É uma escolha metodológica que favorece ao *status quo*.** E, como eu acho que o *status quo* é péssimo, eu não posso ser minimalista. Eu quero mudar essa realidade (Barroso, 2024, p. 87, grifos nossos).

No mesmo sentido é uma das conclusões de David (2018, p. 178, grifo nosso) acerca da aplicação do minimalismo judicial de Sunstein:

A decisão de não decidir é, em si, a adoção de uma postura interpretativa que pode não estar moralmente legitimada. **O silêncio é, nesse espectro, um juízo político que também deve ser analisado sob o aspecto da autoridade legítima,** a partir dos processos de decisão estabelecidos pela Constituição.

Tocam esse ponto, também, as observações de Diana Sykes ([2015], p. 22-23), que afirma que o problema do minimalismo é não oferecer qualquer orientação genuína aos juízes e que a instrução ao Judiciário para minimizar seu impacto é vazia, pois privilegia o *status quo* doutrinário.

De modo próximo é a análise de Bunchaft (2011, p. 164) que, na questão que envolve a aplicação de direitos das minorias, afirma não haver como manter uma neutralidade “[...] em questões que são objeto de um desacordo moral razoável”.

Não é em vão que o Sunstein admite textualmente que os juízes minimalistas não enxergam os resultados como reflexos de regras ou teorias estabelecidas; há uma intenção, um elemento volitivo que suplanta qualquer forma de regra ou teoria estabelecida e que age de modo a decidir o que não decidir. É nessa linha que se sustenta que a defesa de Sunstein em torno de seu minimalismo esconde uma falsa racionalidade, que representa um subterfúgio para a arbitrariedade da vontade e do poder, camuflado por um pretense acordo não totalmente teorizado – um apelo irracional à autoridade, para usar a ótica de MacIntyre (2001b, p. 84) quando estabelece sua crítica a “Ou, ou”.

O juiz minimalista de Sunstein, então, é um gestor burocrático que, dotado de saberes divinatórios, oculta a sua vontade e o seu poder por uma abordagem aparentemente sofisticada de autocontenção judicial, que mescla, de um lado, um agente moral soberano em sua autoridade e, de outro, regras morais despidas de estrutura, além de se fundar na expectativa do

êxito da abordagem minimalista como decorrência da experiência do juiz – uma experiência que não pode ser questionada. Fia-se em uma pretensa neutralidade do juiz e, simultaneamente, reivindica-se seu poder manipulador.

A moralidade do juiz minimalista de Sunstein é, então, criada, fruto da vontade desse mesmo juiz minimalista. O “cenário” (MacIntyre, 2001b, p. 247) que Sunstein estrutura para esse “eu” minimalista é o contexto perfeito para a edificação do seu juiz minimalista e suas intenções, motivações, paixões e propósitos que dele fluem inteligivelmente, já que conecta histórias que fazem dele compreensível.

Cuida-se, também, de um resquício do que pode ser compreendido como Movimento ou Escola do Direito Livre,¹³² de origem no Estado Social, cujo precursor pode ser considerado Oskar von Bülow (Larenz, 1997, p. 78), autor que está na gênese daquilo preconizado por vários da linha dogmática do Direito Processual,¹³³ *i.e.*, “[...] que reafirmam a necessidade de se atribuir ao juiz poderes ampliados que assegurem uma certa flexibilização do ordenamento jurídico para que se obtenham decisões rápidas e justas” (Leal, 2008, p. 25).

Sob a ótica da crítica de MacIntyre, tem-se, então, o primeiro problema nesse “eu emotivista” da figura do juiz – em especial, neste trabalho, do juiz minimalista de Sunstein –, compreendido por aquilo que o pensamento macintyriano denomina de problema de vontade.

O outro problema derivado dessa desordem da linguagem moral jurisdicional, e que conecta Estado Social e Estado Democrático de Direito, é a ambição teórica fruto da apontada juridificação da vida moderna. Na tentativa de se resolver a multiplicidade dos conflitos dela decorrentes, tem-se optado por uma hipertrofia argumentativa e moral das decisões, movimento

¹³² Um escrito que está na origem do dito Movimento do Direito Livre é *Gesetz und Richteramt* (Lei e função judicial), de Bülow, publicado em 1885. A um dado momento, insistindo no poder criativo e solipsista do juiz – daí a liberdade do dito movimento –, Bülow (1995, p. 89, tradução nossa) afirma: “Cabe ao juiz construir uma unidade interna a partir dessa multiplicidade ou escolher aquela regra jurídica que, para ele, pareça ser a mais correta em média. E, por mais que ele utilize todas as fontes de informação disponíveis com diligência e cuidado, não há, ainda assim, uma ordem estatutária que lhe seja imposta, nem existe limite legal para essa escolha. Qualquer resultado que ele alcance é previamente aprovado pelo Estado como o correto e dotado de força legal!”. (Texto original: “*It is left up to the judge to make an inner unity out of this multitude or to chose that legal rule which to him appears as the one that is most correct on the average. And as dutifully and carefully as he uses all available sources of information, there is nevertheless no statutory order given to him, and there is no legal limit in this choice. Any result that he reaches is approved in advance by the state as the correct one and endowed with legal force!*”).

¹³³ A crítica à ciência dogmática do direito (e do direito processual), ou seja, infensa à testificação de seus pressupostos, pode ser mais compreendida por meio dos aportes da Teoria Processual Neoinstitucionalista do Direito, conjecturada por Rosemiro Pereira Leal. Trata-se de perspectiva refratária à corrente instrumentalista (Cf. Dinamarco, 2009), que compreende o processo como instrumento da jurisdição, esta, por sua vez, atividade “[...] em que o juiz comparece com poderes e faculdades congênitos” e vista como “centro gravitacional do processo” (Leal, 2018, p. 152). Cf. também Leal, 2016.

que pode ser apontado como decorrência (ou sinônimo) do ativismo judicial¹³⁴ ¹³⁵ ¹³⁶ e da ampliação do poder político do Judiciário. E, atualmente, uma das mais relevantes expressões dessa questão é o denominado processo estrutural.

Em outubro de 2023, seguindo a decisão da Corte Constitucional da Colômbia,¹³⁷ o Plenário do Supremo Tribunal Federal confirmou, por unanimidade, a Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF (Brasil, 2015), reconhecendo o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, devido a violações em larga escala dos direitos dos presos, decorrentes de obstáculos políticos e institucionais, que exigiriam a implementação de medidas estruturais pelos Poderes Públicos. Trata-se o Estado de Coisas Constitucional de integrante do grupo de processos estruturais, que têm origem no sistema jurídico dos Estados Unidos da América, em especial, no caso *Brown v. Board Education of Topeka*, decidido pela Suprema Corte daquele país em 1954 (Estados Unidos da América, 1954). Em linhas gerais:

[...] o processo estrutural, por meio da atuação jurisdicional, propõe a reorganização de determinada política pública ou instituição, privada ou governamental, com o objetivo de assegurar e proteger direitos fundamentais. Por consectário, o juiz abandona sua função de árbitro imparcial para assumir a missão de transformar o estado das coisas, ou melhor, a realidade social. Para que os fins da jurisdição sejam alcançados, o processo torna-se menos engessado, permitindo-se a flexibilização de conceitos processuais clássicos, como pedido, legitimidade, preclusão, sentença e coisa julgada, a título de exemplo. Ainda, os estruturalistas defendem o chamado ativismo judicial dialógico, caracterizado pela participação ativa do Judiciário em dialogar com todas as partes envolvidas no litígio (Matos, 2025, p. 11).

Vê-se, então, que o processo estrutural é o cenário perfeito para uma jurisdição argumentativamente ambiciosa, haja vista que até conceitos estabelecidos no Direito Processual, como partes, pedido e legitimidade, são relativizados, tudo em prol de uma missão pretensamente salvadora que só o juiz pode exercer. Deslocam-se políticas públicas inteiras, que passam a ser geridas pelo Judiciário.¹³⁸

¹³⁴ Publicado em janeiro de 1947 pela revista *Fortune Magazine*, o artigo intitulado *The Supreme Court: 1947* é considerado o primeiro uso público do termo *judicial activism*. A partir dessa publicação, a discussão sobre a jurisdição foi aumentada na literatura constitucional dos Estados Unidos da América. Apesar de ter sido publicada em uma revista de variedades, o autor do artigo não era um acadêmico de Direito, mas sim um historiador.

¹³⁵ Sunstein (2005a, p. 42-43) compreende o ativismo judicial a partir da frequência com que determinado magistrado ou tribunal invalida as ações de outro poder estatal.

¹³⁶ Na vertente da denominada “judicialização da política”, Luís Roberto Barroso (2012, p. 5) compreende como movimento de transferência ao Poder Judiciário do termo final de questões políticas relevantes.

¹³⁷ Cf. Colômbia, 1997, 1998, 2004.

¹³⁸ Cf. Matos, 2024, p. 80: “A ADPF nº 347, por exemplo, transporta para o Supremo, praticamente, toda a política penitenciária e de segurança pública da União, dos Estados e dos Municípios”.

No julgamento da referida Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF (Brasil, 2015), o então Ministro Celso de Mello proferiu seu voto, com diferentes incursões teóricas e com sua costumeira redação, *ipsis litteris*:

Não constitui demasia acentuar, por oportuno, que o princípio da dignidade da pessoa humana **representa** – considerada a **centralidade** desse postulado essencial (CF, art. 1º, III) – **significativo** vetor interpretativo, *verdadeiro valor-fonte* que conforma e inspira **todo** o ordenamento constitucional **vigente** em nosso País **e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos** em que se assenta, *entre nós*, a ordem republicana e democrática **consagrada** pelo sistema de direito constitucional positivo, **tal como tem reconhecido** a jurisprudência **desta** Suprema Corte, **cujas decisões, no ponto, refletem, com precisão, o próprio magistério da doutrina** (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Poder Constituinte e Poder Popular”, p. 146, 2000, Malheiros; RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, “Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro”, p. 106, 2006, Del Rey; INGO WOLFGANG SARLET, “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988”, p. 45, 2002, Livraria dos Advogados; IMMANUEL KANT, “Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos”, 2004, Martin Claret; LUIZ ANTONIO RIZZATTO NUNES, “O Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência”, 2002, Saraiva; LUIZ EDSON FACHIN, “Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo”, 2008, Renovar, v.g.) (Mello, 2015, p. 175, grifos do autor).

Não se desconhece o caos do sistema penitenciário brasileiro, a posição central que o princípio da dignidade da pessoa humana ocupa no texto constitucional brasileiro, bem como a função do Supremo Tribunal Federal de interpretar a Constituição. Mas, talvez, o trecho acima citado represente tanto uma desordem da linguagem moral jurisdicional quanto uma desordem estética.¹³⁹ A pretexto de justificar uma medida extrema, que, como dito, transfere toda uma política pública para a gestão do Judiciário, o Ministro Celso de Mello saca do lugar-comum jurídico a dignidade da pessoa humana como um remédio específico para um julgamento extremo e coloca o Judiciário, como é de se esperar na linha argumentativa que desenvolve, como intérprete inquestionável da Constituição e da moralidade que rege a sociedade. E o faz, como na maioria de seus votos, em um salpicar desordenado de negritos, itálicos e sublinhados, muitas vezes cumulados, que dificultam a compreensão do texto a ponto de o leitor se questionar *prima facie* o que, de fato, é importante para a fundamentação do voto.

É por essas razões que se entende que a possibilidade de limitação do núcleo decisório dos juízes pode oferecer caminhos transitivos à democracia – essa é a contribuição que se espera oferecer. O minimalismo judicial de Sunstein não parece representar alternativa nesses sentidos. Esses caminhos não podem conter simulacros de democraticidade, sob pena de contaminar os passos subsequentes.

¹³⁹ Convém destacar, neste ponto, a afirmação de Dimas Ferreira Lopes (2017, p. 214): “O justo, o estético e o ético são, portanto, uma imposição”.

O “eu emotivista” do minimalismo judicial de Sunstein é apenas mais uma faceta das mais variadas formas de emotivismo originadas da desordem da linguagem moral jurisdicional nos últimos 300 anos. É preciso, pois, repará-lo – mesmo se compreendido como abordagem transitiva, frisa-se novamente. E essa reparação reconecta-se ao pensamento macintyriano.

No conflito entre Nietzsche e Aristóteles, como já destacado na subseção 4.1.2 desta tese, MacIntyre aponta para o último, com o resgate da ética das virtudes, principalmente, daquela que considera ser a principal: a *phronesis*.

A *phronesis*, ou sabedoria prática, conceito fundamental na ética de Aristóteles, pode ser destacada pela lição que o estagirita profere no Livro VI de *Ética a Nicômaco* (Aristóteles, 1996). A perspectiva aristotélica aponta para a *phronesis* como uma virtude intelectual que se distingue da *episteme* (conhecimento científico) e da *techne* (habilidade técnica). Relaciona-se à capacidade de o homem deliberar sobre o que é bom para o *telos* da vida humana. É por essa razão que afirma:

Pensa-se que é característico de uma pessoa de discernimento ser capaz de deliberar bem acerca do que é bom e conveniente para si mesma, não em relação a um aspecto particular – por exemplo, quando se quer saber quais as espécies de coisas que concorrem para a saúde e para o vigor físico –, e sim acerca das espécies de coisas que nos levam a viver bem de um modo geral (Aristóteles, 1996, p. 219).

No contexto do pensamento aristotélico, a *phronesis* destaca-se para o exercício adequado de outras virtudes; a saber, sem ela, virtudes como a coragem poderiam se transformar em imprudência. Assim, a *phronesis* atuaria como um regulador das virtudes morais, permitindo que uma pessoa ajuste suas ações de acordo com a situação específica que enfrenta.

MacIntyre (2001b) argumenta que a ética da virtude, incluindo a *phronesis*, deve ser compreendida, como já destacado, inserida no contexto de uma tradição viva. Ele sugere que Aristóteles, embora desconhecendo, poderia ser integrado em uma sequência de desenvolvimentos filosóficos até a contemporaneidade e vê a *phronesis* como essencial para o desenvolvimento de uma moralidade inserida em práticas sociais concretas, pois “[...] é a virtude intelectual sem a qual não se pode exercer nenhuma das virtudes do caráter” (MacIntyre, 2001b, p. 262). E mais: designaria, “[...] de maneira mais genérica, alguém que sabe como julgar em casos específicos” (MacIntyre, 2001b, p. 262).

Essa especificidade dos casos a que MacIntyre se refere pode, de certa maneira, se conectar ao propósito minimalista que Sunstein busca empreender e defender. Afinal, agir *one case at a time* – um caso por vez – exige do julgador o sentido de que algum tipo de prudência ao interpretar deve ser aplicado ao ato de restringir o âmbito decisório, pois cada caso tem suas

particularidades, e os juízes, como afirma Sunstein (2015, p. 16), têm um estoque limitado de razão, o que se concorda.

Conforme destaca Júlio Aguiar de Oliveira (2016b, p. 181):

Afirmar que a interpretação do Direito é uma prudência significa que ela é uma virtude. Mais especificamente, uma virtude intelectual. Não obstante, uma virtude intelectual diferente da sabedoria, uma vez que se volta para a ação, e não para a teoria (contemplação). Uma virtude intelectual (dianoética) que se encontra, como observa Pierre Aubenque, no interior mesmo da própria definição de virtude ética. De fato, se é próprio da justiça, por exemplo, enquanto virtude ética, o dar a cada um o seu direito, a descoberta do direito no caso concreto é função da prudência.

Mas o que faz dessa prática interpretativa jurisdicional uma prática virtuosa? Em outros termos, como agir de forma a conectar a prudência ao julgar, o que o minimalismo judicial de Sunstein parece não fazer?

A primeira resposta a essa pergunta está na deliberação. A sabedoria prática diz respeito aos assuntos humanos que podem ser discutidos e decididos. A função primordial de um indivíduo prudente é tomar decisões acertadas. O agir prudencial é, antes de mais nada, um agir que busca a realização de ações boas para o *telos* da vida humana. Assim, aquele que toma decisões de forma racional visa alcançar o ótimo resultado para o ser humano por meio de suas ações.

A tomada de decisão não é um tipo de conhecimento científico, já que não envolve a investigação de algo que já é conhecido, no entanto, uma decisão bem pensada pode ser considerada uma forma de investigação. Quem decide faz uma análise e um cálculo. É considerado benéfico deliberar bem, já que a qualidade na deliberação é aquela que visa atingir um bem.

Se a habilidade dos sábios é refletir adequadamente, então a qualidade da reflexão é agir corretamente em relação ao que leva aos objetivos, algo que a sabedoria prática realmente entende. E a ação de um indivíduo está integralmente realizada quando está em conformidade com a sabedoria prática e a virtude moral. A moralidade guia para o propósito correto, enquanto a sabedoria prática auxilia na seleção dos métodos adequados.

Mas como conceber o minimalismo judicial de Sunstein como expressão racional se ele compreende a deliberação como reflexo, não como uma virtude interna do próprio minimalismo? A deliberação importa decisão mas, também, implica trocas. Isso é por demais relevante no contexto do Estado Democrático de Direito, em que o conflito é uma constante, admitindo-se (ou não, como MacIntyre) o pluralismo.

5.5 Conclusões parciais

Do que foi analisado, progredindo na construção da tese, apresentam-se algumas conclusões parciais vinculadas ao conteúdo deste capítulo:

C₁₃ – O contraste entre Sunstein e MacIntyre revela que a reconstrução da linguagem moral jurisdicional, deteriorada ao longo do tempo, exige uma visão de tradição viva, em que os conflitos e virtudes são partes essenciais para a adaptação e a legitimidade do Judiciário no Estado Democrático de Direito;

C₁₄ – A crítica ao modelo de jurisdição liberal e à desordem moral contemporânea reforça a necessidade de um minimalismo que transcenda o formalismo e acomode uma linguagem moral rica;

C₁₅ – A transição do Estado Social para o Estado Democrático de Direito impôs ao Judiciário novas responsabilidades morais e sociais, o que pode ensejar uma nova forma de minimalismo, o minimalismo dialógico, capaz de integrar uma prática jurisdicional dialógica e inclusiva, atenta às complexidades dos conflitos e demandas sociais;

C₁₆ – A perspectiva de MacIntyre pode ser utilizada como objeção ao minimalismo de Sunstein, já que o reducionismo decisional centrado na figura do juiz pode tender ao emotivismo. O minimalismo dialógico, ao contrário, para atingir seu fim, deve incluir a deliberação interna e a ética das virtudes, evitando arbitrariedades e ampliando a participação;

C₁₇ – O minimalismo dialógico, ao incorporar a phronesis (prudência) aristotélica, redefine a prática jurisdicional como um processo dialógico e moralmente responsável, buscando decisões que equilibram contenção com engajamento ético, essencial para o exercício da função jurisdicional que reflita o bem comum.

É por essa razão que se defende a compreensão da prática deliberativa jurisdicional minimalista por meio de um importante bem interno: o diálogo, o que se verá no capítulo subsequente, juntamente à necessária remodelação dos acordos não totalmente teorizados, agregando-se, pois, um sentido efetivamente democrático, racional e não emotivista.

6 DOS ACORDOS AOS CONFLITOS NÃO TOTALMENTE TEORIZADOS

Conforme já argumentado ao longo desta tese, sob a ótica de MacIntyre (2001b, p. 21), se é a linguagem moral o fundamento das discordâncias existentes, não há meios de se garantir o acordo moral na cultura contemporânea. É sob essa perspectiva que se pretende trazer, neste trabalho, outro prisma de uma das bases que subjazem o minimalismo judicial de Sunstein – os acordos não totalmente teorizados –, além de indicar meios para sua aplicação.

É, também, nessa linha teórica, que se pretende oferecer mais uma etapa de reformulação do minimalismo, oposta à noção de tradição burkeana, à noção de emotivismo na prática jurisdicional e que busque incorporar a *phronesis* aristotélica – relida na perspectiva de MacIntyre –, para redefinir o modelo de prática jurisdicional que incorpore a ética das virtudes e reflita o bem comum.

É bom frisar a esta altura que, assim como Sunstein, argumenta-se aqui em favor da abordagem minimalista não como modelo absoluto ou teoria geral da interpretação, pois o minimalismo, seja na forma do autor estadunidense, seja na forma parcialmente reformulada nesta tese, não se mostra desejável em todos os casos. Em muitos deles, andar por caminhos abstratos é uma necessidade, não uma escolha do interpretante, tal como defende Sunstein (2015, p. 78, tradução nossa):

A superficialidade certamente tem suas virtudes. Mas, se uma teoria profunda estiver correta, talvez os juízes devam adotá-la. Uma decisão superficial, que seja agnóstica em relação à abordagem correta da Constituição, pareceria ser um grande erro se uma abordagem mais ambiciosa, embora controversa, for de fato correta. Suponha, por exemplo, que uma determinada teoria – sobre a liberdade de expressão, a autoridade do presidente como comandante-em-chefe, os direitos de propriedade – forneça a base certa para o desenvolvimento futuro. Nesse caso, há uma boa razão para os tribunais endossarem-na.¹⁴⁰

Igualmente, é importante esclarecer que o minimalismo dialógico também compreende, na linha do pensamento de Sunstein, que os juízes têm um estoque limitado de razão – e a perspectiva minimalista se mostra relevante por isso, pois reduz os custos advindos das decisões judiciais, principalmente o custo dos seus erros. Mas é justamente atento à necessidade de se reduzir ainda mais os custos dessas decisões que será preciso enfatizar a presença de

¹⁴⁰ Texto original: “*Shallowness certainly has its virtues. But if a deep theory is correct, maybe judges ought to adopt it. A shallow ruling, one that is agnostic on the right approach to the Constitution, would seem to be a major error if a more ambitious approach, though contentious, is actually correct. Suppose, for example, that a certain theory – of free speech, the president’s authority as commander-in-chief, property rights – would produce the right foundation for future development. If so, there is good reason for courts to endorse it*”.

mecanismos dialógicos e participativos no processo, oferecendo mais segurança às decisões judiciais minimalistas.

6.1 A importância dos conflitos e o diálogo como bem interno à prática jurisdicional minimalista

Como já destacado, a proposta dos acordos não totalmente teorizados que Sunstein oferece é relevante para explicar o modo com que, em muitos casos, a sociedade torna possível o consenso em questões particulares. Mas, se lida sob a ótica de MacIntyre (2001b), é possível identificar alguns problemas.

O primeiro deles é que os acordos não totalmente teorizados de Sunstein são operados por meio da descida conceitual, ou seja, o denominador comum teórico encontrado nos argumentos conflitantes, que se opera pelo que Sunstein denomina de “uso construtivo do silêncio”. Ou seja, o silêncio que expressa a noção de acordo provém do corte menos profundo em torno das abstrações possíveis que um argumento defendido pode alcançar na teorização do caso. Em outras palavras, os acordos não totalmente teorizados são alcançados por meio de teorizações (incompletas) que incidem sobre o conflito, não pelo conflito em si. Sunstein (2007b, p. 14) argumenta, em sua defesa, que aquele que perde em uma teorização incompleta, perde pouco, pois sua teoria não remanesceu totalmente rejeitada.

O problema é que não há um uso construtivo do silêncio no minimalismo judicial de Sunstein. O silêncio, aqui, atua exclusivamente na produção de um *topos*¹⁴¹ minimalista, que se vale, como pressuposto, do culto às tradições e da preservação da autoridade moral do juiz, pois é ele quem estabelece ou identifica o limite da teorização. Não há um esforço dialógico que inclua as partes conflitantes na discussão em torno da limitação dos argumentos – porque não há deliberação sobre os pontos intencionalmente silenciados, em que incidem (estrategicamente) teorias de menor grau de abstração –, os quais não são compartilhados com as partes, apenas selecionados pela corte ou pelo juiz.

O segundo problema da teorização incompleta no minimalismo judicial de Sunstein (e que se conecta ao anterior), se analisada sob a perspectiva da Filosofia Moral de MacIntyre, refere-se ao modo com que ela é realizada e, principalmente, por quem.

No minimalismo judicial, quem realiza essa escolha sobre a parcela não teorizada é o juiz, em um ato de vontade próprio, hermético e não compartilhado. Há um ato de escolha do

¹⁴¹ Cf. Viehweg, 2008, p. 38.

juiz escondido por uma falsa racionalidade. É o que já se destacou por meio da citação de trecho da fala do Ministro Luís Roberto Barroso (2024, p. 87) em debate no plenário Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 845.779/SC: “[...] a opção minimalista, no fundo, no fundo, envolverá uma escolha. [...] De modo que o minimalismo não é neutro”. E, em complemento, importante frisar novamente a afirmação de David (2018, p. 178), a saber, a de que “O silêncio é, nesse espectro, um juízo político que também deve ser analisado sob o aspecto da autoridade legítima [...]”. Na mesma linha crítica é o pensamento de Tara Smith (2010), que merece ser transcrito e destacado:

O minimalismo autoriza a inserção dos valores dos juízes na determinação do que é o direito e de como ele deve ser aplicado. Quando um juiz acredita que está apropriada e “minimamente” agindo para evitar julgamentos de valor, ele inevitavelmente acaba se baseando implicitamente em crenças substanciais sobre valores para responder às questões inevitáveis: O que minimizar? Como minimizar? Qual grau — e de que, especificamente — é adequadamente “mínimo”? **Como as respostas a essas perguntas não são fornecidas pelo minimalismo (ou são dadas de forma tão vaga e mutuamente contraditória que se tornam desinformativas), cabe ao juiz fornecê-las, sem restrições. Um juiz minimalista faz o que acredita ser melhor, pelas razões que ele considera mais relevantes.** Ao contrário de sua alegação de promover uma previsibilidade estável no direito, essa improvisação judicial apenas intensifica a incerteza. (Ela essencialmente consagra como procedimento padrão o infame teste do juiz Stewart: “Sei quando vejo”, com toda sua imprevisibilidade associada.) **Longe de esclarecer a base para uma aplicação específica do direito, esse método frouxo e permissivo faz com que a corte simplesmente diga ao povo: “confie em nós”** (Smith, 2010, p. 389, grifo nosso, tradução nossa).¹⁴²

Portanto, o que minimalismo judicial de Sunstein parece alcançar com a busca pelo consenso no campo jurisdicional é, contraditoriamente, uma exclusão das partes nas esferas deliberativas jurisdicionais, reforçando a autoridade moral do Judiciário. Essa contradição se dá justamente pelo fato de Sunstein argumentar, de um lado, que o minimalismo tem como apelo a capacidade de poder lidar com uma sociedade pluralista e marcada por intensos desacordos morais, mas sem uma alternativa que não seja autoritária e silenciadora.

Mas, talvez, uma mudança de perspectiva seja possível de ser feita, especialmente, reduzindo a expectativa moral sobre a figura do juiz. O que se quer sustentar é que os conflitos

¹⁴² Texto original: “*Minimalism authorizes the injection of judges’ values into the determination of what the law is and how it is to be applied. When a judge thinks that he is appropriately “minimizing” and thereby steering clear of value judgments, he cannot help but implicitly rely on substantive beliefs about values in order to answer the unavoidable questions: What to minimize? How to minimize? What degree — and of what, specifically — is suitably ‘minimal’? Because the answers to these questions are not given by Minimalism (or are given only in such vague and mutually contradictory ways as to be uninformative), the judge is on his own to supply them, unconstrained. A Minimalist judge is to do whatever he thinks best, for whatever reasons he deems most relevant. Contrary to its claim to foster steady predictability in law, this judicial improv only compounds uncertainty. (It essentially enthrones Justice Stewart’s infamous ‘I know it when I see it’ test, with all its attendant unpredictability, as routine operating procedure.) Far from illuminating the basis for a particular application of the law, this loose, permissive method has the court simply tell the people: ‘trust us’.*”

sejam o primeiro objeto de consideração antes da teorização incompleta, não os argumentos que sobre eles incidem. Afinal, no sentido de tradição viva que se quer sustentar, os conflitos são inerentes à sociedade e integrantes das narrativas individuais. A proposta, aqui, então, é enfatizar que o minimalismo, para ser aplicável de modo democrático, demanda que, antes das teorias subjacentes, os conflitos sejam considerados em primeiro plano. Como consequência, isso apontaria para a necessidade de se aprimorar os mecanismos participativos, dialógicos e deliberativos na jurisdição, contemplando, antes do recorte menos profundo na abstração dos argumentos, as noções concretas do conflito tidas pelas partes e pelos eventuais atingidos por uma decisão judicial, seus anseios e resultados práticos que esperam alcançar com o processo, que devem ser ouvidos e considerados, para que a prática jurisdicional seja efetivamente virtuosa.

Em outras palavras, o que se dizer é que o minimalismo sem participação efetiva é apenas uma forma mais sofisticada de solipsismo. Buscar o acordo, principalmente em torno de conflitos muitas vezes morais, é, no minimalismo de Sunstein, uma tarefa inglória – que somente pode ser operada pelo emotivismo presente na figura do juiz minimalista –, pois, frise-se novamente, segundo MacIntyre (2001b, p. 21), não há meios racionais de se garantir o acordo moral na cultura contemporânea.

Atento ao referencial teórico macintyriano, é necessário, então, agregar mais um bem interno à prática jurisdicional minimalista, ou seja, a noção de diálogo e de ampla participação dos envolvidos.

Como já frisado, para o entendimento do conceito de bem interno contido na obra *Depois da virtude* de MacIntyre (2001b), é fundamental compreender como o autor revisita e reinterpreta o pensamento aristotélico para fundamentar sua crítica à ética moderna e propor uma renovação da tradição das virtudes. O autor, como também já enfatizado, alinha esse conceito ao de prática (MacIntyre, 2001b, p. 316). Nesse contexto, os bens internos são aqueles que só podem ser alcançados por meio do engajamento na prática específica e que são reconhecidos apenas por quem dela participa. E assim conclui: “As virtudes devem ser inicialmente definidas e explicadas como as qualidades sem as quais os bens internos às práticas não podem ser alcançados” (MacIntyre, 2001b, p. 321).

Essa concepção de bens internos permite a MacIntyre estabelecer uma conexão intrínseca entre virtudes e práticas, algo que o autor considera essencial para revitalizar a tradição aristotélica das virtudes. Ele afirma: “A posse das virtudes – **e não só de suas aparências ou simulacros** – é necessária para se alcançar os bens internos; não obstante, a

posse das virtudes pode perfeitamente bem nos impedir de adquirir os bens externos” (MacIntyre, 2001b, p. 329, grifo nosso).

Essa relação entre virtudes e bens internos tem implicações significativas para a ética e a prática moral. MacIntyre argumenta que uma sociedade que reconhece apenas bens externos seria caracterizada pela competição desenfreada, enquanto o reconhecimento dos bens internos promove a cooperação e a busca da excelência. Por essa razão, afirma: “Numa sociedade em que não existe mais uma concepção comum do bem da comunidade conforme especificado pelo bem para o homem, também não pode mais haver nenhum conceito substancial do que é contribuir mais ou menos para a aquisição de tal bem” (MacIntyre, 2001b, p. 388). Essa passagem sugere que a ausência de uma concepção de bem comum – que poderia incluir o reconhecimento de bens internos – resultaria em uma perda de substância na compreensão da contribuição individual para esse bem

A incorporação do diálogo como um bem interno à prática jurisdicional representa uma reformulação sutil, mas vital para o minimalismo – se compreendido como abordagem democraticamente viável. Essa parcial modificação, fundamentada na Filosofia Moral de MacIntyre, buscaria transcender as limitações do minimalismo judicial de Sunstein, cuja aplicação está ancorada na vontade exclusiva do juiz.

Como já se destacou, MacIntyre (2001b, p. 316) define uma prática como “qualquer forma coerente e complexa de atividade humana cooperativa, socialmente estabelecida, por meio da qual os bens internos a essa forma de atividade são realizados”. Nesse contexto, é possível conceber o diálogo não apenas como um meio para se chegar a uma decisão, mas como um bem interno fundamental à própria prática jurisdicional.

Diferentemente do minimalismo judicial de Sunstein, que busca acordos não totalmente teorizados principalmente por meio da decisão judicial, uma abordagem baseada em MacIntyre reconheceria o diálogo como elemento essencial e constitutivo da prática jurisdicional. Assim, as virtudes necessárias para um diálogo efetivo – como a abertura às partes, a empatia e a capacidade de ouvir – tornam-se cruciais para a realização desse bem interno.

A incorporação do diálogo como bem interno à prática jurisdicional, não só nessa releitura do minimalismo, mas na prática jurisdicional como um todo, tem implicações relevantes. Em primeiro lugar, transforma a natureza da prática judicial, tornando-a intrinsecamente mais participativa, o que é particularmente relevante à luz da observação de MacIntyre (2001b, p. 388), pois em uma sociedade que já não compartilha uma concepção comum sobre o bem coletivo, entendido como o bem para o ser humano, torna-se impossível formular um conceito substancial que diferencie contribuições maiores ou menores para a

realização desse bem. É o diálogo, entendido como bem interno da prática jurisdicional, que pode servir como meio de negociar e construir entendimentos compartilhados em uma sociedade moralmente fragmentada.

Além disso, essa perspectiva alinha-se à noção de tradição em MacIntyre. Ao incorporar o diálogo como um bem interno, a prática jurisdicional mantém-se como uma tradição viva, constantemente renovada pelo engajamento ativo dos participantes, em uma narrativa da qual efetivamente fazem parte. Isso contrasta com o risco de fossilização que pode ocorrer quando as decisões judiciais resultam predominantemente da deliberação isolada dos juízes.

É importante, porém, reconhecer que essa proposta não está isenta de desafios. Poder-se-ia argumentar que a ênfase excessiva no diálogo pode comprometer a eficiência ou a consistência do processo judicial. No entanto, esses desafios não são insuperáveis. A chave está em encontrar o equilíbrio entre o diálogo como bem interno e as necessidades práticas do sistema judicial. Isso pode envolver, por exemplo, o desenvolvimento ou o aprimoramento de procedimentos que facilitem o diálogo significativo sem prolongar indevidamente os processos.

Conceber o diálogo como um bem interno à prática jurisdicional pode, então, oferecer algum caminho para superar as limitações do minimalismo judicial de Sunstein. Ao fazê-lo, move-se em direção a uma forma de adjudicação que não apenas busque resolver disputas, mas, também, cultive as virtudes necessárias para uma sociedade mais dialógica e, potencialmente, mais capaz de lidar com seus profundos desacordos morais. Diferentemente de Sunstein (2007b, p. 14), nessa perspectiva, importa mais que as partes e os potencialmente envolvidos no processo não se distanciem da narrativa da qual fazem parte e que o conflito ainda esteja latente, do que, simplesmente, perder parte dos argumentos em uma teorização incompleta.

A incorporação do diálogo como bem interno à prática jurisdicional encontra ressonância na noção de *phronesis* aristotélica, notadamente quando observada através da lente interpretativa de MacIntyre. A *phronesis*, ou sabedoria prática, é central na ética aristotélica e na releitura que MacIntyre faz dela. O autor enfatiza que, para Aristóteles, a posse da virtude da *phronesis* é uma condição prévia para a posse de qualquer outra virtude de caráter (MacIntyre, 2001b, p. 262). Essa sabedoria prática não é meramente um conhecimento teórico, mas uma capacidade de discernimento moral que se desenvolve por meio da experiência e da prática, que se guia para o julgamento em casos específicos.

No contexto da prática jurisdicional, é possível entender o diálogo não apenas como um bem interno, mas também como um meio essencial para o cultivo e exercício da *phronesis*. O juiz, ao engajar-se em um diálogo genuíno com as partes e outros atores relevantes, não está

simplesmente coletando informações, mas está exercitando e refinando sua capacidade de julgamento prático.

MacIntyre (2001b, p. 262) argumenta que “o juízo tem um papel indispensável na vida do homem virtuoso, que não tem e não pode ter, por exemplo, na vida da pessoa comum meramente obediente às leis ou às normas”. Essa observação é relevante para a proposta de reforma parcial do minimalismo contida na presente tese. Ao incorporar o diálogo como um bem interno, estar-se-ia, essencialmente, propondo um modelo de decisão que valoriza e cultiva a *phronesis*, em vez de depender exclusivamente de regras ou princípios abstratos.

Contudo, embora o minimalismo de Sunstein já represente um afastamento da dependência estrita de regras, ele ainda se baseia principalmente no juízo individual do julgador. A proposta de incorporar o diálogo como um bem interno à prática jurisdicional vai além, buscando cultivar a *phronesis* não apenas como uma virtude individual do juiz, mas como uma capacidade coletiva que emerge do processo dialógico. Nesse modelo, regras e princípios não são simplesmente rejeitados, como no minimalismo de Sunstein, mas se tornam pontos de partida para um diálogo mais rico e uma deliberação mais profunda.

A *phronesis*, tal como entendida por MacIntyre em sua leitura de Aristóteles, não é uma capacidade puramente individual, mas algo que se desenvolve e se exerce no contexto de uma comunidade. Ao conceber o diálogo como um bem interno à prática jurisdicional, seria possível repensar um espaço para o desenvolvimento coletivo da *phronesis*, em que juízes, advogados, partes e outros atores do processo possam conjuntamente exercitar e refinar a sabedoria prática.

Esse ponto também se alinha à crítica de MacIntyre à fragmentação moral da sociedade moderna. O diálogo, entendido como um exercício de *phronesis* coletiva, pode ser visto como uma tentativa de reconstruir, mesmo que em escala limitada, uma concepção compartilhada do bem no contexto específico de cada caso.

Aristóteles, em *Ética a Nicômaco*, afirma:

O discernimento, por outro lado, relaciona-se com as ações humanas e coisas acerca das quais é possível deliberar; de fato, dizemos que deliberar bem é acima de tudo a função das pessoas de discernimento, mas ninguém delibera a respeito de coisas invariáveis, ou de coisas cuja finalidade não seja um bem que possamos atingir mediante a ação. As pessoas boas de um modo geral são as capazes de visar calculadamente ao que há de melhor para as criaturas humanas nas coisas passíveis de ser atingidas mediante a ação (Aristóteles, 1996, p. 222, grifo nosso).

Assim, ao conectar o diálogo como bem interno à noção de *phronesis*, a proposta é de um modelo de prática jurisdicional que não apenas resolva disputas, mas também cultive a sabedoria prática necessária para lidar com os complexos desafios morais da sociedade, movendo-se em direção a uma forma de decisão mais elaborada em termos éticos e mais capaz

de lidar com os desacordos morais que caracterizam a contemporaneidade, manifestados por meio da divergência da linguagem moral.

A centralidade do conflito na sabedoria prática do minimalismo dialógico – proposta de reformulação ao minimalismo judicial de Sunstein – alinha-se à concepção aristotélica de *phronesis*, também, por colocar o conflito concreto, e não teorias abstratas ou regras rígidas, no centro da deliberação judicial. Na esteira do pensamento de Aristóteles (1996, p. 222), é possível reconhecer que a prática jurisdicional versa sobre “coisas humanas”. Cada conflito judicial representa um objeto único de deliberação, com uma finalidade específica – a sua justa resolução, “medida exatíssima” (Pimenta, 1999, p. 43) – que só pode ser alcançada por meio da ação deliberativa dialógica.

Assim como as tradições são reconfiguradas pelas práticas e pelos debates no interior de uma comunidade, as instituições democráticas devem ser reconfiguradas pelas novas demandas e desafios trazidos por seus cidadãos. Nesse modelo, o juiz, as partes e outros participantes do processo engajam-se em um exercício coletivo da *phronesis*. Eles devem, como Aristóteles (1996, p. 222) sugere, ser “[...] capazes de visar calculadamente ao que há de melhor para as criaturas humanas nas coisas passíveis de ser [*sic*] atingidas mediante a ação”.

Isso implica uma consideração cuidadosa e dialógica de todos os aspectos do conflito, reconhecendo sua natureza variável e única, o que pode permitir um modelo decisório verdadeiramente prático no sentido aristotélico – capaz de lidar com a complexidade e a variabilidade das coisas humanas –, sempre visando o melhor resultado alcançável pela ação (decisão) jurisdicional.

6.2 A consideração do conflito como condição para aplicação do minimalismo

No paradigma do Estado Democrático de Direito, caracterizado, entre outros aspectos, pela participação efetiva dos cidadãos, “liberdade e igualdade são retomados como direitos que expressam e possibilitam uma comunidade de princípios, integradas por membros que reciprocamente se reconhecem pessoas livres e iguais, coautores das leis que regem sua vida em comum” (Carvalho Netto, 2004, p. 37). Entretanto, no minimalismo judicial de Sunstein, vê-se que não há uma orientação clara ao entendimento que inclua os destinatários dos provimentos jurisdicionais e que favoreça a “[...] compreensão da situação negociada em comum [...] à luz de pretensões de validade intersubjetivamente reconhecidas” (Habermas, 2020, p. 61). Há, somente, uma orientação ao êxito único e exclusivo dos autores da decisão – a corte ou o juiz.

Para a compreensão da condição necessária para a aplicação da abordagem minimalista, é crucial analisá-la criticamente no contexto da democracia deliberativa, um dos pressupostos do minimalismo de Sunstein. Isso porque é também sobre o aspecto deliberativo que se pretende aperfeiçoar a abordagem minimalista.

No desenvolvimento do ideal democracia deliberativa, Sunstein não se põe a indicar os requisitos formais das deliberações políticas.¹⁴³ No plano substancial, no entanto, fica clara a preocupação do autor, fiel ao modelo dos *founding fathers*, quanto ao medo da “tirania da maioria”, razão pela qual afirma que “o governo da maioria não deve ser entendido como a simples tradução dos desejos dos atuais em leis” (Sunstein, 2008a, p. 171). De se concluir que sua articulação é forte quanto à noção de prestação de contas pública (*accountability*), mas sem explicitar, repita-se, a forma e os mecanismos de aplicação do ideal de democracia deliberativa.

Neste ponto, é importante ressaltar que a falta de especificação dos mecanismos de deliberação democrática constitui uma lacuna significativa na elaboração minimalista de Sunstein, já que uma democracia deliberativa efetiva requer não apenas a prestação de contas, mas também estruturas institucionais que permitam uma participação significativa dos cidadãos no processo de tomada de decisão.

Esse problema se amplifica à medida que o autor evolui e constrói o modelo minimalista. Como explicado no capítulo dois desta tese, a defesa das decisões minimalistas também está amparada na capacidade de as esferas distintas do Judiciário receberem essas parcelas não decididas, porque enfrentadas em perspectivas estreitas e pouco profundas nas decisões judiciais. É por essa razão que Sunstein (1999, p. 218) argumenta que o adequado seriam abordagens pragmáticas e empíricas, e, do outro lado, como efeito, o modo como as instituições provavelmente responderiam a diferentes estratégias interpretativas, o que, na sua visão, reduziria os custos das decisões.

Feitas essas considerações, é preciso novamente voltar à proposta de posicionar o conflito antes da teorização incompleta, pois é a sua consideração nesse ponto a condição relevante, na reformulação ora proposta, para a aplicação da limitação às teorias de larga escala.

¹⁴³ Segundo afirma Sunstein (2008a, p. 169-170), em *A constituição parcial*: “Eu não vou tentar oferecer aqui uma completa elaboração e defesa da democracia deliberativa ou compará-la com as muitas fontes alternativas de princípios de hermenêutica. Para empreender tais tarefas, seria necessário estabelecer uma teoria completa do que o governo deveria fazer. É lamentável, mas é verdade que uma teoria completamente adequada de interpretação constitucional talvez tivesse que fazer exatamente isso. O meu objetivo aqui é muito mais modesto. Esperamos poder estabelecer apenas os compromissos da democracia deliberativa, sugerir a sua plausibilidade, as suas raízes históricas e o seu apelo geral, e ver como ela poderia influir no desenvolvimento de princípios de hermenêutica em várias áreas do direito”.

Primeiro, quanto ao medo da “tirania da maioria” indicado acima, é possível fazer algumas considerações. Ao posicionar o conflito como condição prévia à teorização incompleta, permite-se reconhecer de modo explícito as tensões e divergências inerentes ao processo democrático, ao possibilitar que as decisões judiciais sejam informadas por uma compreensão mais profunda das diversas perspectivas em jogo. Assim, o medo da tirania da maioria pode ser mitigado por meio de um processo decisório que, de modo ativo, considere os interesses conflitantes.

Segundo, quando à falta de especificação, no pensamento de Sunstein, dos mecanismos de deliberação democrática, é possível apontar que ela pode ser superada, no minimalismo, ao se considerar o conflito como ponto de partida. Criar-se-ia um espaço natural para a participação cidadã virtuosa, ao permitir que diversas vozes, muitas vezes conflitantes, sejam ouvidas e consideradas no processo judicial. Ao fazê-lo, sugere-se ao menos o sentido do preenchimento da lacuna identificada no pensamento de Sunstein, alinhando o processo decisório aos ideais de participação e coautoria democráticas, reconhecendo-se a intersubjetividade na construção das decisões.

Terceiro, ao se colocar a consideração do conflito como condição para a teorização incompleta, as abordagens pragmáticas e empíricas defendidas por Sunstein ganham uma nova dimensão. Os conflitos são capazes de fornecer um rico conjunto de dados e contextos extraídos das narrativas, individuais ou coletivas, moralmente fragmentadas ao longo do tempo, que podem contribuir para decisões prudentiais (no sentido aristotélico). Permite-se, com isso, alcançar compreensões mais matizadas e fundamentadas das questões em jogo.

Quarto, o conflito, como ponto de partida, permite uma antecipação mais precisa de como as instituições responderão a diferentes estratégias interpretativas eventualmente adotadas pelo Judiciário. Ao compreender os conflitos subjacentes e as tensões entre diferentes atores institucionais e sociais, os juízes podem tomar decisões mais informadas sobre o escopo e a profundidade adequados de suas decisões. Podem, inclusive, por que não, descartar a possibilidade de uma abordagem minimalista, pois, como o próprio Sunstein (1999, p. 248, grifo nosso, tradução nossa) afirma:

Aqueles que geralmente acreditam na superficialidade não podem rejeitar a possibilidade de que os juízes possam ter que ser ambiciosos para pensar bem sobre alguns casos; portanto, ascensões conceituais, envolvendo argumentos cada vez mais ambiciosos, dificilmente são estranhas ao direito. **Ascensões conceituais podem ser desejáveis; elas podem até ser inevitáveis.** Na área da igualdade com base em raça e sexo, a Suprema Corte tem se mostrado disposta a pensar de forma bastante profunda, e isso é totalmente apropriado considerando a exposição prolongada da Corte às questões subjacentes, sua disposição geral de proceder incrementalmente e os problemas óbvios de confiar nos processos democráticos para resolver todos os

problemas relevantes. Como tenho enfatizado, qualquer argumento analógico depende de um argumento ou princípio de algum tipo, e, portanto, aqueles que aprovam a analogia devem estar preparados para a possibilidade de que terão que pensar de forma bastante ambiciosa.¹⁴⁴

Quinto, pois embora Sunstein argumente que o minimalismo judicial reduziria os custos das decisões, a incorporação da consideração do conflito como condição prévia pode levar a reduções ainda mais significativas a longo prazo. A elaboração de decisões mais responsivas às realidades sociais conflitantes pode reduzir, ainda que em tese, a necessidade de revisões ou superações jurisprudenciais.

E em sexto lugar, ao posicionar a consideração do conflito como condição para a teorização incompleta, alinha-se o exercício da prática jurisdicional de modo mais estreito ao ideal de participação e coautoria das normas no Estado Democrático de Direito. Há, com essa abordagem, a possibilidade mais evidente de que conflitos e perspectivas diversas informem diretamente o processo de tomada de decisão judicial, reconhecendo de forma mais plena o ideal de uma comunidade de princípios em que os membros se reconhecem mutuamente como livres e iguais, desenvolvendo, de maneira mais adequada, a “competência comunicativa”, sem limitações externas (violência) ou internas (ideologias) (Galuppo, 2002, p. 152-153).

Convém frisar que, ao adotar a perspectiva dos conflitos não totalmente teorizados, não se está abandonando a teorização incompleta de Sunstein, mas sim sugerindo seu aprimoramento. Colocar o conflito em primeiro plano pode permitir uma análise mais aprofundada e contextual das questões em jogo, proporcionando uma compreensão mais clara das nuances de cada caso. Isso é indispensável para identificar quando uma decisão minimalista é apropriada, pois os conflitos revelam as complexidades e dinâmicas que exigem interações cuidadosas. Nessa linha, destaque o pensamento de Sykes ([2015], p. 32, tradução nossa), que, ao criticar o minimalismo de Sunstein, afirma: “Às vezes, essas técnicas de evitação simplesmente atrasam o confronto”.¹⁴⁵ Reposicionar o conflito, desse modo, seria uma tentativa de solucionar parte desse problema.

¹⁴⁴ Texto original: “*There is a further point. Those who generally believe in shallowness cannot reject the possibility that judges may have to get ambitious in order to think well about some cases; hence conceptual ascents, involving increasingly ambitious arguments, are hardly foreign to law. Conceptual ascents may be desirable; they may even be inevitable. In the area of equality on the basis of race and sex, the Supreme Court has been willing to think fairly deeply, and this is altogether proper in view of the Court’s extended exposure to the underlying questions, its general willingness to proceed incrementally, and the obvious problems with relying on democratic processes to solve all of the relevant problems. As I have emphasized, any analogical argument depends on an argument or principle of some kind, and hence those who approve of analogy should be prepared for the possibility that they will have to think quite ambitiously.*”

¹⁴⁵ Texto original: “*Sometimes these avoidance techniques simply delay the confrontation.*”

Assim, os conflitos não apenas informam, mas também condicionam a teorização incompleta, servindo como um critério essencial para determinar a extensão e a profundidade necessárias em cada decisão judicial. Dessa forma, ao priorizar a análise dos conflitos, a abordagem minimalista ganha em precisão e relevância, assegurando que as decisões sejam não apenas juridicamente sólidas, mas também socialmente sensíveis.

Também, ao colocar o conflito em primeiro plano, acomoda-se a noção de tradição viva de MacIntyre, destacando a importância das narrativas individuais como pré-condições para a teorização incompleta. Essa reformulação tem o condão de apontar para o reconhecimento, à luz da Filosofia Moral de MacIntyre, de que as tradições são dinâmicas e evolutivas, moldadas por histórias e experiências, também capazes de influenciar a interpretação e aplicação das normas jurídicas. Dessa maneira, ao se adotar uma teorização incompleta, as partes e atores processuais envolvidos no conflito poderão ter maior clareza de que essa abordagem emerge diretamente da compreensão do conflito em si, e não de teorias previamente estabelecidas, mesmo que levantadas pelos próprios conflitantes no caso em exame. Em vez de perderem argumentos no processo – especialmente aqueles não totalmente teorizados, como destaca Sunstein –, as partes poderiam compreender que a decisão minimalista se fundamenta na complexidade e nas particularidades do caso concreto, isto é, em um caso por vez.

Não se quer, com isso, desconsiderar o fato de que, por exemplo, no controle abstrato de constitucionalidade, as análises são feitas sobre matéria de direito. O que se pretende sustentar é que, antes dessas análises jurídicas, existem fatos, jurídicos ou não, que não podem ser ignorados. Esses fatos se manifestam nas diferentes perspectivas sobre como os argumentos interagem com a constitucionalização, ou não, de determinados direitos, ou mesmo na colisão entre direitos fundamentais.

Ao reconhecer essas perspectivas, o processo judicial adquire uma dimensão mais rica e contextual, ao permitir que as decisões não apenas reflitam uma análise técnica da norma e dos argumentos envolvidos, mas também considerem as implicações sociais e humanas dos direitos em questão. Isso favorece uma compreensão mais holística e inclusiva, na qual as visões conflitantes são tratadas como parte integrante do processo deliberativo, assegurando que as decisões respeitem tanto o texto constitucional quanto a realidade vivenciada pelos indivíduos afetados.

6.3 Limites à teorização incompleta e ao minimalismo

Tendo estabelecido a condição necessária para a aplicação do minimalismo – a consideração primeira do conflito –, é crucial examinar os limites da abordagem minimalista, especialmente no contexto brasileiro. Esses limites surgem tanto das particularidades do sistema jurídico e político do Brasil quanto das características intrínsecas do próprio minimalismo.

Primeiro, porém, é preciso enfatizar as limitações já identificadas pelo próprio Sunstein e por parte da literatura científica a respeito do tema.

Em *One case at a time*, Sunstein (1999, p. 57) reconhece que o minimalismo judicial, apesar de suas virtudes, não é uma abordagem universalmente aplicável ou isenta de limitações. Um dos principais limites identificados é a necessidade ocasional de decisões mais amplas e profundas em determinados contextos. Ele afirma:

O minimalismo torna-se mais atraente (1) quando os juízes estão procedendo em meio a incertezas factuais ou morais (constitucionalmente relevantes) e circunstâncias que mudam rapidamente, (2) quando qualquer solução parece provável de ser confundida por casos futuros, (3) quando a necessidade de planejamento antecipado não parece insistente, e (4) quando as precondições para o autogoverno democrático não estão em jogo e os objetivos democráticos não são propensos a serem promovidos por um julgamento vinculado a regras (Sunstein, 1999, p. 57, tradução nossa).¹⁴⁶

Na passagem acima citada, o autor sugere que o minimalismo tem limites claros quando há necessidade de planejamento antecipado ou quando as precondições para o autogoverno democrático estão em jogo. Em tais situações, decisões mais amplas e profundas podem ser necessárias.

Outro limite significativo é a potencial inadequação do minimalismo em casos que exigem clareza e previsibilidade imediatas. Nas palavras do autor, “[...] o argumento a favor da amplitude é forte quando o planejamento antecipado é valioso e quando as restrições à discricionariedade oficial são importantes. O direito de propriedade e contratual é um exemplo” (Sunstein, 1999, p. 257, tradução nossa).¹⁴⁷ Aqui, Sunstein reconhece que em áreas do direito em que a previsibilidade é crucial, como no direito de propriedade e contratos, o minimalismo pode ser menos adequado.

¹⁴⁶ Texto original: “*Minimalism becomes more attractive (1) when judges are proceeding in the midst of (constitutionally relevant) factual or moral uncertainty and rapidly changing circumstances, (2) when any solution seems likely to be confounded by future cases, (3) when the need for advance planning does not seem insistent, and (4) when the preconditions for democratic self-government are not at stake and democratic goals are not likely to be promoted by a rule-bound judgment*”.

¹⁴⁷ Texto original: “[...] *the case for width is strong when advance planning is valuable and when constraints on official discretion are important. The law of property and contract is an example*”.

O autor também aponta que o minimalismo pode, paradoxalmente, aumentar os custos de decisão a longo prazo. Segundo afirma, “Um tribunal que economiza em custos de decisão para si mesmo pode, no processo, ‘exportar’ custos de decisão para outras pessoas, incluindo litigantes e juízes em casos subsequentes que devem dar conteúdo ao direito” (Sunstein, 1999, p. 48, tradução nossa).¹⁴⁸ A observação do autor sugere que, embora o minimalismo possa reduzir os custos decisórios no curto prazo, tende a aumentá-los no longo prazo, ao deixar questões não resolvidas para casos futuros.

Sunstein também reconhece que o minimalismo pode não ser apropriado quando os juízes têm confiança em uma decisão mais ampla ou profunda. Segundo afirma, “Se os juízes pudessem gerar regras excelentes, a amplitude seria totalmente benéfica” (Sunstein, 1999, p. 244, tradução nossa).¹⁴⁹ Esta afirmação indica que o minimalismo tem limites quando os juízes estão munidos de fundamentação robusta capaz de levar à elaboração de decisões abrangentes e eficazes.

Em *Radical in robes*, Sunstein (2005a) também reconhece que há situações em que esta abordagem pode não ser a mais adequada. Um dos principais limites identificados é a necessidade ocasional de decisões mais amplas e profundas em determinados contextos históricos ou jurídicos.

Os minimalistas são atraídos por uma linha de argumentação simples. Se um direito antigo se fundamenta em um julgamento que já não possui grande respaldo, é esperado que seja pouco ou nada aplicado. Portanto, ele se torna uma ferramenta de assédio, e não um direito comum – na verdade, uma violação ao próprio Estado de Direito (Sunstein, 2005a, p. 97, tradução nossa).¹⁵⁰

O trecho acima sugere que, em alguns casos, uma abordagem minimalista pode levar a uma interpretação mais ampla do direito do que o inicialmente pretendido. Sunstein novamente reconhece que o minimalismo pode não ser apropriado quando há necessidade imediata de clareza e previsibilidade. Ao discutir, por exemplo, questões sobre espécies animais ameaçadas, ele admite que isso pode afetar vários ramos, desde a pesquisa científica à recreação, assim como a questão da poluição das águas (Sunstein, 2005a, p. 239-240). Isso indica que o minimalismo tem limites quando se trata de questões com impactos claros e generalizados, como a proteção ambiental.

¹⁴⁸ Texto original: “A court that economizes on decision costs for itself may in the process ‘export’ decision costs to other people, including litigants and judges in subsequent cases who must give content to the law”.

¹⁴⁹ Texto original: “If judges could generate excellent rules, width would be all to the good”.

¹⁵⁰ Texto original: “Minimalists are drawn to a simple line of argument. If an old law is founded on a judgment that no longer has much support, we should expect it to be enforced little or not at all. It is therefore a tool for harassment, and not an ordinary law at all – in fact a violation of the rule of law itself”.

Em *Constitutional personae*, o autor também sustenta que, quando juízes ou cortes têm confiança em uma decisão mais ampla ou teoricamente profunda, o minimalismo pode não ser apropriado, soando inadequado em situações que exigem maior certeza jurídica, proteção assertiva de direitos fundamentais (Sunstein, 2015, p. 78). A mesma conclusão pode ser observada no artigo *Beyond judicial minimalism*, em que Sunstein (2008b, p. 826 e 832) argumenta que, embora a evasão e a modéstia teórica tenham lugar relevante no Direito, em alguns domínios o minimalismo seria um erro terrível, como o direito da propriedade, os poderes do Presidente e a proteção de direitos fundamentais.

No artigo *Problems with minimalism* (Sunstein, 2006c, p. 1.912, tradução nossa), o autor afirma que “Quando a previsibilidade é extremamente importante, decisões caso a caso impõem altos custos”.¹⁵¹ Ou seja, o autor quer destacar novamente que em áreas nas quais a previsibilidade é crucial, o minimalismo pode ser contraproducente. Na linha de argumentos já destacados, o autor enfatiza novamente que “Quando a área requer um alto grau de previsibilidade, e quando a corte teve muita experiência com a área, a amplitude pode muito bem ser justificada” (Sunstein, 2006c, p. 1.914-1.915, tradução nossa).¹⁵²

Analisando o minimalismo de Sunstein, Sykes ([2015], p. 34) argumenta que, em certos casos, especialmente envolvendo direitos fundamentais, decisões mais amplas e claras são necessárias para fornecer orientação definitiva. Ainda, sustenta que a aplicação do minimalismo pode levar a uma distorção da intenção legislativa e, conseqüentemente, à usurpação do papel do Legislativo pelo Judiciário (Sykes, [2015], p. 31-32). Também, como já se destacou anteriormente, a autora sugere que o minimalismo, ao adiar decisões difíceis, pode apenas postergar confrontos necessários sobre questões constitucionais importantes (Sykes, [2015], p. 32). E conclui: “Arrogar muito poder ao Judiciário distorce nossa política e mina nossa capacidade de moldar e alterar democraticamente nossas instituições legais, sociais e econômicas básicas. Mas doutrinas fortes de evitação e deferência não são a resposta” (Sykes, [2015], p. 34, tradução nossa).¹⁵³

Já Christopher J. Peters (2000, 1.522-1.536), em artigo intitulado *Assessing the new judicial minimalism*, apresenta o minimalismo judicial como uma teoria fundamentalmente falha, que subestima a legitimidade e competência do Judiciário enquanto superestima a dos

¹⁵¹ Texto original: “When predictability is exceedingly important, case-by-case decisions impose high costs”.

¹⁵² Texto original: “When the area requires a high degree of predictability, and when the Court has had a great deal of experience with the area, width might well be justified”.

¹⁵³ Texto original: “Arrogating too much power to the judiciary distorts our politics and undermines our ability to democratically shape and alter our basic legal, social, and economic institutions. But strong avoidance and deference doctrines are not the answer”.

ramos políticos. Suas críticas sugerem que o minimalismo, especialmente em sua forma substantiva, pode minar a função essencial do Judiciário na proteção de direitos individuais e minoritários, tal como destaca Bunchaft (2011, 2014) em trabalhos já analisados nesta tese.

Uma crítica relevante também pode ser extraída do artigo de Tara Smith (2010), cujo título é *Reckless caution: the perils of judicial minimalism*. A autora critica o minimalismo, rejeitando-o como uma teoria, já que, em sua visão, nada dele é definido, carecendo de identidade coerente, sem a capacidade de oferecer orientações claras e consistentes aos juízes (Smith, 2010, p. 391). Para ela, “O termo funciona meramente como um espaço reservado invocado para sancionar um conjunto diversificado de desideratos, em vez de designar um método distintivo de tomada de decisão que ofereça orientação genuína” (Smith, 2010, p. 391, tradução nossa).¹⁵⁴

Além disso, na linha semelhante à presente tese, Smith (2010, p. 392) critica a tentativa de o minimalismo separar a forma da decisão judicial do seu conteúdo substantivo – daí, também, acrescente-se ao pensamento da autora, a necessidade de incorporar a consideração do conflito como condição à teorização incompleta. A autora afirma:

Sua ampla atratividade [do minimalismo judicial] é comprada ao custo de não ser nada em particular; a maneira de satisfazer a tantos é reduzir a própria identidade do minimalismo. Ao tentar evitar os valores que são inerentes a um sistema jurídico, nada resta para sustentar o minimalismo como uma unidade. Sua tentativa de explicar a adjudicação adequada ao separar a forma de tomada de decisões judiciais do conteúdo do direito sobre o qual os juízes estão decidindo é autodestrutiva. **Um relato adequado de como os juízes devem aplicar o direito não pode ignorar os valores que estão no direito** (Smith, 2010, p. 392, grifo nosso, tradução nossa).¹⁵⁵

Mas, para além dos limites já identificados acima, é possível avançar, conjecturando outros limites, considerando, como dito, tanto o sistema jurídico do Brasil quanto as características do próprio minimalismo.

Sunstein (1999, p. 228) afirma que a evolução do Direito Administrativo modificou a prática interpretativa no Direito Público, já que a parte mais relevante da interpretação dos

¹⁵⁴ Texto original: “The term functions merely as a placeholder invoked to sanction a grab-bag of desiderata rather than to designate a distinctive method of decision-making that offers genuine guidance”.

¹⁵⁵ Texto original: “Its breadth of appeal is bought at the price of its being anything in particular; the way to satisfy so many is to shrink the identity of Minimalism itself. By attempting to evade the values that are inherent in a legal system, nothing remains to hold Minimalism together as a unit. Its attempt to explain proper adjudication by severing the form of judicial decision-making from the content of the law that judges are making decisions about is self-defeating. An adequate account of how judges should apply the law cannot ignore the values that are in the law”.

statute law,¹⁵⁶ nos Estados Unidos da América, seria feita não pelos tribunais, mas pelas agências federais.

Esse ponto levantado pelo autor resvala diretamente no modelo de contencioso administrativo adotado, cabendo aqui levantar uma clara objeção à ampla aplicação do minimalismo, o que pode ser feito com fundamento no exemplo brasileiro.

O argumento de Sunstein de deixar as coisas não decididas para que outras esferas possam tratá-la parece não ter aplicação fácil no Brasil, ao menos no momento. Primeiro, porque o modelo de agências, inspirado no direito estadunidense, não teve completa repercussão aqui.¹⁵⁷ Segundo, porque, não havendo a mesma compatibilidade com o modelo dos Estados Unidos da América, não há – pelo menos na escala que lá se evidencia – predominância de decisões de agências em casos particulares, pois o quadro estatístico brasileiro é mais equilibrado. Na esfera da saúde suplementar, por exemplo, no ano de 2023, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (2023, p. 23) registrou um total aproximado de 350.000 reclamações, ao passo que, no mesmo período, o Judiciário brasileiro viu ingressar 230.977 processos novos, fechando o mesmo ano com um total de 292.678 casos pendentes e 194.805 julgados, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (2024).

Portanto, um dos limites que se apresenta, ligado à caracterização do ideal de democracia deliberativa minimalista, é a efetiva capacidade de as esferas distintas do Judiciário receberem os estímulos decorrente das questões não decididas, propondo, por exemplo, respostas políticas e normativas que abarquem os pontos não enfrentados pelo Judiciário.

Ainda que se compreenda como abordagem viável, convém destacar que o minimalismo judicial de Sunstein não parece ser adequado para cortes com “performance deliberativa pobre” (Oliveira, 2016a, p. 146).¹⁵⁸ Analisando a aplicação da máxima da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, Júlio Aguiar de Oliveira (2016a, p. 146), por exemplo, afirma que a corte “[...] decide, mas não delibera”, ou seja, “[...] não há deliberação em sentido estrito porque não há discussão argumentativa” – os argumentos não são testados. Desse modo, decisões estruturadas no modelo minimalista sunsteiniano restringiriam ainda mais o já precário quadro de deliberação daquele tribunal, que naturalmente não delibera, e que agora, intencionalmente, deixaria em descoberto questões para outras esferas políticas e sociais.

¹⁵⁶ Para Guido Fernando Silva Soares (2000, p. 37), “o direito criado pelo legislador postado fora do Poder Judiciário”.

¹⁵⁷ Regina Silva Pacheco (2006, p. 525) afirma que, diferentemente do modelo dos Estados Unidos, “[...] o formato de agências independentes representou delegação do Poder Executivo, protagonista de longa tradição na definição de políticas públicas e investimentos em infraestrutura”.

¹⁵⁸ Frise-se, por óbvio, que a abordagem minimalista, por si só, é uma estratégia de não deliberação.

Além disso, Sunstein (1996, p. 6, tradução nossa) afirma que as virtudes dos acordos não totalmente teorizados “[...] estão ligadas ao espaço limitado dos tribunais em uma sociedade democrática, em que princípios fundamentais são mais bem discutidos e revelados em arenas democráticas”.¹⁵⁹

Esta afirmação de Sunstein, embora aparentemente alinhada aos ideais democráticos, levanta questões importantes sobre a relação entre o Judiciário e outras instituições democráticas. Isso porque os tribunais, especialmente as cortes constitucionais, têm um papel crucial na proteção de direitos fundamentais, que não pode ser simplesmente delegado a outras “arenas democráticas” – não sem um mínimo de deliberação dialógica prévia.

Mas, além desses pontos, é possível indicar outros limites. Considerando-se algumas premissas já expostas ao longo desta tese, a saber, a de (i) que o minimalismo está ligado à redução do custo das decisões; (ii) que cortes serão mais ou menos minimalistas se considerado o intento de recharacterizar as *rationes decidendi* como *obiter dicta*; e que (iii) o ativismo está ligado à frequência com que o Judiciário invalida os atos dos outros Poderes, em especial, do Legislativo, é possível concluir, em silogismo, que o minimalismo reduz o custo das decisões exatamente por invalidar menos os atos dos outros Poderes ou funções de Estado, já que não utiliza teorias em larga escala e adota foco no caso em exame, preservando o espaço das *rationes decidendi* e dos argumentos em *obiter dictum*, almejando o referido acordo não totalmente teorizado.

No contexto brasileiro, essa conclusão poderia indicar maior previsibilidade na aplicação dos precedentes, evitando interferências políticas de ocasião, em que o Judiciário se vê instado, por exemplo, a fornecer respostas por pressões sociais e midiáticas. Como exemplo relativamente recente, a discussão em torno da presunção de inocência e da (im)possibilidade de prisão em segunda instância (Brasil, 2016, 2020), além do próprio desfecho das condenações da operação *Lava Jato*, cujo curso da instrução se deu em um sentido – inclusive com a chancela do Supremo Tribunal Federal –, mas, após condenações em segunda instância, sobreveio desfecho distinto na mesma corte, com a anulação de condenações.

Este exemplo, apesar de singelo, ilustra claramente o modo como o contexto político, jurídico e social brasileiro pode obstaculizar a aplicação do minimalismo judicial. A volatilidade das decisões judiciais em casos de alta visibilidade, como aqueles indicados acima, sugere que uma abordagem minimalista pode não ser suficiente para garantir a estabilidade e previsibilidade jurídica necessárias em uma democracia constitucional.

¹⁵⁹ Texto original: “[...] are connected with the limited place of courts of law in a democratic society, where fundamental principles are best discussed and announced in democratic arenas”.

Conectando-se a esse argumento, outro ponto que merece ser levantado é o fenômeno da pós-verdade. Segundo Mathew D’Ancona (2018, p. 57), na pós-verdade “a questão não é determinar a verdade por meio de um processo de avaliação racional e conclusiva. Você escolhe sua própria realidade como se escolhesse comida de um bufê”. Na pós-verdade, os envolvidos passam a sustentar e adotar narrativas paralelas, culminando em outro problema, as *fake news*, notícias falsas disseminadas em mecanismos de divulgação em massa, como as redes sociais, com o intuito de manipular a opinião e turvar o entendimento dos indivíduos sobre os fatos.

Ao estabelecer sua defesa sobre os acordos não totalmente teorizados, Sunstein (2007b, p. 830) reafirma o que foi dito em outros escritos:

Parece claro que, fora do campo do direito, as pessoas podem concordar sobre um resultado correto, mesmo que não tenham uma teoria que explique seus julgamentos. Você pode saber que objetos caem quando soltos, que a neve derrete e que fogões quentes queimam, sem saber exatamente por que esses fatos são verdadeiros. Isso se aplica à moralidade, tanto em geral quanto na medida em que ela afeta o direito constitucional. **Você pode saber que a escravidão e o genocídio são errados, que o governo não pode impedir protestos políticos, que cada pessoa deve ter apenas um voto, e que é errado o governo tomar sua terra sem pagar por ela, sem saber exatamente ou completamente por que essas coisas são assim.** Os julgamentos morais podem ser corretos ou verdadeiros, mesmo que sejam alcançados por pessoas que não possuem uma explicação completa para esses julgamentos (embora aqueles que raciocinam moralmente possam, de fato, alcançar melhores resultados se tentarem oferecer tal explicação, um ponto ao qual retornarei). **Isso é válido para o direito, constitucional ou não** (Sunstein, 2007b, p. 830, grifo nosso, tradução nossa).¹⁶⁰

Embora Sunstein (2010, p. 24-26) já tenha refletido sobre a polarização em grupo e o problema das “câmaras de eco”, essa capacidade de perceber esses tautologismos que o autor enumera acima não parece mais totalmente adequada ao cenário contemporâneo, principalmente após o fenômeno da pós-verdade já citado, em que convicções pessoais passaram a ganhar mais destaque ante o factual.

O fenômeno da pós-verdade apresenta um desafio significativo à premissa de Sunstein sobre a possibilidade de acordos não totalmente teorizados. Como argumentam Levitsky e Ziblatt (2018, local. 107), em um ambiente de polarização extrema e desconfiança nas instituições, até mesmo fatos básicos podem se tornar objeto de disputa, tornando ainda mais difícil alcançar acordos sobre questões morais ou constitucionais complexas.

¹⁶⁰ Texto original: “*It seems clear that outside of law, people may agree on a correct outcome even though they do not have a theory to account for their judgments. You may know that dropped objects fall, that snow melts, and that hot stoves burn, without knowing exactly why these facts are true. The same is true for morality, both in general and insofar as it bears on constitutional law. You may know that slavery and genocide are wrong, that government may not stop political protests, that every person should have just one vote, and that it is bad for government to take your land unless it pays for it, without knowing exactly or entirely why these things are so. Moral judgments may be right or true even if they are reached by people who lack a full account of those judgments (though moral reasoners may well do better if they try to offer such an account, a point to which I will return). The same is true for law, constitutional and otherwise.*”

Assim, não se mostra mais tão natural – não do modo como Sunstein descreve no trecho citado acima – que indivíduos possam assentir facilmente que a escravidão, genocídio ou o cercear da livre manifestação do pensamento sejam obviedades adequadamente capazes para sustentar um acordo. Nesses casos, diante de discordâncias, não há o que fazer, a não ser lançar mão de teorias altamente abstratizadas para fundamentar julgamentos.

Pode-se questionar se, na era da pós-verdade, marcada pela predominância das convicções pessoais sobre os fatos, qualquer forma de teorização – seja minimalista ou maximalista (restrita ou abrangente, superficial ou aprofundada) – seria capaz de convencer aqueles que aderem a conclusões absurdas e desconectadas da realidade. Ainda assim, o minimalismo, ao deixar mais questões sem resposta, apresentaria riscos significativamente maiores.

E o problema só se agrava ao se rememorar que o minimalismo, ao pressupor o ideal de democracia deliberativa, almeja que outras esferas recebam as parcelas não decididas pelo Judiciário. Nesses casos, por exemplo, em que uma decisão de perspectiva minimalista permite a introjeção de convicções pessoais ou verdades paralelas (pós-verdade), a quem caberia receber a parcela não examinada, continuando o processo deliberativo, na esfera distinta do Judiciário?

Dessa forma, é possível compreender mais um limite, já que o minimalismo nem sempre se apresenta como a alternativa mais evidente ou direta ao maximalismo ou ao ativismo judicial. Mesmo diante das limitações impostas pela argumentação em face de narrativas irreais e delirantes, uma teorização incompleta (minimalismo) tenderia a ser mais prejudicial do que uma abordagem teórica mais abrangente (maximalismo).

As premissas consideradas por Sunstein na sua elaboração minimalista parecem ter desconsiderado a capacidade de desdobramento do cenário político e os respectivos reflexos na jurisdição constitucional. Também, parecem ter desconsiderado a continuidade dos conflitos, além de cenários distópicos e improváveis – como os surgidos do pano de fundo da pós-verdade.

Sunstein está correto ao afirmar que os juízes dispõem de um estoque limitado de razão, o que justifica, em certa medida, a visão de que o minimalismo pode funcionar como um antídoto ao ativismo judicial. Contudo, o autor se afasta de alguns refinamentos necessários na noção de democracia, caracterizada pela perenidade dos conflitos, ao alinhar-se a noções de conservadorismo político que permeiam sua obra de forma acrítica, como já se destacou. Tal postura compromete a aplicabilidade de suas ideias em contextos marcados pela divergência da linguagem moral, gerando um paradoxo, pois, embora o objetivo do minimalismo seja

promover o consenso, ele se mostra insuficiente frente às divergências, especialmente de natureza moral, que predominam em temas de grande relevância constitucional.

No Brasil, em especial, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a citada performance deliberativa pobre, materializada em julgados que denotam vencedores ou vencidos (Oliveira, 2016a, p. 149), e não um produto organizado de um processo de argumentação racional, revela, por si só, o quão prejudicial pode vir a ser a importação indevida do modelo minimalista.

Diante das limitações identificadas no minimalismo judicial de Sunstein, especialmente no contexto brasileiro, e frente aos desafios da pós-verdade, é necessário considerar abordagens alternativas. A possibilidade que se sustenta ao longo dessa tese seria o desenvolvimento de um “minimalismo dialógico”, que manteria o foco em decisões estreitas e superficiais, mas incorporaria mecanismos mais robustos de participação e deliberação pública, incorporando, assim, a noção de conflito no sentido de tradição viva em MacIntyre.

Ademais, a teorização incompleta somente seria possível se, além da remoção da matriz conservadora – e do conseqüente afastamento do dogma da autoridade do juiz –, houvesse um quadro democrático deliberativo completo (inclusive fora do âmbito da função jurisdicional) e não coercitivo, sem que houvesse o uso estratégico do silêncio. É por isso que a incorporação do conflito, em primeiro lugar, como balizador da teorização incompleta, pode servir de substrato à reformulação do minimalismo. Partir dessa condição tornaria mais evidente os limites da teorização incompleta, frente às divergências que os diversos atores processuais eventualmente possam manifestar.

6.4 Mecanismos procedimentais para a utilização do minimalismo no Brasil

Do ponto de vista prático, deslocar o conflito para o primeiro plano da teorização incompleta, ao invés do acordo – no nível que Sunstein argumenta (uso construtivo do silêncio) –, representa que tipo de renovação? Como operá-la na jurisdição constitucional, em particular, no Brasil?¹⁶¹

¹⁶¹ Neste ponto, convém destacar a ponderação de Conrado Hübner Mendes (2013, p. 6, tradução nossa), que indica que, “Para um certo modo de pensar, cada tribunal só pode ser compreendido e explicado dentro de um contexto muito específico. Contextos, além disso, nunca são idênticos entre jurisdições. Juízes são criaturas diferentes em diferentes cenários (por razões relacionadas não apenas à tradição e design legal, mas também a uma série de outros fatores de fundo). Direito e política seriam fenômenos singulares em cada lugar e os limites entre eles seriam diversamente definidos”. Texto original: “*For a certain mode of thinking, each court can only be grasped and explained within a very specific context. Contexts, moreover, are never identical across jurisdictions. Judges are different creatures in different settings (for reasons related not only to legal tradition and design, but also to a series of other background factors). Law and politics would be singular phenomena in each place and*

Para esta subseção, serão relevantes os aportes teóricos desenvolvidos e apresentados por Conrado Hübner Mendes (2013) em sua obra *Constitutional courts and deliberative democracy*, publicada no ano de 2013 pela *Oxford University Press*. Para o autor, “[...] os tribunais podem e devem ser deliberadores especiais, ou seja, podem e devem desenvolver qualidades deliberativas significativas na ausência das quais as democracias constitucionais empobrecem” (Mendes, 2013, p. 4, tradução nossa).¹⁶²

Mendes (2013) enriquece a abordagem em torno do processo deliberativo das cortes constitucionais, dissecando em três fases o processo de tomada de decisão. O autor defende, desse modo, um modelo ideal em que há uma fase pré-decisória, seguida de uma fase decisória e, por fim, uma fase pós-decisória (Mendes, 2013, p. 126-127). O oferecimento de razões e argumentos é feito de modo distinto em cada uma dessas fases. Na fase pré-decisória, que interessa de modo muito particular ao presente estudo, a deliberação se dá de modo a maximizar o “[...] o alcance dos argumentos dos interlocutores promovendo a contestação pública [...] [e] energiza seus tomadores de decisão em um processo sincero de engajamento colegial na fase decisória” (Mendes, 2013, p. 107, tradução nossa).¹⁶³

A fase pré-decisória deve conter uma prática especialmente virtuosa e prudential, no sentido que se quer estabelecer na presente tese, denominada por Mendes (2013, p. 107, tradução nossa) de “contestação pública”.¹⁶⁴ Essa prática é motivada por determinado ator ou grupo de atores políticos que, com poder de intervenção ou submissão direta, oferecem perspectivas na tentativa de levantar pontos sobre questões coletivas; de outro lado, deve haver uma interação sincera da corte, questionando e ouvindo esses atores ativamente, coletando, desafiando e refinando os argumentos apresentados, mas, acima de tudo, exibindo uma abertura institucional a esses mesmos atores (Mendes, 2013, p. 107-108).

Tudo isso se conecta à fase decisória, ligada ao engajamento colegial de uma corte e, posteriormente, à fase pós-decisória, *i.e.*, na deliberação escrita de uma corte. Deve haver, então, uma interação sincera entre os membros do tribunal, sem espírito de competição – para usar as palavras da crítica oferecida por Oliveira (2016a, p. 149), sem que se intente evidenciar vencedores e vencidos –, seguida da decisão deliberativa escrita, que não pode ser “[...] um

the boundaries between them diversely set”. É bom frisar, porém, que o autor sustenta o que denomina de teoria normativa de nível médio, ou seja, uma argumentação normativa que, sem desconsiderar que as cortes constitucionais são produtos de narrativas históricas particulares, possa ser aplicável a qualquer tribunal constitucional. O foco do autor, então, é o que denomina de desempenho deliberativo.

¹⁶² Texto original: “[...] courts can and should be special deliberators, that is to say, can and should develop significant deliberative qualities in the absence of which constitutional democracies get impoverished”.

¹⁶³ Texto original: “[...] the range of arguments from interlocutors by promoting public contestation [and] energizes its decision-makers in a sincere process of collegial engagement at the decisional phase”.

¹⁶⁴ Texto original: “public contestation”.

anúncio enigmático e misterioso de uma resposta supostamente correta. [...] É, ao contrário, o produto de um esforço para lidar com todos os pontos de vista de maneira minuciosa” (Mendes, 2013, p. 110, tradução nossa).¹⁶⁵

No modelo tradicional sunsteiniano, há uma busca imediata pelos pontos de acordo (descida conceitual), muitas vezes à custa de um entendimento profundo das divergências subjacentes. Já o minimalismo dialógico e a noção de conflitos não totalmente teorizados, propostas da presente tese, ao contrário, colocam a consideração do conflito como condição para a teorização incompleta. Isso implica em uma mudança de perspectiva prática operativa da jurisdição. Assim, e já respondendo à primeira questão levantada no início desta subseção, os conflitos não totalmente teorizados representam, no minimalismo dialógico aqui proposto, uma renovação da prática jurisdicional minimalista contida na fase pré-decisional.

É importante reconhecer explicitamente o conflito no processo judicial e sua articulação detalhada. Isso envolve não apenas a exposição dos aspectos legais, mas também uma exploração aprofundada dos contextos sociais, éticos e práticos que permeiam a disputa – mesmo que no controle abstrato de constitucionalidade, caracterizado por uma análise objetiva. Essa fase inicial de mapeamento do conflito serviria como base para todo o processo subsequente, e a articulação de argumentos por atores distintos dos membros da corte, das partes e dos advogados contribuiria para que o tribunal percebesse a possibilidade (ou não) de teorizar não totalmente, ou seja, de estabelecer uma decisão minimalista.

Para operacionalizar essa abordagem, seria necessária uma ênfase significativa dos mecanismos de participação. O uso mais extensivo dos *amici curiae*, audiências públicas mais habituais e até mesmo a incorporação de formas estruturadas de deliberação pública poderiam ser consideradas. Isso porque “A ampliação do fórum de debate, por meio das audiências públicas e *amici curiae*, imprime ao contexto um grau de legitimidade democrática adicional, pela oportunização a vozes vencidas ou extraviadas no processo legislativo” (Sampaio, 2023, p. 361). O objetivo seria não apenas coletar informações, mas criar um espaço genuíno de diálogo entre as diferentes perspectivas envolvidas no conflito. Para Mendes (2013, p. 162, tradução nossa):

[...] a abertura a uma gama variada de interlocutores pode não apenas contribuir para aumentar ainda mais a gama de perspectivas que serão abordadas pelo tribunal,

¹⁶⁵ Texto original: “[...] a cryptic and arcane announcement of an allegedly right answer. [...] It is rather the product of an effort to deal with all points of view in a thorough manner”.

aumentando sua capacidade epistêmica, mas também tem um efeito importante em termos dos efeitos psicológicos e educativos da deliberação.¹⁶⁶

Um aspecto crucial para o mapeamento das divergências está nas atividades argumentativas que a figura do *amicus curiae* pode desempenhar, por buscar oferecer, na condição de colaborador da corte, pontos de vista não considerados inicialmente pelas partes ou pelos julgadores. Em vez de buscar silenciar ou minimizar as diferenças, o processo judicial, qualificado pela intervenção do *amicus curiae*, se empenharia em compreendê-las em profundidade, explorando suas raízes e implicações.

A figura do *amicus curiae* no ordenamento jurídico brasileiro está prevista no artigo 7º, parágrafo segundo, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999 (Brasil, [2009]), que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, bem como no artigo 138 e 1.038, I, do Código de Processo Civil (Brasil, [2024b]). No âmbito de competência do Supremo Tribunal Federal, embora não previsto expressamente na Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999 (Brasil, 1999), que dispõe sobre o processo e julgamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental, essa corte tem entendimento estabelecido de que é possível a admissibilidade de *amicus curiae* nesse caso, conforme se extrai, como exemplo, da decisão monocrática do Ministro Carlos Ayres Britto na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 183/DF (Brasil, 2009).

Destaque-se, porém, que as previsões legais acima indicadas apontam para a irrecurribilidade da decisão que admite ou inadmite a figura dos *amici curiae* no processo, na contramão da extensividade que se quer defender dessa forma de participação, como mecanismo processual para aplicação (ou não) das decisões minimalistas.

Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal tem entendimento consolidado contra a legitimidade recursal do *amicus curiae* para opor embargos de declaração no controle concentrado de constitucionalidade (Brasil, 2019c), espécie recursal que tem como objetivo aperfeiçoar a decisão, sanando contradição, obscuridade, omissão ou erro material, aos argumentos de que as Leis nºs 9.868 e 9.882 são especiais, não se aplicando a hipótese do parágrafo primeiro do artigo 138 do Código de Processo Civil, que dispõe que “A intervenção de que trata o *caput* não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º” (Brasil, [2024b]). Isso prejudica parcialmente o estabelecimento de rodadas estruturadas de

¹⁶⁶ Texto original: “[...] openness to a various range of interlocutors may not only contribute to further increase the range of perspectives that will be addressed by the court, enhancing its epistemic capacity, but also has an important effect in terms of the psychological and educative effects of deliberation”

argumentação e contra-argumentação, engessando a articulação e objeção dos argumentos por um importante ator processual.

Outro mecanismo que pode aperfeiçoar a deliberação e favorecer a compreensão, pela corte, da possibilidade de aplicação da perspectiva minimalista, são as audiências públicas. No âmbito da competência do Supremo Tribunal Federal, a possibilidade de realização de audiência pública está contida nos artigos 9º, parágrafo primeiro, e 20, parágrafo primeiro, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999 (Brasil, [2009]), bem como no artigo 6º, parágrafo primeiro, da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999 (Brasil, 1999), ao dispor sobre a possibilidade de o relator “ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”, bem como nos incisos XVII e XVIII do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que dispõem:

Art. 23. São atribuições do Presidente:

.....

XVII – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal;

XVIII – decidir, de forma irrecorrível, sobre a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, em audiências públicas ou em qualquer processo em curso no âmbito da Presidência; (Brasil, 2020, p. 32-36).

Em despacho no Recurso Extraordinário nº 1.446.336/RJ (Brasil, 2024g), que discute a possibilidade de reconhecimento de vínculo de emprego entre motoristas de aplicativo e a empresa administradora de plataforma digital, o Ministro Luiz Edson Fachin bem justificou a importância desse mecanismo pré-decisório, “diante de demandas que eventualmente podem chegar ao Judiciário mesmo sem serem testadas adequadamente pela sociedade, ou pelo Legislativo e Executivo” e ante a possibilidade de “[...] ser construída uma compreensão recíproca das perspectivas envolvidas e a exploração de possíveis soluções” (Brasil, 2024g, p. 5). Ainda, afirmou: “Auscultar e dialogar com pessoas físicas e jurídicas, entidades, especialistas e instituições que controvertem é saudável para a segurança jurídica e para a transparência” (Brasil, 2024g, p. 4).

Já no Código de Processo Civil, é possível identificar a previsão das audiências públicas no artigo 983, parágrafo primeiro, que trata do processamento do incidente de resolução de demandas repetitivas – “Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria” (Brasil, [2024b]), bem como no artigo 1.038, II, que trata do julgamento dos recursos

extraordinário e especial repetitivos – “[o relator poderá] fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento” (Brasil, [2024b]). Em outros casos, porém, não há previsão expressa no referido código.

Contudo, é possível colher proposta legislativa, atualmente em curso na Câmara dos Deputados, que pretende alterar a redação da referida legislação. Trata-se do Projeto de Lei nº 4.527/2019, de autoria do Deputado Federal Gilson Marques (Novo/SC) (Brasil, 2019a).¹⁶⁷

Na justificativa apresentada, o Deputado Federal Gilson Marques enfatiza a crescente importância das audiências públicas como mecanismo de participação popular e fonte de informações técnicas para os Poderes Públicos. O parlamentar destaca que este instrumento tem sido amplamente utilizado por diferentes esferas do poder, incluindo magistrados, legisladores e administradores, com o propósito de compreender melhor as complexidades da realidade que suas funções frequentemente são chamadas a regular (Brasil, 2019a).

O parlamentar ressalta a relevância das audiências públicas nos processos decisórios, observando que “a não realização de audiências, falhas no seu procedimento convocatório ou na sua realização, têm levado a questionamentos judiciais e até a anulações de processos decisórios inteiros” (Brasil, 2019a). Por meio dessa constatação, evidencia a necessidade de se estabelecer diretrizes claras para a condução desse mecanismo.

Gilson Marques argumenta que, considerando o propósito fundamental das audiências públicas de promover a participação popular e instruir deliberações, não é aceitável que audiências com falhas formais sejam validadas apenas para manter decisões já tomadas. Diante desse cenário, o deputado defende a regulamentação e uniformização das diretrizes básicas, efeitos e procedimentos mínimos das audiências públicas (Brasil, 2019a).

O parlamentar menciona que, no âmbito do Judiciário, as audiências públicas já estão previstas em legislações específicas, como as Leis nºs 9.868/1999 e 9.882/1999, que tratam do controle concentrado de constitucionalidade, bem como no Código de Processo Civil. No entanto, ele observa que “nenhuma dessas leis traz os lineamentos básicos daquele ato”, reforçando a necessidade de uma regulamentação mais abrangente (Brasil, 2019a).

Por fim, o Deputado Gilson Marques apresenta o Projeto de Lei em questão como uma solução para preencher essa lacuna legislativa. Ele afirma que o objetivo da proposta é “suprir essa falta, dando um regramento mínimo para as audiências”, buscando estabelecer um equilíbrio entre a necessidade de uniformização e a flexibilidade para adaptações locais (Brasil,

¹⁶⁷ O referido Projeto de Lei encontra-se desde 27/08/2019 na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, em regime de tramitação ordinária (Brasil, 2019a).

2019a). O texto da justificativa conclui ressaltando que a iniciativa parlamentar visa proporcionar “um certo grau de uniformização para caracterizar as condições de sua validade, ao mesmo tempo em que não detalha exageradamente as normas”, permitindo, assim, ajustes conforme as particularidades de cada contexto (Brasil, 2019a).

A alteração pretendida acresceria ao Código de Processo Civil o artigo 368-A, nos seguintes termos:

Art. 368-A O juiz ou o relator poderão, de ofício ou a requerimento, convocar e presidir audiência pública para colher informações de terceiros potencialmente atingidos pela decisão ou de especialistas na tese jurídica discutida ou no fato.

§ 1º A audiência pública será convocada na plataforma de editais e terá ampla divulgação em veículos de comunicação apropriados às características do público destinatário.

§ 2º A convocação deverá ocorrer com antecedência mínima de trinta dias, salvo em situações de urgência.

§ 3º Ressalvados os casos de sigilo, a audiência será sempre aberta ao público, admitindo-se a limitação do direito de manifestação, se necessário.

§ 4º O edital de convocação deverá conter o assunto da audiência, a descrição do público destinatário do ato, o local e horário de sua realização e os critérios de inscrição e manifestação.

§ 5º Será garantida a participação das diversas correntes de opinião em torno da questão discutida.

§ 6º O Ministério Público será intimado para acompanhar a audiência.

§ 7º O juiz ou relator deverão garantir o contraditório, selecionar as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista de habilitados, determinar a ordem dos trabalhos e fixar o tempo de manifestação de cada um, que deve restringir-se à questão discutida.

§ 8º Todos os membros do órgão colegiado competente para o julgamento da causa podem participar da audiência e formular perguntas aos participantes.

§ 9º A audiência ocorrerá em horários apropriados à participação do público destinatário do ato, preferencialmente não coincidentes com o horário normal de expediente comercial.

§ 10 O juiz ou o relator determinarão a realização da audiência em local de fácil acesso ao público destinatário, inclusive fora da sede do juízo, sempre que necessário para garantir o amplo comparecimento.

§ 11 A audiência pública será registrada em ata e mediante gravação de áudio e vídeo (Brasil, 2019a).

Além de regulamentar o procedimento, como visto, o Projeto de Lei sugere uma importante inovação, que é a possibilidade de realização de audiências públicas pelo juízo monocrático no processo civil, ampliando as atuais previsões contidas no Código de 2015 (Brasil, [2024b]), que limitam seu uso (ou, pelo menos, não as prevê em outras hipóteses) ao

juízo do incidente de resolução de demandas repetitivas e ao processamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos, ou seja, na linha do que se quer argumentar nesta tese, ou seja, do uso mais extensivo dos mecanismos pré-decisórios.

Isso se mostra relevante, no tocante ao objeto de investigação desta tese – a abordagem minimalista –, pois, embora ela seja identificada e caracterizada por intermédio de observações das cortes constitucionais, o que a produção acadêmica de Sunstein indica é que não se pode negar a aplicação do minimalismo pelo juiz, individualmente, inclusive no âmbito da jurisdição cível, regida, no Brasil, pelo Código de Processo Civil (Brasil, [2024b]), suscitando, pois, enfoques para além da jurisdição constitucional no controle abstrato e concentrado.

Nessa linha argumentativa, é possível identificar outro mecanismo pré-decisional que pode contribuir, na relação entre juiz e as partes no processo civil, para identificação mais profunda e contextualizada dos conflitos, em processos já em curso. Trata-se dos acordos de saneamento do processo, contido na seção IV do capítulo X da parte geral do Código de Processo Civil, que regula o saneamento e a organização do processo, em especial, nos parágrafos segundo e seguintes do artigo 357, que assim dispõem:

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

.....

§ 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.

§ 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

§ 4º Caso tenha sido determinada a produção de prova testemunhal, o juiz fixará prazo comum não superior a 15 (quinze) dias para que as partes apresentem rol de testemunhas.

§ 5º Na hipótese do § 3º, as partes devem levar, para a audiência prevista, o respectivo rol de testemunhas.

§ 6º O número de testemunhas arroladas não pode ser superior a 10 (dez), sendo 3 (três), no máximo, para a prova de cada fato.

§ 7º O juiz poderá limitar o número de testemunhas levando em conta a complexidade da causa e dos fatos individualmente considerados.

§ 8º Caso tenha sido determinada a produção de prova pericial, o juiz deve observar o disposto no art. 465 e, se possível, estabelecer, desde logo, calendário para sua realização.

§ 9º As pautas deverão ser preparadas com intervalo mínimo de 1 (uma) hora entre as audiências. (Brasil, [2024b]).

O Código de Processo Civil, por meio do artigo 357, enumera requisitos para o controle, pelas partes, da atividade jurisdicional virtuosa, nitidamente com base em um dos pilares desse código, que é o princípio da cooperação, expressamente previsto no artigo 6º, que dispõe que “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (Brasil, [2024b]). É por meio da observância desses requisitos que as partes poderão fiscalizar e ativamente influenciar a fixação dos pontos controvertidos, sejam elas questões fáticas ou de direito. E isso é relevante em todos os processos, mais ainda naqueles em que há questões constitucionais em debate, muitas vezes com alta carga moral envolvida, sendo o saneamento e a organização do processo um passo importante para o controle difuso e concreto de constitucionalidade, já que a preparação do caso para julgamento por meio da fixação de pontos controvertidos e a distribuição dos ônus da prova servem como um “balizamento para a decisão do magistrado” (Nunes; Lud; Pedron, 2020, p. 233).

Muito embora a organização e o saneamento do processo seja fase relevante, capaz de despertar outras abordagens e discussões, neste trabalho interessa destacar de modo enfático a (não tão recente) novidade que o Código de Processo Civil trouxe ao processo civil brasileiro, como indicado acima, a possibilidade dos acordos de saneamento do processo.

Como já citado, além da possibilidade de as partes firmarem um acordo sobre os pontos controvertidos (artigo 357, parágrafo segundo), em um nítido negócio jurídico-processual, tal como disposto no artigo 190¹⁶⁸ do Código de Processo Civil (Brasil, [2024b]), ou seja, “um negócio bilateral, em que as partes chegam a um consenso em torno dos limites do seu dissenso” (Didier Jr., 2015, p. 705), há a previsão de realização de audiência, nos termos do parágrafo terceiro do artigo 357, para que as partes e o juízo esclareçam melhor os pontos controvertidos da demanda, ou seja, os conflitos, sejam eles fáticos ou jurídicos.

É por essa razão que, nos dizeres de Eduardo Talamini (2017, p. 185, grifo nosso), “[...] a delimitação das questões jurídicas relevantes para a solução do mérito, por ocasião do saneamento (artigo 357, IV), **viabiliza o debate**, a respeito delas, entre as partes e entre essas e o juiz”. Trata-se de uma etapa do procedimento que permite a coprodução do resultado do

¹⁶⁸ O artigo 190 dispõe que, “Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo” (Brasil, [2024b]). Cuida-se de inovação relativamente recente no Direito Processual Civil brasileiro, não prevista no revogado Código Buzaid, de 1973.

processo, ou seja, a decisão judicial, por meio de uma “comunidade argumentativa de trabalho” (Mitidiero, 2019, p. 862), fazendo respeitar o bem interno do diálogo, necessário à prática jurisdicional virtuosa.

Assim, respondendo ao segundo questionamento indicado no início desta subseção, por favorecerem, então, a compreensão do conflito, na fase pré-decisória, pela corte ou pelo juiz, a figura dos *amici curiae*, as audiências públicas e os acordos de saneamento do processo representam mecanismos relevantes para a aplicação da abordagem minimalista dialógica, assentindo de modo muito explícito com a noção de que os juízes têm um estoque limitado de razão, minimizando, pois, o aspecto emotivista do juiz minimalista de Sunstein, já que a vasta gama de abordagens e perspectivas que podem ser trazidas por esses atores e partes têm a capacidade sinalizar o exato limite e a possibilidade da redução no uso de teorias com alta carga de abstração. A limitação minimalista deixaria, então, de ser um ato exclusivo e passaria a conter um componente dialógico, nutrido pelo bem interno do diálogo e voltado à prática virtuosa, que considera a decisão judicial um produto que aponta para o bem comum.

Esses mecanismos procedimentais podem ajudar a superar algumas das limitações do minimalismo judicial susteiniano, mantendo seus benefícios de prudência jurisdicional, enquanto fortalece a legitimidade democrática e a capacidade de resposta às complexidades do cenário jurídico e político contemporâneo, marcadas, como já frisado ao longo deste trabalho, por uma desordem na linguagem moral.

Entretanto, admite-se, tudo isso torna o minimalismo uma abordagem ainda mais complexa e limitada. Mas na tensão entre a prevalência dos aspectos emotivistas e a ampliação da restrição da abordagem minimalista, o que esta tese quer sugerir é um caminho que aponte para o segundo aspecto. O minimalismo não pode ser encarado como um trunfo de um juiz emotivista e solipsista.

6.5 Categorização de decisões: uma amostra

No recorte metodológico proposto nesta tese não está a categorização extensiva e sistemática de decisões ou votos, especialmente do Supremo Tribunal Federal, que sejam ou não minimalistas. No entanto, é possível pinçar alguns exemplos que ilustram o argumentado até aqui e que contribuem para o teste da hipótese inicialmente conjecturada.

Antes, porém, é necessário estabelecer algumas premissas. Se, por um lado, as decisões minimalistas concentram-se no núcleo da controvérsia em dimensões estreitas e superficiais, aquelas que, por ambição teórica ou por buscarem regular casos além dos que estão em

juízo, tendem ao maximalismo. A essa dicotomia pode-se ainda indicar a presença ou ausência do diálogo, entendido como um bem interno à prática jurisdicional virtuosa, o que se defende idealmente para toda e qualquer decisão, seja ela minimalista ou maximalista.

Da combinação dos critérios acima, é possível categorizar as decisões em quatro subtipos: (i) maximalistas não dialógicas; (ii) maximalistas dialógicas; (iii) minimalistas não dialógicas e, por último, (iv) minimalistas dialógicas.

A essa categorização quadripartite é importante frisar outra relevante premissa. Em certas ocasiões, como já afirmado, caminhar em sentidos mais abstratos ou ambiciosos é uma necessidade, não uma opção do julgador. Logo, não se pode afirmar que uma decisão maximalista seja, necessariamente, incorreta.

Dito isso, é possível focalizar o problema em dois dos subtipos acima indicados: as decisões maximalistas não dialógicas (i) e as minimalistas não dialógicas (iii). A questão é apenas sobre dimensão. Decisões maximalistas não dialógicas ou minimalistas não dialógicas podem refletir julgamentos morais individuais dos membros das cortes, silenciando perigosamente a noção de que os conflitos morais têm caráter interminável, em contraposição ao sentido de tradição viva de MacIntyre (2001b), seja por meio de regramentos excessivos, seja pelo silêncio.

Regra geral e do ponto de vista substancial, o controle de constitucionalidade no Brasil, especialmente no tipo abstrato e concentrado, é maximalista não dialógico (i), pois busca expandir o alcance dos julgados para além do caso em exame, na tentativa de influenciar políticas públicas ou corrigir omissões, sem a consideração efetiva e substancial do bem interno do diálogo, a despeito de, formalmente, contar com a admissão de *amici curiae* e a realização de audiências públicas, por exemplo.

É o que se vê de decisões emblemáticas, como o caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF (Brasil, 2023c), que trata do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro. Apesar de contar com bom arcabouço teórico e fático trazido pelos *amici curiae*, nada disso é considerado de forma direta, explícita e substancial na fundamentação dos votos. E o dever de fundamentar, conforme destacado por Gabriela Oliveira Freitas (2016, p. 177), “[...] obriga que o magistrado decida observando a participação simétrica das partes [...], permitindo uma construção participada do provimento jurisdicional e evitando que a decisão judicial se torne um ato solitário do magistrado”.

É bom frisar novamente neste ponto que não se está a desconsiderar a condição desumana a que a população carcerária é submetida no Brasil, tampouco negar a possibilidade, diante da omissão pelo Poder Público e da violação massiva de direitos dos presos, de

intervenção pelo Judiciário. No caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF a questão é de modo e extensão.

Quanto ao primeiro aspecto, por não se valer de modo direto, explícito e enfático das contribuições de atores processuais, como os diversos *amici curiae* que intervieram. Mencionar, como em várias passagens do julgado e de sua ementa, que o processo estrutural comporta soluções dialógicas não basta. Poder-se-ia entender que a Corte já possuía argumentos suficientes? Sim. Mas esse conjunto era suficiente, por exemplo, para determinar a fiscalização, pelo Judiciário, por meio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça, sob a supervisão do Supremo Tribunal Federal, da execução de planos estaduais, distritais e nacional para superação do Estado de Coisas Inconstitucional, tal como determinado na decisão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF (Brasil, 2023c)? Mesmo diante da liberação de recursos do Fundo Penitenciário, contingenciados pela União e não repassados aos Estados, o que dizer dos conflitos inerentes à discricionariedade administrativa, política e autonomia dos Estados? Há, assim, uma postura maximalista não dialógica do Supremo Tribunal Federal no caso, também caracterizada pelo segundo aspecto: a extensão ambiciosa.

Parte da postura maximalista não dialógica envolve também a essência do modelo de julgamento nos colegiados do Judiciário brasileiro, inclusive o Supremo Tribunal Federal, ou seja: *in seriatim*, adversarial e de performance deliberativa pobre (Oliveira, 2016a, p. 146), em que o julgamento mais revela os vencedores e os vencidos, com pouca ou nenhuma troca de argumentos ou deliberação.¹⁶⁹

Já se citou acima um exemplo de uma decisão maximalista não dialógica (*i*). Como exemplo de decisão maximalista dialógica (*ii*), cite-se o julgamento do Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 708/DF (Brasil, 2022), relatada pelo Ministro Luís Roberto Barroso, que pode bem ilustrar esse subtipo. Apesar de poder se enquadrar na espécie de processo estrutural, esta arguição tem foco mais definido, especialmente se comparada à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF (Brasil, 2023c).

¹⁶⁹ Não se pretende afirmar que a adoção do modelo *per curiam* seja, necessariamente, a solução. Mesmo nesse modelo, no qual as decisões são emitidas pelo tribunal como um todo, o consenso interno pode, ainda assim, resultar de uma performance deliberativa deficiente. Se uma corte adotar, por exemplo, a *constitutional avoidance doctrine* (doutrina da evasão constitucional) (What is [...], 2022), segundo a qual o tribunal interpreta a Constituição apenas diante do que considerar ser uma necessidade estrita, a decisão poderá revelar-se deliberativamente pobre, mesmo no modelo *per curiam*.

A referida arguição, inicialmente proposta como ação direta de inconstitucionalidade por omissão, foi apresentada pelos seguintes partidos políticos: Partido Socialista Brasileiro (PSB), Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), Partido dos Trabalhadores (PT) e Rede Sustentabilidade. Por entender se tratar de narrativa que envolvia ações e omissões sobre o meio ambiente, ou seja, por se referir à tutela de preceito fundamental da Constituição, o Ministro Relator entendeu por bem recebê-la como arguição de descumprimento de preceito federal.

No referido caso, os postulantes alegaram que a União, desde o ano de 2019, vinha se omitindo em fazer funcionar o Fundo Nacional sobre Mudança do Clima (Fundo Clima), além de apontarem a ausência de destinação de recursos para a adoção de medidas de mitigação das mudanças climáticas (Brasil, 2022). A presença do bem interno do diálogo fica evidente no relatório do Ministro Relator, Luís Roberto Barroso. O Relator destaca ter havido a convocação de audiência pública, ocasião em que foi possível

[...] colher informações sobre o tema, na qual estiveram presentes órgãos e entidades de distintas esferas de governo, organizações multilaterais, entes da sociedade civil, institutos, clínicas e *experts* que se dedicam ao monitoramento, à pesquisa e à investigação da matéria ambiental (Brasil, 2022, p. 9).

O produto dessa audiência, “[...] cuja transcrição se compõe de mais de 600 páginas”, destaca o Relator, foram capazes de oferecer à Suprema Corte diferentes visões e versões “sobre o estado em que se encontra a questão ambiental” (Brasil, 2022, p. 9). Enfatizou o Ministro: “Na ocasião, guiou-me a preocupação não apenas com o não funcionamento do Fundo Clima em si, mas com o contexto mais amplo em que o problema se insere, de grave retrocesso ambiental e desarticulação de políticas públicas, a tornar a situação ainda mais grave” (Brasil, 2022, p. 9).

Todo esse aporte fático e jurídico colhido na audiência pública foi relevante para o confronto de versões e aprimoramento substancial da decisão. Colhe-se também do relatório do Ministro Relator, a título de exemplo, o seguinte:

[...] causa estranheza o confronto do discurso de autoridades do governo com os relatos de *experts* e das entidades da sociedade civil. De um lado, afirmam-se múltiplas iniciativas e inovações. De outro, franca paralisia, abandono e retrocesso. Esse é o “grande quadro” em que se encontra o país no momento: **há uma imensa dificuldade em lidar com fatos; cada grupo do espectro político parece viver uma verdade própria**. Entretanto, os dados e a ciência confirmam as versões mais pessimistas (Brasil, 2022, p. 9, grifo nosso).

Fica evidenciado, portanto, o esforço dialógico empreendido no julgamento do caso, ao menos com os atores externos ao processo, já que, internamente, o diálogo entre os ministros no caso – cumprindo a praxe (não) deliberativa do Supremo Tribunal Federal – limitou-se às

ressalvas (Ministro Edson Fachin) e divergências (Ministro Nunes Marques) nos votos, isoladamente proferidos.

Por outro lado, a postura maximalista no caso acima foi incontroversa. O voto do Relator, Ministro Luís Roberto Barroso, debruça-se sobre a definição do termo “mudanças climáticas” (Brasil, 2022, p. 19-20), o retrocesso em matéria ambiental (Brasil, 2022, p. 21-22), antes de chegar às considerações sobre a questão constitucional do meio ambiente (Brasil, 2022, p. 22-23) e a análise propriamente dita, das ações e omissões da União relacionadas ao Fundo Clima (Brasil, 2022, p. 23-28) e o dever de destinação dos recursos por parte da União (Brasil, 2022, p. 28-31), sendo que somente estes dois últimos pontos podem compreendidos como o núcleo da controvérsia.

Após enfrentar esse núcleo, o voto do Ministro Relator ainda apresenta um interessante tópico, explicitamente indicado como *obiter dictum*, que trata da “destinação subótima de recursos e proporcionalidade como vedação à proteção insuficiente” (Brasil, 2022, p. 31-32). Nele, em nítido tom de advertência, o Ministro Relator defende ser o caso de controle de legalidade, não de mérito ou conveniência política dos atos de alocação de recursos, salientando que a frustração

[...] da mitigação das alterações climáticas pode ensejar a atuação futura do Judiciário no tema, de modo a assegurar que os recursos cumpram os fins a que foram destinados pela norma e/ou evitar a violação do princípio da proporcionalidade por vedação à proteção deficiente (Brasil, 2022, p. 32).

Ou seja, sinaliza o Ministro Relator aquilo que já se destacou nesta tese – a possibilidade de, no futuro, (re)caracterizar como *ratio decidendi* argumentos em *obiter dictum*, uma expressão do maximalismo.¹⁷⁰

É também possível identificar decisões ou votos de caráter minimalista não dialógico (*iii*). É o caso da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.565/DF (Brasil, 2021). No caso, discutia-se a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 9.192/1995 (Brasil, [2019b]), que alterou o artigo 16, I, da Lei nº 5.540/1968, e do Decreto nº 1.916/1996 (Brasil, [2007a]). Tais dispositivos estabelecem que a nomeação de reitor e vice-reitor de universidade federal se daria pelo Presidente da República, “escolhidos entre professores dos dois níveis mais elevados da carreira ou que possuam título de doutor, cujos nomes figurem em listas tríplex organizadas pelo respectivo colegiado máximo” (Brasil, [2019]).

A alegação do Partido Verde (PV), que propôs a referida ação direta de inconstitucionalidade, era a de que o Governo Federal “[...] estaria atentando contra a

¹⁷⁰ Cf. subseção 2.2 desta tese.

autonomia universitária ao efetivar a nomeação de reitores sem legitimação democrática das comunidades acadêmicas” (Brasil, 2021, p. 9), optando por candidatos que não figuravam em primeiro lugar das listas tríplexes de determinadas universidades federais, a exemplo da Universidade Federal do Ceará, da Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri, da Universidade Federal do Triângulo Mineiro e da Universidade Federal do Recôncavo da Bahia. Pleiteou-se, em sede de medida cautelar, a suspensão da vigência do artigo 1º da Lei nº 9.192/1995 (Brasil, [2019b]), que alterou o artigo 16, I, da Lei nº 5.540/1968, e do artigo 1º do Decreto nº 1.916/1996 (Brasil, [2007a]), bem como a suspensão das nomeações dos processos eleitorais em curso até o julgamento definitivo de mérito, além da nomeação exclusiva dos candidatos mais votados pelas comunidades acadêmicas (Brasil, 2021).

O voto do Ministro Relator, Edson Fachin, vencido no julgamento, se deu em postura maximalista, com considerações amplas e históricas acerca da compreensão constitucional da autonomia universitária, inclusive rememorando o período ditatorial recente vivido no Brasil, com ênfase no artigo 207 da Constituição da República de 1988, que trata da “[...] autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial” (Brasil, [2024a]).

Já o voto do Ministro Gilmar Mendes, redator do acórdão, abriu divergência que conduziu ao indeferimento integral da medida cautelar. Mas em que medida o voto divergente pode ser considerado minimalista? Essa abordagem é considerada minimalista por concentrar-se estritamente na interpretação literal da legislação vigente, sem expandir a análise para questões mais amplas relacionadas à autonomia universitária ou aos processos democráticos internos das universidades. Essencialmente, valeu-se o Ministro Gilmar Mendes da interpretação estreita e superficial do termo “autonomia universitária”, cotejando-o com o disposto no artigo 53 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/1996) (Brasil, [2024d]), que enumera algumas atribuições das universidades. Porém, esse artigo não exclui diretamente outras interpretações da autonomia universitária, e o exemplo maior está no já indicado artigo 207 da Constituição (Brasil, [2024a]), topograficamente superior à indicada lei, além da ressalva não considerada do *caput* do artigo 53 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, assim redigido: “No exercício de sua autonomia, são assegurados às universidades, **sem prejuízo de outras**, as seguintes atribuições” (Brasil, [2024d], grifo nosso).

Muito embora ser essa a posição do Supremo Tribunal Federal, tal como se observa em decisões anteriores, como no Referendo da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 759/DF (Brasil, 2021), o desfecho poderia ser diferente, caso a Corte conferisse peso maior ao bem interno do diálogo. É que tanto o voto do Ministro Relator quanto o voto do Ministro Redator para o acórdão não consideraram de modo expresso e

substancial, em sua fundamentação, os argumentos de diversos *amici curiae* que intervieram no processo. Assim, se, por um lado, a posição do Ministro Edson Fachin assumiu postura maximalista não dialógica, por outro, a do Ministro Gilmar Mendes adotou uma postura minimalista não dialógica – em outras palavras, sua abordagem se alinha mais à configuração original do minimalismo judicial de Sunstein.

Já como exemplo de decisão minimalista dialógica (*iv*), é possível indicar o já citado caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 984/DF e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.191/DF (Brasil, 2023b). Conforme indicado pelo Ministro Gilmar Mendes, “[...] o papel do STF, no contexto autocompositivo, é reconstruir pontes para devolver à arena político-legislativa a solução final, como sendo o melhor caminho para se tutelarem os interesses envolvidos após o desenrolar da mediação/conciliação” (Brasil, 2023, p. 9). Ao validar o acordo, apesar do extenso voto, o Ministro Relator, sem desconsiderar os conflitos inerentes ao caso e a intervenção de cada Estado, ressaltou a importância de limitar as abstrações teóricas – neste caso, relacionadas à compensação devida pela União aos Estados e ao Distrito Federal em razão da redução do ICMS.

Além dessa decisão, é possível pinçar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186/DF (Brasil, 2012b), que se debruçou sobre atos da Universidade de Brasília (UnB) que estabeleciam política de cotas étnico-raciais para seleção de estudantes dessa instituição. A questão, portanto, cingiu-se ao exame da constitucionalidade que envolve programas de ação afirmativa, que estabelecem um sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial para acesso ao ensino superior.

No processamento da arguição foram colhidas participações amplíssimas de diversos atores processuais, seja por meio da figura do *amicus curiae*, seja por meio de audiências públicas, com reflexos diretos na substância dos votos dos ministros. Há, de forma inequívoca, o cumprimento do bem interno do diálogo, inclusive nos debates entre os membros daquele tribunal, o que culminou no julgamento unânime acerca da constitucionalidade do sistema de reserva de vagas da referida universidade.

A indagação que resta responder, porém, refere-se à adoção do padrão minimalista, neste caso, identificado de forma mais velada. Os votos no referido julgamento fizeram, como se observa, incursões profundas e abstratas. À primeira vista, tratar-se-ia de uma hipótese de uma decisão maximalista. Veja-se, por exemplo, que o Ministro Relator discorre sobre a tensão entre igualdade formal e material (Brasil, 2012b, p. 49-51), a justiça distributiva (Brasil, 2012b, p. 52-53), as políticas de ação afirmativa (Brasil, 2012b, p. 53-58), os critérios para ingresso no ensino superior (Brasil, 2012b, p. 58-63), a possibilidade de adoção de critério étnico-racial

(Brasil, 2012b, p. 63-75), o papel integrador da universidade (Brasil, 2012b, p. 75-78), a análise do tema em outros sistemas jurídicos, como o dos Estados Unidos da América (Brasil, 2012b, p. 78-82), entre outros pontos, todos carregados de aspectos teóricos e filosóficos.

No entanto, nenhum dos votos e, conseqüentemente, a redação final da ementa se inclinou a indicar ou estabelecer parâmetros ou quantitativos adequados para a aplicação do critério étnico-racial no sistema de reserva de vagas da Universidade de Brasília. Ou seja, a decisão adotou uma abordagem minimalista, limitando-se a afirmar a constitucionalidade das cotas, sem detalhar critérios específicos para sua implementação. Ainda assim, teve caráter dialógico, ao incorporar na fundamentação argumentos apresentados em audiências públicas e por *amici curiae*, refletindo um processo deliberativo mais robusto.

Da análise dessa arguição de descumprimento de preceito fundamental é possível reiterar o que já se afirmou nesta tese, inclusive na esteira do pensamento do próprio Sunstein (1999, p. 10): as decisões minimalistas poderão ser mais ou menos restritas em diversos aspectos, se comparadas a outras também ditas minimalistas. O papel do minimalismo deve estar, portanto, na restrição caso a caso, tanto quanto possível, desde que não comprometa o bem interno virtuoso do diálogo no exercício da jurisdição, o qual emerge da compreensão integral, multifacetada e complexa dos conflitos na contemporaneidade.

6.6 Conclusões parciais

Com base nas análises oferecidas neste capítulo, apresentam-se as conclusões parciais deste segmento:

C₁₈ – A proposta de transição dos acordos não totalmente teorizados para os conflitos não totalmente teorizados representa uma reformulação significativa do minimalismo, incorporando a noção de tradição viva de MacIntyre e reconhecendo o papel construtivo dos conflitos na prática jurisdicional;

C₁₉ – O diálogo, compreendido como um bem interno à prática jurisdicional minimalista, emerge como elemento fundamental para superar as limitações do minimalismo original de Sunstein, promovendo uma abordagem mais inclusiva e reflexiva;

C₂₀ – A consideração do conflito como condição prévia para a aplicação do minimalismo permite uma análise mais contextualizada e profunda das questões em jogo, facilitando decisões mais responsivas às realidades sociais e jurídicas complexas;

C₂₁ – A incorporação da phronesis (sabedoria prática) aristotélica ao minimalismo dialógico redefine a prática jurisdicional como um processo que equilibra contenção judicial e engajamento ético, aspectos essenciais para decisões que reflitam o bem comum;

C₂₂ – Os mecanismos procedimentais específicos do sistema jurídico brasileiro, como os amici curiae, as audiências públicas e os acordos de saneamento do processo, oferecem ferramentas concretas para operacionalizar o minimalismo dialógico no contexto nacional;

C₂₃ – O minimalismo dialógico, ao valorizar a participação e o diálogo, alinha-se mais estreitamente aos ideais do Estado Democrático de Direito em comparação com o minimalismo judicial de Sunstein, promovendo uma prática jurisdicional contida sem negligenciar a legitimidade e a responsividade às demandas sociais;

C₂₄ – A reformulação proposta reconhece os limites do minimalismo, admitindo que esta abordagem não é uma solução universal, mas uma estratégia que deve ser aplicada de forma criteriosa e contextualizada, especialmente em face dos desafios da pós-verdade e da polarização social;

C₂₅ – O minimalismo dialógico possui aplicabilidade mais restrita que o minimalismo judicial de Sunstein, pois busca, por meio da participação e do diálogo, repelir a atuação emotivista e solipsista do julgador minimalista.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do desenvolvimento exposto, é possível sustentar que a análise realizada nos capítulos permitiu não apenas compreender o minimalismo judicial de Sunstein, mas também sugerir a reconfiguração dessa abordagem para o contexto brasileiro. A análise crítica da visão de Sunstein, combinada com as contribuições da Filosofia Moral de MacIntyre, possibilitou a formulação de uma proposta de reestruturação do minimalismo que busca se adequar às particularidades do sistema jurídico nacional e às exigências de uma sociedade democrática, marcada pela confusão na linguagem moral.

A investigação das bases teóricas do minimalismo judicial, realizada no segundo capítulo, destacou não apenas as virtudes e limitações dessa abordagem, mas também a relevante influência do conservadorismo político burkeano no raciocínio de Sunstein. A avaliação da recepção e das críticas ao minimalismo no contexto acadêmico brasileiro, apresentada no terceiro capítulo, ressaltou a importância de uma adaptação cuidadosa dessa perspectiva às peculiaridades do sistema jurídico nacional.

A introdução das concepções de MacIntyre, examinada no quarto capítulo, mostrou-se fundamental para superar as limitações identificadas na estrutura do pensamento de Sunstein, principalmente no que diz respeito à percepção da tradição e dos desafios morais. A sugestão de integrar o conceito de tradição viva de MacIntyre ao minimalismo proporciona uma fundamentação mais flexível e responsiva para enfrentar os conflitos e mudanças sociais.

A análise da confusão na linguagem moral jurisdicional, abordada no quinto capítulo, proporcionou o contexto essencial para a proposta de um modelo mais robusto e adaptado à realidade brasileira. A transição do Estado Liberal para o Estado Social e, em seguida, para o Estado Democrático de Direito, enfatiza a relevância de uma perspectiva judicial que não apenas leve em conta as transformações sociais e institucionais, mas que também seja capaz de integrar uma prática jurisdicional dialógica e inclusiva.

O minimalismo dialógico, proposto nesta tese, configura-se como uma reformulação do minimalismo original. Ao enfatizar os conflitos e a participação dialógica na formação das decisões judiciais, apresenta-se um modelo alternativo que não apenas busca responder às exigências contemporâneas de justiça e legitimidade democrática, mas também reconhece o papel construtivo dos conflitos na prática jurisdicional. Além disso, foram identificados mecanismos procedimentais para a aplicação dessa abordagem no Brasil.

Assim, a hipótese de pesquisa inicialmente indicada mostrou-se resistente aos testes empreendidos, ou seja, a reconfiguração do minimalismo judicial em um modelo dialógico,

capaz de reconstruir a linguagem moral jurisdicional e tratar os conflitos como elementos constitutivos de um processo deliberativo democrático, pode apontar para a superação das limitações dessa abordagem no Brasil. Essa reformulação, ao promover maior interação entre o Poder Judiciário, as demais esferas estatais e a sociedade, pode atender às demandas morais e estruturais contemporâneas. Além disso, a incorporação do conceito de tradição viva de MacIntyre e sua ênfase na importância dos conflitos para o desenvolvimento moral e social podem oferecer uma base mais sólida para o minimalismo, permitindo uma abordagem mais dinâmica e contextualizada das questões jurídicas e morais.

O minimalismo dialógico, proposta central deste trabalho, é apresentado como uma alternativa para enfrentar os desafios da jurisdição constitucional no Brasil. Ao incorporar elementos de diálogo e engajamento social participativo, essa abordagem não apenas busca superar as limitações do minimalismo judicial de Sunstein, mas também propõe um caminho para uma prática jurisdicional virtuosa, no sentido aristotélico. É essencial destacar, contudo, que o minimalismo dialógico se configura como uma estratégia temporária e situacional, reconhecendo a natureza dinâmica e em constante evolução dos conflitos sociais e jurídicos.

É fundamental destacar, também, que a ideia do minimalismo dialógico, de forma inequívoca, transforma a abordagem minimalista em algo mais limitado em determinados aspectos. Ao demandar um envolvimento mais intenso com os dilemas morais e uma análise mais abrangente das perspectivas sociais, o minimalismo dialógico estabelece padrões mais exigentes para as decisões judiciais. Essa restrição adicionada, contudo, não representa uma limitação, mas sim um reforço da abordagem, na tentativa de torná-la mais sólida e capaz de responder às complexidades da realidade social e jurídica brasileira, o que demanda uma contínua reavaliação e adaptação das práticas judiciais, incorporadas pela consideração dos conflitos como condição da teorização incompleta. Como se pode afirmar nesse contexto, não existem soluções simples para questões complexas.

Nesse sentido, é fundamental enfatizar que é preciso saber aplicar o minimalismo, sem alçar o juiz à condição de salvador em todos os contextos, ainda que por meio do silêncio. O minimalismo dialógico reconhece os limites da atuação judicial e busca promover uma interação mais equilibrada entre o Judiciário e os demais atores sociais e institucionais. Essa postura evita a tentação de atribuir ao juiz um papel messiânico na resolução de todos os conflitos sociais, preservando a integridade do processo deliberativo jurisdicional e democrático, bem como o equilíbrio entre os Poderes.

A confirmação da hipótese abre caminho para novos horizontes de pesquisa. Futuros estudos poderiam explorar a aplicação prática do minimalismo dialógico em casos concretos,

analisando seu impacto na qualidade das decisões judiciais e na legitimidade percebida do Poder Judiciário. Seria especialmente relevante explorar como essa metodologia poderia ser aplicada em diversas situações que envolvem direitos fundamentais e temas constitucionais polêmicos, campos nos quais o minimalismo judicial de Sunstein muitas vezes enfrenta restrições.

Além disso, seria crucial explorar de que forma essa abordagem poderia ser incorporada aos cursos de formação de juízes, incentivando uma cultura jurídica mais dialógica e reflexiva, unida ao sentido de contenção judicial. A implementação das bases do minimalismo dialógico na educação jurídica, por meio das contribuições de MacIntyre, por exemplo, pode promover o surgimento de uma nova classe de juristas mais conscientes das intrincadas questões sociais e morais que cercam o Direito.

Uma outra linha de investigação poderia ser a análise da relação entre o minimalismo dialógico e várias teorias da democracia deliberativa, examinando possíveis sinergias e conflitos. Essa análise pode auxiliar na compreensão da função do Judiciário em uma democracia constitucional, especialmente em relação aos outros Poderes e à sociedade civil.

Além disso, estudos comparativos poderiam examinar como o minimalismo dialógico se integraria a diferentes sistemas jurídicos, identificando alterações e adaptações necessárias em diversos contextos. Essa estratégia comparativa poderia enriquecer ainda mais a análise, fortalecendo-a e tornando-a mais pertinente em várias realidades jurídicas e sociais.

Por último, é importante destacar que o minimalismo dialógico, apesar de ser apresentado como uma abordagem para lidar com os desafios contemporâneos da jurisdição, principalmente no campo constitucional, não deve ser considerado uma solução final ou geral, na mesma linha que Sunstein defende o seu minimalismo judicial. Sua eficácia dependerá da constante reflexão crítica e da vontade dos atores jurídicos de se envolverem de forma autêntica no processo dialógico apresentado. A característica temporária e intermitente dessa perspectiva impõe uma contínua reavaliação de sua relevância e eficácia, admitindo que as soluções jurídicas precisam progredir paralelamente às mudanças sociais e institucionais.

Esta tese, ao sugerir uma reestruturação do minimalismo judicial, visa colaborar com o avanço da prática jurisdicional no Brasil, favorecendo um modelo de decisão mais atento aos conflitos morais e sociais que envolvem as questões constitucionais atuais, atento à noção de contenção. Afinal, concorda-se com a afirmação de Sunstein de que os juízes têm um estoque limitado de razão. Mas a inclusão dos elementos dialógicos e a ideia de tradição viva busca pavimentar um caminho para uma jurisdição mais reflexiva e que responda melhor às exigências sociais e morais.

O que se almeja com esta tese é que as considerações apresentadas promovam um debate construtivo acerca da função do Judiciário, indicando direções para uma jurisdição mais colaborativa, analítica e alinhada com os princípios do Estado Democrático de Direito. O minimalismo dialógico simboliza não apenas uma abordagem jurídica, mas também um convite à reflexão constante e ao envolvimento crítico com as questões essenciais que definem a ordem constitucional e a vida comunitária.

REFERÊNCIAS

- ABE, Paulo. O Estético Em Ou-Ou de Kierkegaard e sua dinâmica paradoxal. **Revista Ágora Filosófica**, Recife, v. 21, n. 3, p. 138-156, 2021. DOI: 10.25247/P1982-999X.2021.v21n3.p138-156. Disponível em: <https://www1.unicap.br/ojs/index.php/agora/article/view/1932>. Acesso em: 15 ago. 2024.
- AD Scientific Index 2025: World Scientific and University Rankings [Cass Sunstein]. **AD Scientific Index**. [S. l.: s. n.], [2024]. Disponível em: <https://www.adscientificindex.com/scientist/cass-sunstein/1411224>. Acesso em: 9 nov. 2024.
- AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Trad. de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.
- AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **Boletim Panorama**: saúde suplementar. Rio de Janeiro: ANS, 2023. v. 2, n. 4. Disponível em: https://www.gov.br/ans/pt-br/arquivos/assuntos/noticias/PanoramaSaudeSuplementar_Ed04_Mar_2024r04.pdf. Acesso em: 10 nov. 2024.
- ALSTYNE, William W. Van. A Critical Guide to Marbury v. Madison. **Duke Law Journal**, Durham, n. 1, p. 1-47, jan. 1969. Disponível em: https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/544/. Acesso em: 21 abr. 2024.
- ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: entre a justiça e a política. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (org.). **Sistema político brasileiro**: uma introdução. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Unesp, 2007, p. 81-115.
- ARAÚJO, Jéssica Helena Braga. **A gestão processual participativa para a implementação de medidas estruturantes na litigância de Direito Público**. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2021. Disponível em: <https://web.sistemas.pucminas.br/BDP/PUC%20Minas/Home/Visualizar?seq=EC8EC7390FBFBF8671AD586765E92EC8>. Acesso em: 9 nov. 2024.
- ARISTÓTELES. **Ética à Nicômaco**. São Paulo: Abril Cultural, 1996.
- ASSIS, Fábio José Silva de; SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. Do protagonismo judicial aos diálogos institucionais: uma introdução ao constitucionalismo popular de Kramer, ao minimalismo de Sunstein e às teorias dialógicas de Bateup e Linares. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 13, n. 2, p. 267-296, ago. 2018. DOI: 10.5433/1980-511X.2018v13n2p267. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/34145>. Acesso em: 9 nov. 2024.
- AUDARD, Catherine. Glossário. In: RAWLS, John. **Justiça e democracia**. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 373-383.
- BALDRESCA, Raecler. O papel dos juízes na interpretação constitucional: reflexões sobre ativismo, minimalismo e realismo no âmbito criminal. **Revista da AJUFE**, São Paulo, ano 28, n. 95, p. 363-380, 2015. Disponível em:

<http://ajufe.org.br/images/bkp/ajufe/arquivos/downloads/raecler-baldresca-o-papel-dos-juzes-na-interpretacao-constitucional-reflexes-sobre-ativismo-minimalismo-e-realismo-no-mbito-criminal-41313115.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. [Debate]. *In*: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário nº 845.779/SC. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TEMA 778. USO DE BANHEIRO PÚBLICO POR TRANSGÊNERO. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA FÁTICA. AUSÊNCIA DE ANÁLISE PELO JUÍZO A QUO DE VIOLAÇÃO CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DOS DESENHOS CONSTITUCIONAIS. QUESTÃO DE ORDEM PARA CANCELAMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL. ART. 323-B DO RISTF. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.** 1. Cancelamento da repercussão geral, precedente deste Plenário no RE nº 614.873, por inexistência de questão constitucional. 2. Ausência de discussão constitucional ensejadora de repercussão geral. Fatos e provas são inadmissíveis em sede de Recurso Extraordinário, cujo efeito devolutivo transfere à Corte apenas questão constitucional. 3. Demanda jurídica que exige a rediscussão fática dos autos, impossibilidade de análise em sede de recurso extraordinário. 4. Ausência de prequestionamento de violação direta a Constituição nas instâncias inferiores. Impossibilidade de supressão do debate constitucional. Recurso a que se nega seguimento. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, 6 de junho de 2024. p. 87. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=780029084>. Acesso em: 20 out. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794>. Acesso em: 20 out. 2024.

BARZOTTO, Luis Fernando. O círculo ético: uma resenha a Alasdair MacIntyre. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, v. 35, n. 13, p. 405-436, maio/ago. 2023. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/download/10246/7019>. Acesso em: 20 ago. 2024.

BATISTA NETO, Alberto Leopoldo. A teoria das tradições de pesquisa de Alasdair MacIntyre contra o universalismo iluminista, o relativismo e o perspectivismo. **Veritas**, Porto Alegre, v. 64, n. 2, p. e33574, 2019. DOI: 10.15448/1984-6746.2019.2.33574. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/veritas/article/view/33574>. Acesso em: 20 ago. 2024.

BERNARDES, Bruno Paiva. **Conjecturas sobre a aplicação do minimalismo judicial ao ordenamento jurídico brasileiro e sua democraticidade jurídica**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: <https://repositorio.fumec.br/xmlui/handle/123456789/590>. Acesso em: 15 maio 2023.

BERNARDES, Bruno Paiva. **Minimalismo judicial**: características, aplicações e objeções. Belo Horizonte: Conjecturas, 2024.

BIRCHAL, Alice de Souza. Juizado único de competência híbrida: ponte para a proteção integral da família vitimada pela violência doméstica. *In*: BIRCHAL, Alice de Souza;

BERNARDES, Bruno Paiva (org.). **Pontes para a paz em casa: práticas e reflexões**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020. p. 11-40.

BIVAR NETO, Fernando Caldas. Minimalismo judicial em sistemas tributários complexos. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, v. 147, n. 28, p. 171-188, 2020. Disponível em: <https://rtrib.abdt.org.br/index.php/rftp/article/view/394>. Acesso em: 15 ago. 2024.

BOCCHINI, Caio Henrique. **O minimalismo judicial e os parâmetros legais para a interpretação do Direito brasileiro**. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2020. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/216198/PDPC1506-D.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15 ago. 2024.

BORGES, Adriano Souto. **Cortes constitucionais e democracia?** A interpretação das regras de competência e a expansão do controle de constitucionalidade no Brasil. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUOS-ASHHYH>. Acesso em: 10 nov. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 dez 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.527/2019**. Altera a Lei 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil, para criar o Capítulo XI-A, no Título I do Livro I, da referida Lei, para tratar das audiências públicas em processos jurisdicionais. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2019a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2215659>. Acesso em: 15 nov. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 1.916, de 23 de maio de 1996**. Regulamenta o processo de escolha dos dirigentes de instituições federais de ensino superior, nos termos da Lei nº 9.192, de 21 de dezembro de 1995. Brasília, DF: Presidência da República, [2007a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1916.htm. Acesso em: 10 fev. 2025.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2024b]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 15 nov. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2024c]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em: 25 nov. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.192, de 21 de dezembro de 1995**. Altera dispositivos da Lei nº 5.540, de 28 de novembro de 1968, que regulamentam o processo de escolha dos dirigentes

universitários. Brasília, DF: Presidência da República, [2019b]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9192.htm. Acesso em: 10 fev. 2025.

BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, DF: Presidência da República, [2024d]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em: 10 fev. 2025.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [2009]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em: 15 nov. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm. Acesso em: 15 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.019/RO**. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DO ESTADO DE RONDÔNIA N. 5.123/2021. PROIBIÇÃO DE LINGUAGEM NEUTRA NAS ESCOLAS. COMPETÊNCIA DA UNIÃO. LEI DE DIRETRIZES E BASES. INCONSTITUCIONALIDADE. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. Norma estadual que, a pretexto de proteger os estudantes, proíbe modalidade de uso da língua portuguesa viola a competência legislativa da União. 2. Ação direta julgada procedente. Relator: Min. Edson Fachin, 13 de fevereiro de 2023a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357117491&ext=.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.351/DF**. PARTIDO POLÍTICO - FUNCIONAMENTO PARLAMENTAR - PROPAGANDA PARTIDÁRIA GRATUITA - FUNDO PARTIDÁRIO. Surge conflitante com a Constituição Federal lei que, em face da gradação de votos obtidos por partido político, afasta o funcionamento parlamentar e reduz, substancialmente, o tempo de propaganda partidária gratuita e a participação no rateio do Fundo Partidário. NORMATIZAÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE - VÁCUO. Ante a declaração de inconstitucionalidade de leis, incumbe atentar para a inconveniência do vácuo normativo, projetando-se, no tempo, a vigência de preceito transitório, isso visando a aguardar nova atuação das Casas do Congresso Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio, 7 de dezembro de 2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416150>. Acesso em: 15 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.354/DF**. PARTIDO POLÍTICO - FUNCIONAMENTO PARLAMENTAR - PROPAGANDA PARTIDÁRIA GRATUITA - FUNDO PARTIDÁRIO. Surge conflitante com a Constituição Federal lei que, em face da gradação de votos obtidos por partido político, afasta o funcionamento parlamentar e reduz, substancialmente, o tempo de propaganda partidária gratuita e a participação no rateio do Fundo Partidário. NORMATIZAÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE - VÁCUO. Ante a declaração de inconstitucionalidade de leis, incumbe atentar para a inconveniência do vácuo normativo,

projetando-se, no tempo, a vigência de preceito transitório, isso visando a aguardar nova atuação das Casas do Congresso Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio, 7 de dezembro de 2007b. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416152>. Acesso em: 15 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 43, 44 e 45/DF [julgamento conjunto]**. Pena – Execução provisória – Impossibilidade – Princípio da não culpabilidade. Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia versada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para, selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória. Relator: Min. Marco Aurélio, 12 de novembro de 2020b. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357598>. Acesso em: 10 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Agravo Regimental nos Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.389/DF**. DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. AGRAVO INTERNO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DECISÃO DE EXTINÇÃO POR PERDA DO OBJETO. ILEGITIMIDADE DO AMICUS CURIAE PARA OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESPROVIMENTO. 1. Agravo interno contra decisão que inadmitiu embargos de declaração manejados por amicus curiae contra decisão que reconheceu a perda de objeto da ação direta. 2. O Supremo Tribunal Federal tem firme o entendimento de que as entidades que participam dos processos na condição de amicus curiae têm como papel instruir os autos com informações relevantes ou dados técnicos, não possuindo, entretanto, legitimidade para a interposição de recursos, inclusive embargos de declaração. Precedentes. 3. Ainda que a disciplina prevista no novo Código de Processo Civil a respeito do amicus curiae permita a oposição de embargos de declaração pelo interveniente (CPC/2015, art. 138, §1º), a regra não é aplicável em sede de ações de controle concentrado de constitucionalidade. Precedentes. 4. Agravo interno a que se nega provimento. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 14 de agosto de 2019c. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750865042>. Acesso em: 15 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 144/DF**. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - POSSIBILIDADE DE MINISTROS DO STF, COM ASSENTO NO TSE, PARTICIPAREM DO JULGAMENTO DA ADPF - INOCORRÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE PROCESSUAL, AINDA QUE O PRESIDENTE DO TSE HAJA PRESTADO INFORMAÇÕES NA CAUSA - RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE ATIVA “AD CAUSAM” DA ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - EXISTÊNCIA, QUANTO A ELA, DO VÍNCULO DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA - ADMISSIBILIDADE DO AJUIZAMENTO DE ADPF CONTRA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL DE QUE POSSA RESULTAR LESÃO A PRECEITO FUNDAMENTAL - EXISTÊNCIA DE CONTROVÉRSIA RELEVANTE NA ESPÉCIE, AINDA QUE NECESSÁRIA SUA DEMONSTRAÇÃO APENAS NAS ARGUIÇÕES DE DESCUMPRIMENTO DE CARÁTER INCIDENTAL - OBSERVÂNCIA, AINDA, NO

CASO, DO POSTULADO DA SUBSIDIARIEDADE - MÉRITO: RELAÇÃO ENTRE PROCESSOS JUDICIAIS, SEM QUE NELES HAJA CONDENAÇÃO IRRECORRÍVEL, E O EXERCÍCIO, PELO CIDADÃO, DA CAPACIDADE ELEITORAL PASSIVA - REGISTRO DE CANDIDATO CONTRA QUEM FORAM INSTAURADOS PROCEDIMENTOS JUDICIAIS, NOTADAMENTE AQUELES DE NATUREZA CRIMINAL, EM CUJO ÂMBITO AINDA NÃO EXISTA SENTENÇA CONDENATÓRIA COM TRÂNSITO EM JULGADO - IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE DEFINIR-SE, COMO CAUSA DE INELEGIBILIDADE, A MERA INSTAURAÇÃO, CONTRA O CANDIDATO, DE PROCEDIMENTOS JUDICIAIS, QUANDO INOCORRENTE CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO - PROIBIDADE ADMINISTRATIVA, MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DO MANDATO ELETIVO, “VITA ANTEACTA” E PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA - SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS E IMPRESCINDIBILIDADE, PARA ESSE EFEITO, DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO CRIMINAL (CF, ART. 15, III) - REAÇÃO, NO PONTO, DA CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA DE 1988 À ORDEM AUTORITÁRIA QUE PREVALECEU SOB O REGIME MILITAR - CARÁTER AUTOCRÁTICO DA CLÁUSULA DE INELEGIBILIDADE FUNDADA NA LEI COMPLEMENTAR Nº 5/70 (ART. 1º, I, “N”), QUE TORNAVA INELEGÍVEL QUALQUER RÉU CONTRA QUEM FOSSE RECEBIDA DENÚNCIA POR SUPOSTA PRÁTICA DE DETERMINADOS ILÍCITOS PENAIIS - DERROGAÇÃO DESSA CLÁUSULA PELO PRÓPRIO REGIME MILITAR (LEI COMPLEMENTAR Nº 42/82), QUE PASSOU A EXIGIR, PARA FINS DE INELEGIBILIDADE DO CANDIDATO, A EXISTÊNCIA, CONTRA ELE, DE CONDENAÇÃO PENAL POR DETERMINADOS DELITOS - ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O ALCANCE DA LC Nº 42/82: NECESSIDADE DE QUE SE ACHASSE CONFIGURADO O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO (RE 99.069/BA, REL. MIN. OSCAR CORRÊA) - PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA: UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE A QUALQUER PESSOA - EVOLUÇÃO HISTÓRICA E REGIME JURÍDICO DO PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA - O TRATAMENTO DISPENSADO À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PELAS DECLARAÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS, TANTO AS DE CARÁTER REGIONAL QUANTO AS DE NATUREZA GLOBAL - O PROCESSO PENAL COMO DOMÍNIO MAIS EXPRESSIVO DE INCIDÊNCIA DA PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA - EFICÁCIA IRRADIANTE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA - POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DESSE PRINCÍPIO AO ÂMBITO DO PROCESSO ELEITORAL - HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE - ENUMERAÇÃO EM ÂMBITO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 14, §§ 4º A 8º) - RECONHECIMENTO, NO ENTANTO, DA FACULDADE DE O CONGRESSO NACIONAL, EM SEDE LEGAL, DEFINIR “OUTROS CASOS DE INELEGIBILIDADE” - NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, EM TAL SITUAÇÃO, DA RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR (CF, ART. 14, § 9º) - IMPOSSIBILIDADE, CONTUDO, DE A LEI COMPLEMENTAR, MESMO COM APOIO NO § 9º DO ART. 14 DA CONSTITUIÇÃO, TRANSGREDIR A PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA, QUE SE QUALIFICA COMO VALOR FUNDAMENTAL, VERDADEIRO “CORNERSTONE” EM QUE SE ESTRUTURA O SISTEMA QUE A NOSSA CARTA POLÍTICA CONSAGRA EM RESPEITO AO REGIME DAS LIBERDADES E EM DEFESA DA PRÓPRIA PRESERVAÇÃO DA ORDEM DEMOCRÁTICA - PRIVAÇÃO DA CAPACIDADE ELEITORAL PASSIVA E PROCESSOS, DE NATUREZA CIVIL, POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - NECESSIDADE, TAMBÉM EM TAL HIPÓTESE, DE CONDENAÇÃO IRRECORRÍVEL - COMPATIBILIDADE DA LEI Nº 8.429/92 (ART. 20,

“CAPUT”) COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 15, V, c/c O ART. 37, § 4º) - O SIGNIFICADO POLÍTICO E O VALOR JURÍDICO DA EXIGÊNCIA DA COISA JULGADA - RELEITURA, PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, DA SÚMULA 01/TSE, COM O OBJETIVO DE INIBIR O AFASTAMENTO INDISCRIMINADO DA CLÁUSULA DE INELEGIBILIDADE FUNDADA NA LC 64/90 (ART. 1º, I, “G”) - NOVA INTERPRETAÇÃO QUE REFORÇA A EXIGÊNCIA ÉTICO-JURÍDICA DE PROIBIDADE ADMINISTRATIVA E DE MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DE MANDATO ELETIVO - ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL JULGADA IMPROCEDENTE, EM DECISÃO REVESTIDA DE EFEITO VINCULANTE. Relator: Min. Celso de Mello, 6 de agosto de 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608506>. Acesso em: 15 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 984/DF e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.191/DF [Julgamento conjunto. Homologação de acordo]**. Acordo em Ação Direta de Inconstitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. 2. Discussão sobre a constitucionalidade das Leis Complementares 192/2022 e 194/2022, diante do art. 155, §§ 2º, 4º, IV, e 5º, da Constituição Federal, entre outros. 3. ADI 7.191. Monofasia, uniformidade e alíquota ad rem do ICMS sobre combustíveis (art. 3º, inciso V, “a”, “b” e “c”; art. 6º, §§ 4º e 5º; art. 7º; art. 8º, todos da Lei Complementar 192/2022) 4. ADPF 984. Debate sobre a essencialidade de combustíveis, energia elétrica, telecomunicações e transporte para fins de cobrança do ICMS, nas leis estaduais e distrital das 27 (vinte e sete) unidades federativas. 5. Desdobramento da conciliação/mediação homologada por esta Corte em 15.12.2022, nesta ADPF 984 Acordo, sob minha relatoria, Pleno, DJe 19.12.2022. Grupo de trabalho entre os Entes Federativos, como técnica autocompositiva de negociação, formada nos autos. Proposta de solução para o impasse federativo. 6. Acordo referendado formalmente pela União e por todos os Entes Estaduais e Distrital. Homologação judicial, com explicitações e condicionantes. 7. Encaminhamento ao Congresso Nacional para as deliberações cabíveis. 8. Acompanhamento do cumprimento a cargo desta Corte. Relator: Min. Gilmar Mendes, 5 de junho de 2023b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15359248960&ext=.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF**. ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. Relator: Min. Marco Aurélio, 12 de abril de 2012a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 7 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF**. LEI N. 6.683/79, A CHAMADA “LEI DE ANISTIA”. ARTIGO 5º, CAPUT, III E XXXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL; PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E PRINCÍPIO REPUBLICANO: NÃO VIOLAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS HISTÓRICAS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E TIRANIA

DOS VALORES. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E DISTINÇÃO ENTRE TEXTO NORMATIVO E NORMA JURÍDICA. CRIMES CONEXOS DEFINIDOS PELA LEI N. 6.683/79. CARÁTER BILATERAL DA ANISTIA, AMPLA E GERAL. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA SUCESSÃO DAS FREQUENTES ANISTIAS CONCEDIDAS, NO BRASIL, DESDE A REPÚBLICA. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E LEIS-MEDIDA. CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES E LEI N. 9.455, DE 7 DE ABRIL DE 1997, QUE DEFINE O CRIME DE TORTURA. ARTIGO 5º, XLIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO E REVISÃO DA LEI DA ANISTIA. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1985, PODER CONSTITUINTE E “AUTO-ANISTIA”. INTEGRAÇÃO DA ANISTIA DA LEI DE 1979 NA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. ACESSO A DOCUMENTOS HISTÓRICOS COMO FORMA DE EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VERDADE. [...]. Relator: Min. Eros Grau, 29 de abril de 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 15 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 708/DF**. Direito constitucional ambiental. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Fundo Clima. Não destinação dos recursos voltados à mitigação das mudanças climáticas. Inconstitucionalidade. Violação a compromissos internacionais. [...]. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 4 de julho de 2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=763392091>. Acesso em: 10 fev. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF**. Direitos fundamentais dos presos. ADPF. Sistema carcerário. Violação massiva de direitos. Falhas estruturais. Necessidade de reformulação de políticas públicas penais e prisionais. Procedência parcial dos pedidos. I. Objeto da ação 1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental por meio da qual se postula que o STF declare que o sistema prisional brasileiro configura um estado de coisas inconstitucional, ensejador de violação massiva de direitos fundamentais dos presos, bem como que imponha ao Poder Público a adoção de uma série de medidas voltadas à promoção da melhoria da situação carcerária e ao enfrentamento da superlotação de suas instalações. II. Condições carcerárias e competência do STF 2. Há duas ordens de razões para a intervenção do STF na matéria. Em primeiro lugar, compete ao Tribunal zelar pela observância dos direitos fundamentais previstos na Constituição, sobretudo quando se trata de grupo vulnerável, altamente estigmatizado e desprovido de representação política (art. 5º, XLVII, XLVIII e XLIX, CF). Além disso, o descontrole do sistema prisional produz grave impacto sobre a segurança pública, tendo sido responsável pela formação e expansão de organizações criminosas que operam de dentro do cárcere e afetam a população de modo geral (arts. 1º, 5º e 144, CF). III. Características dos processos estruturais 3. Os processos estruturais têm por objeto uma falha crônica no funcionamento das instituições estatais, que causa ou perpetua a violação a direitos fundamentais. A sua solução geralmente envolve a necessidade de reformulação de políticas públicas. 4. Tais processos comportam solução bifásica, dialógica e flexível, envolvendo: uma primeira etapa, de reconhecimento do estado de desconformidade constitucional e dos fins a serem buscados; e uma segunda etapa, de detalhamento das medidas, homologação e monitoramento da execução da decisão. 5. A promoção do diálogo interinstitucional e social legitima a intervenção judicial em matéria de política pública, incorporando a participação dos demais Poderes, de especialistas e da comunidade na

construção da solução, em atenção às distintas capacidades institucionais de cada um. IV. Reconhecimento do estado de coisas inconstitucional 6. O estado de desconformidade constitucional do sistema carcerário brasileiro expressa-se por meio: (i) da superlotação e da má-qualidade das vagas existentes, marcadas pelo déficit no fornecimento de bens e serviços essenciais que integram o mínimo existencial (Eixo 1); (ii) das entradas de novos presos no sistema de forma indevida e desproporcional, envolvendo autores primários e delitos de baixa periculosidade, que apenas contribuem para o agravamento da criminalidade (Eixo 2); e (iii) da permanência dos presos por tempo superior àquele previsto na condenação ou em regime mais gravoso do que o devido (Eixo 3). Tal situação compromete a capacidade do sistema de cumprir seus fins de ressocialização dos presos e de garantia da segurança pública. V. Concordância parcial com o voto do relator 7. Adesão ao voto do relator originário quanto à procedência dos pedidos para declarar o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro e determinar que: (i) juízes e tribunais motivem a não aplicação de medidas cautelares alternativas à privação da liberdade quando determinada ou mantida a prisão provisória; (ii) juízes fixem, quando possível, penas alternativas à prisão, pelo fato de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições mais severas do que as previstas em lei; (iii) juízes e tribunais levem em conta o quadro do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante a execução penal; (iv) sejam realizadas audiências de custódia no prazo de 24hs, contadas do momento da prisão; (v) a União libere as verbas do FUNPEN. 8. Além disso, o ministro relator originário julgou procedentes em parte os pedidos para que: o Governo Federal elabore, no prazo de três meses (que neste voto se aumenta para seis meses), um plano nacional para a superação, em no máximo três anos, do estado de coisas inconstitucional; e para que Estados e Distrito Federal elaborem e implementem planos próprios. Julgou, ainda, improcedentes os pedidos de oitiva de entidades estatais e da sociedade civil acerca dos planos, bem como de sua homologação e monitoramento pelo STF. VI. Divergência do voto do relator 9. Em sentido diverso àquele constante do voto do Relator, afirma-se: (i) a necessária participação do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Conselho Nacional de Justiça (DMF/CNJ) na elaboração do plano nacional; (ii) a procedência dos pedidos de submissão dos planos ao debate público e à homologação pelo STF; e (iii) o monitoramento da sua execução pelo DMF/CNJ, com supervisão do STF. 10. A elaboração do plano nacional de enfrentamento do problema carcerário deve ser atribuída, conjuntamente, ao DMF/CNJ e à União, ambos dotados de competência e expertise na matéria (art. 103-B, §4º, CF; Lei 12.106/2009; art. 59 da MP nº 1.154/2023; art. 64 da LEP). O DMF/CNJ deve ser responsável pelo planejamento das medidas que envolvam a atuação do Poder Judiciário enquanto o Governo Federal deve realizar o planejamento nacional das medidas materiais de caráter executivo. 11. O plano nacional deve contemplar o marco lógico de uma política pública estruturada, com os vários órgãos e entidades envolvidos, bem como observar os objetivos e as medidas objeto de exame no voto, que incluem: (i) controle da superlotação dos presídios, melhoria da qualidade e aumento de vagas; (ii) fomento às medidas alternativas à prisão e (iii) aprimoramento dos controles de saída e progressão de regime. O plano deve, ainda, definir indicadores de monitoramento, avaliação e efetividade, bem como os recursos necessários e disponíveis para sua execução e os riscos positivos e negativos a ele associados. Competirá ao DMF/CNJ, sob a supervisão do STF, o monitoramento da sua execução, e a regulamentação necessária a tal fim, restando-se ainda a competência desta Corte em casos de impasse ou de atos que envolvam reserva de jurisdição. VII. Conclusão 12. Pedido julgado parcialmente procedente. Tese: “1. Há um estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, responsável pela violação massiva de direitos fundamentais dos presos. Tal estado de coisas demanda a atuação cooperativa das diversas autoridades, instituições e comunidade para a construção de uma solução satisfatória. 2. Diante disso, União, Estados e Distrito Federal, em

conjunto com o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Conselho Nacional de Justiça (DMF/CNJ), deverão elaborar planos a serem submetidos à homologação do Supremo Tribunal Federal, nos prazos e observadas as diretrizes e finalidades expostas no presente voto, devendo tais planos ser especialmente voltados para o controle da superlotação carcerária, da má qualidade das vagas existentes e da entrada e saída dos presos. 3. O CNJ realizará estudo e regulará a criação de número de varas de execução proporcional ao número de varas criminais e ao quantitativo de presos”. Relator: Min. Marco Aurélio, 4 de outubro de 2023c. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773553256>. Acesso em: 10 fev. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186/DF**. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, CAPUT, 205, 206, CAPUT, I, 207, CAPUT, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. [...]. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 26 de abril de 2012b. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso em: 10 fev. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus nº 126.292/SP**. CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. Relator: Min. Teori Zavascki, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 10 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Segurança nº 266.602/DF**. CONSTITUCIONAL. ELEITORAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. DESFILIAÇÃO. PERDA DE MANDATO. ARTS. 14, § 3º, V E 55, I A VI DA CONSTITUIÇÃO. CONHECIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA, RESSALVADO ENTENDIMENTO DO RELATOR. SUBSTITUIÇÃO DO DEPUTADO FEDERAL QUE MUDA DE PARTIDO PELO SUPLENTE DA LEGENDA ANTERIOR. ATO DO PRESIDENTE DA CÂMARA QUE NEGOU POSSE AOS SUPLENTE. CONSULTA, AO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, QUE DECIDIU PELA MANUTENÇÃO DAS VAGAS OBTIDAS PELO SISTEMA PROPORCIONAL EM FAVOR DOS PARTIDOS POLÍTICOS E COLIGAÇÕES. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MARCO TEMPORAL A PARTIR DO QUAL A FIDELIDADE PARTIDÁRIA DEVE SER OBSERVADA [27.3.07]. EXCEÇÕES DEFINIDAS E EXAMINADAS PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. DESFILIAÇÃO OCORRIDA ANTES DA RESPOSTA À CONSULTA AO TSE. ORDEM DENEGADA. [...]. Relator: Min. Eros Grau, 4 de dezembro de 2007c. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555539>. Acesso em: 15 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Segurança nº 266.603/DF**. MANDADO DE SEGURANÇA - QUESTÕES PRELIMINARES REJEITADAS - O MANDADO DE SEGURANÇA COMO PROCESSO DOCUMENTAL E A NOÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA - A COMPREENSÃO DO CONCEITO DE AUTORIDADE COATORA, PARA FINS MANDAMENTAIS - RESERVA ESTATUTÁRIA, DIREITO AO PROCESSO E EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO - INOPONIBILIDADE, AO PODER JUDICIÁRIO, DA RESERVA DE ESTATUTO, QUANDO INSTAURADO LITÍGIO CONSTITUCIONAL EM TORNO DE ATOS PARTIDÁRIOS “INTERNA CORPORIS” - COMPETÊNCIA NORMATIVA DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL - O INSTITUTO DA “CONSULTA” NO ÂMBITO DA JUSTIÇA ELEITORAL: NATUREZA E EFEITOS JURÍDICOS - POSSIBILIDADE DE O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, EM RESPOSTA À CONSULTA, NELA EXAMINAR TESE JURÍDICA EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - CONSULTA/TSE Nº 1.398/DF - FIDELIDADE PARTIDÁRIA - A ESSENCIALIDADE DOS PARTIDOS POLÍTICOS NO PROCESSO DE PODER - MANDATO ELETIVO - VÍNCULO PARTIDÁRIO E VÍNCULO POPULAR - INFIDELIDADE PARTIDÁRIA - CAUSA GERADORA DO DIREITO DE A AGREMIÇÃO PARTIDÁRIA PREJUDICADA PRESERVAR A VAGA OBTIDA PELO SISTEMA PROPORCIONAL - HIPÓTESES EXCEPCIONAIS QUE LEGITIMAM O ATO DE DESLIGAMENTO PARTIDÁRIO - POSSIBILIDADE, EM TAIS SITUAÇÕES, DESDE QUE CONFIGURADA A SUA OCORRÊNCIA, DE O PARLAMENTAR, NO ÂMBITO DE PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO INSTAURADO PERANTE A JUSTIÇA ELEITORAL, MANTER A INTEGRIDADE DO MANDATO LEGISLATIVO - NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, NO PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO, DO PRINCÍPIO DO “DUE PROCESS OF LAW” (CF, ART. 5º, INCISOS LIV E LV) - APLICAÇÃO ANALÓGICA DOS ARTS. 3º A 7º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90 AO REFERIDO PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO - ADMISSIBILIDADE DE EDIÇÃO, PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, DE RESOLUÇÃO QUE REGULAMENTE O PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO - MARCO INICIAL DA EFICÁCIA DO PRONUNCIAMENTO DESTA SUPREMA CORTE NA MATÉRIA: DATA EM QUE O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL APRECIOU A CONSULTA Nº 1.398/DF - OBEDIÊNCIA AO POSTULADO DA SEGURANÇA JURÍDICA - A SUBSISTÊNCIA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E LEGISLATIVOS PRATICADOS PELOS PARLAMENTARES INFIÉIS: CONSEQÜÊNCIA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA INVESTIDURA APARENTE - O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A RESPONSABILIDADE POLÍTICO-JURÍDICA QUE LHE INCUMBE NO PROCESSO DE VALORIZAÇÃO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO - O MONOPÓLIO DA “ÚLTIMA PALAVRA”, PELA SUPREMA CORTE, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL - MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO. PARTIDOS POLÍTICOS E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. [...]. Relator: Min. Celso de Mello, 4 de dezembro de 2007d. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570121>. Acesso em: 15 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Segurança nº 266.604/DF**. DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO PELO PARTIDO DOS DEMOCRATAS - DEM CONTRA

ATO DO PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. NATUREZA JURÍDICA E EFEITOS DA DECISÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL - TSE NA CONSULTA N. 1.398/2007. NATUREZA E TITULARIDADE DO MANDATO LEGISLATIVO. OS PARTIDOS POLÍTICOS E OS ELEITOS NO SISTEMA REPRESENTATIVO PROPORCIONAL. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. EFEITOS DA DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA PELO ELEITO: PERDA DO DIREITO DE CONTINUAR A EXERCER O MANDATO ELETIVO. DISTINÇÃO ENTRE SANÇÃO POR ILÍCITO E SACRIFÍCIO DO DIREITO POR PRÁTICA LÍCITA E JURIDICAMENTE CONSEQÜENTE. IMPERTINÊNCIA DA INVOCAÇÃO DO ART. 55 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DIREITO DO IMPETRANTE DE MANTER O NÚMERO DE CADEIRAS OBTIDAS NA CÂMARA DOS DEPUTADOS NAS ELEIÇÕES. DIREITO À AMPLA DEFESA DO PARLAMENTAR QUE SE DESFILIE DO PARTIDO POLÍTICO. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA MUDANÇA DE ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL: MARCO TEMPORAL FIXADO EM 27.3.2007. MANDADO DE SEGURANÇA CONHECIDO E PARCIALMENTE CONCEDIDO. [...]. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 4 de dezembro de 2007e. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=552057>. Acesso em: 15 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF**. CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional” [...]. Relator: Ministro Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 20 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.565/DF**. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. NOMEAÇÃO DE REITORES E VICE-REITORES DE UNIVERSIDADES FEDERAIS PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA A PARTIR DE LISTA TRÍPLICE ELABORADA PELA COMUNIDADE ACADÊMICA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA (ART. 207, CF) E AOS PRINCÍPIOS DA GESTÃO DEMOCRÁTICA DO ENSINO (ART. 206, VI, CF), DO REPUBLICANISMO (ART. 1º, CAPUT) E DO PLURALISMO POLÍTICO (ART. 1º, V). AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE DO DIREITO ALEGADO. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. [...]. Relator: Min. Edson Fachin. Relator do acórdão: Min. Gilmar Mendes, 11 de outubro de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759335451>. Acesso em: 10 fev. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Reclamação nº 4.335/AC**. Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente. Relator: Min. Gilmar Mendes, 20 de março de 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>. Acesso em: 10 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário nº 845.779/SC**. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TEMA 778. USO DE BANHEIRO PÚBLICO POR TRANSGÊNERO. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA FÁTICA. AUSÊNCIA DE ANÁLISE PELO JUÍZO A QUO DE VIOLAÇÃO CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DOS DESENHOS CONSTITUCIONAIS. QUESTÃO DE ORDEM PARA CANCELAMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL. ART. 323-B DO RISTF. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. 1. Cancelamento da repercussão geral, precedente deste Plenário no RE nº 614.873, por inexistência de questão constitucional. 2. Ausência de discussão constitucional ensejadora de repercussão geral. Fatos e provas são inadmissíveis em sede de Recurso Extraordinário, cujo efeito devolutivo transfere à Corte apenas questão constitucional. 3. Demanda jurídica que exige a rediscussão fática dos autos, impossibilidade de análise em sede de recurso extraordinário. 4. Ausência de prequestionamento de violação direta a Constituição nas instâncias inferiores. Impossibilidade de supressão do debate constitucional. Recurso a que se nega seguimento. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 6 de junho de 2024e. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=780029084>. Acesso em: 20 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 759/DF**. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ATOS DE NOMEAÇÃO, PRETÉRITOS E FUTUROS, DE REITORES E VICE-REITORES DE UNIVERSIDADES FEDERAIS PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA A PARTIR DE LISTA TRÍPLICE. ATO COMPLEXO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. EXERCÍCIO DE DISCRICIONARIEDADE MITIGADA PELO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. ABSOLUTO CUMPRIMENTO AO PROCEDIMENTO E FORMA ESTABELECIDOS EM LEI. RESPEITO AO PROCEDIMENTO DE CONSULTA REALIZADO PELAS UNIVERSIDADES FEDERAIS, CONDICIONANTES DE TÍTULO E CARGO E OBRIGATORIEDADE DE ESCOLHA DE UM DOS NOMES QUE FIGUREM NA LISTA TRÍPLICE. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA (ART. 207, CF) E AOS PRINCÍPIOS DA GESTÃO DEMOCRÁTICA DO ENSINO (ART. 206, VI, CF), DO REPUBLICANISMO (ART. 1º, CAPUT) E DO PLURALISMO POLÍTICO (ART. 1º, V). AUSÊNCIA DE FUMUS BONI IURIS. MEDIDA CAUTELAR. INDEFERIDA. [...]. Relator: Min. Edson Fachin. Relator do acórdão: Min. Alexandre de Moraes, 8 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755586024>. Acesso em: 10 fev. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Tema 1.022 da Repercussão Geral**. Dispensa imotivada de empregado de empresa pública e de sociedade de economia mista

admitido por concurso público. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 7 de fevereiro de 2024f. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=1022>. Acesso em: 24 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 183/DF [Decisão monocrática]**. Min. Carlos Ayres Britto, 1º de dezembro de 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho121768/false>. Acesso em: 15 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1.446.336/RJ [Despacho]**. Min. Luiz Edson Fachin, 24 de outubro de 2024g. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15371467609&ext=.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**. Brasília, DF: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConcursoPublico/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2024.

BÜLOW, Oskar von. Gesetz und Richteramt. Trad. James E. Herget e Ingrid Wade. **The American Journal of Legal History**, Oxford, v. 39, p. 71-94, 1 jan. 1995. DOI: 10.2307/845751. Disponível em: <https://academic.oup.com/ajlh/article-abstract/39/1/71/1856325?redirectedFrom=fulltext>. Acesso em: 15 ago. 2024.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. Constitucionalismo democrático *versus* minimalismo judicial. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 38, p. 154-180, jan./jun. 2011. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/189>. Acesso em: 15 ago. 2024.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. Minimalismo judicial, constitucionalismo democrático: uma reflexão sobre os direitos de minorias sexuais da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 19, n. 1, p. 122-156, jan./abr. 2014. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/5545>. Acesso em: 15 ago. 2024.

BUNCHAFT, Maria Eugênia; LIMBERGER, Têmis; CRISTIANETTI, Jéssica. O refluxo em Roe *versus* Wade: uma reflexão à luz do diálogo entre Constitucionalismo Democrático e Minimalismo judicial. **Revista de Ciências Jurídicas - Pensar**, Fortaleza, v. 21, n. 3, p. 987-1011, set./dez. 2016. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/3899>. Acesso em: 15 ago. 2024.

BUNCHAFT, Maria Eugênia; LIMBERGER, Temis; MOREIRA, Eduardo Ribeiro. O casamento entre pessoas do mesmo sexo na suprema corte norte-americana: uma análise sobre o backlash à luz do debate entre constitucionalismo democrático e minimalismo judicial. **Revista do Mestrado em Direito da UCB**, Brasília, DF, v. 10, n. 1, p. 227-257, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/view/6645>. Acesso em: 15 ago. 2024.

BURKE, Edmund. **Reflexões sobre a Revolução em França**. Tradução e introdução de Ivone Moreira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015.

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

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

CARVALHO, Helder Buenos Aires de. Contemporaneidade de Aristóteles na filosofia moral de Alasdair MacIntyre. **Síntese**: Revista de Filosofia, [s. l.], v. 28, n. 90, p. 37-66, 2001. DOI: 10.20911/21769389v28n90p37-66/2001. Disponível em: <https://www.faje.edu.br/periodicos/index.php/Sintese/article/view/564>. Acesso em: 20 ago. 2024.

CARVALHO, Nathalia Brito de. **Constitucionalismo democrático no Brasil? A luta de movimentos sociais LGBT pela efetivação de direitos no poder judiciário**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUOS-ASXG62>. Acesso em: 10 nov. 2024.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia SU-559/1997**. A la luz de la Constitución el criterio que debe regir el proceso de distribución del situado fiscal es el relacionado con las necesidades del servicio de educación en los departamentos y distritos. Por consiguiente, un reparto del situado que atienda a factores diferentes no tiene sustento constitucional. Julgado em 6 de novembro de 1997. Julgado em 6 de novembro de 1997. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em: 20 out. 2024.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-025/2004**. Dada la condición de extrema vulnerabilidad de la población desplazada, no sólo por el hecho mismo del desplazamiento, sino también porque en la mayor parte de los casos se trata de personas especialmente protegidas por la Constitución –tales como mujeres cabeza de familia, menores de edad, minorías étnicas y personas de la tercera edad -, la exigencia de presentar directamente o a través de abogado las acciones de tutela para la protección de sus derechos, resulta excesivamente onerosa para estas personas. Es por ello que las asociaciones de desplazados, que se han conformado con el fin de apoyar a la población desplazada en la defensa de sus derechos, pueden actuar como agentes oficiosos de los desplazados. Tales organizaciones estarán legitimadas para presentar acciones de tutela a favor de sus miembros bajo las siguientes condiciones: 1) que se haga a través de su representante legal, acreditando debidamente su existencia y representación dentro del proceso de tutela; 2) que se individualice, mediante una lista o un escrito, el nombre de los miembros de la asociación a favor de quienes se promueve la acción de tutela; y 3) que no se deduzca de los elementos probatorios que obran en el proceso que el agenciado no quiere que la acción se interponga en su nombre. [...]. Julgado em 22 de janeiro de 2004. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 20 out. 2024.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-153/1998**. ESTABLECIMIENTO CARCELARIO-Condicion de hacinamiento/ESTABLECIMIENTO CARCELARIO-Perspectiva histórica del hacinamiento en Colombia/LEY DE ALTERNATIVIDAD EN LA LEGISLACION PENAL Y PENITENCIARIA-Descongestión

carcelaria/ESTABLECIMIENTO CARCELARIO-Algunas causales explicativas de la congestión/ESTABLECIMIENTO CARCELARIO-Infraestructura y administración/ESTABLECIMIENTO CARCELARIO-Consecuencias del hacinamiento. Julgado em 28 de abril de 1988. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>. Acesso em: 20 out. 2024.

COMTE, Auguste. **Os Pensadores**: Auguste Comte [Curso de filosofia positiva; Discurso sobre o espírito positivo; Discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo; Catecismo positivista]. Trad. José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Estatísticas processuais de Direito à Saúde**. Brasília, DF: CNJ, 2024. Disponível em: <https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/painel-saude/>. Acesso em: 10 nov. 2024.

COSTA, Jardel de Carvalho. O que Alasdair MacIntyre tem a nos ensinar acerca da crise moral e política da modernidade? **Seara Filosófica**, [s. l.], n. 11, p. 91-110, 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/index.php/searafilosofica/article/view/6163/5140>. Acesso em: 20 ago. 2024.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

D'ANCONA, Mathew. **Pós-verdade**: a nova guerra contra os fatos em tempos de *Fake News*. Trad. de Carlos Szlak. Barueri: Faro Editorial, 2018.

DANTAS, Ingrid Cunha. **Constitucionalismo democrático**: sobre Constituição, presunção de inocência e execução provisória da pena. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1843/BUOS-B6SHRF>. Acesso em: 10 nov. 2024.

DAROS, William R. ¿Que és um marco teórico? **Enfoques**, Libertador San Martín, v. XIX, n. 1, p. 77-112. jan./dez. 2002. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/259/25914108.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2024.

DAVID, Raphaela Borges. **Decisão jurídica e governabilidade no diálogo entre Judiciário e Executivo**. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUOS-BAMH6J>. Acesso em: 10 nov. 2024.

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. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/93202/274135.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15 ago. 2024.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

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

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

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. Trad. Gilson Cesar de Souza. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Perspectiva, 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Departamento de Estado. **Perfil do Sistema Judiciário dos EUA**. [S. l.]: Congressional Quarterly, 2001.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Brown v. Board of Education**. Washington, 17 de maio de 1954. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/347/483.html>. Acesso em: 21 abr. 2024.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Lochner v. New York**, n. 198. Washington, 17 de abril de 1906. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/#opinion>. Acesso em: 21 abr. 2024.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Petition for Judicial Review n. 03-1008**. PDK Laboratories Inc., v. United States Drug Enforcement Administration. Washington, 26 de março de 2004. Disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/us-dc-circuit/1207124.html>. Acesso em: 15 maio 2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Petition for Writ of Mandamus Marbury v. Madison**. William Marbury v. James Madison. Washington, 1º de fevereiro de 1803. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/5/137.html>. Acesso em: 21 abr. 2024.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Plessy v. Ferguson**. Washington, 18 de maio de 1896. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/163/537.html>. Acesso em: 21 abr. 2024.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Regents of University of California v. Bakke, 438 U.S. 265**. University of California v. Allan Bakke. Washington, 1978. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/438/265/>. Acesso em: 15 ago. 2024.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Washington v. Glucksberg**. Washington, 1997. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/521/702/>. Acesso em: 20 out. 2024.

EVANS, Cory A. **A philosophical defense of judicial minimalism**. 2018. Tese (Doutorado em Filosofia) – The City University of New York, New York, 2018. Disponível em: https://academicworks.cuny.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3763&context=gc_etds. Acesso em: 4 jul. 2021.

FELDENS, Guilherme de Oliveira. O consenso original em John Rawls: um ideal moral para uma sociedade democrática. **Cadernos de Ética e Filosofia Política**, [s. l.], n. 17, p. 57-78,

2013. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/cefp/article/view/55707>. Acesso em: 31 mar. 2024.

FERREIRA, Jacqueline Leão Jácome. **Either/or**: jogo em Kiekegaard – Kiekegaard em jogo. 2008. Tese (Doutorado em Letras) – Programa de Pós-Graduação em Letras, Faculdade de Letras, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/ECAP-7MFLPK/1/tesedoutadorevisada.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2024.

FIGUEIREDO, Vitor Luiz Viana. **O desacordo moral da modernidade segundo Alasdair MacIntyre**. 2022. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Faculdade Jesuíta de Filosofia e Teologia, Belo Horizonte, 2022. Disponível em: https://faculdadesjesuita.edu.br/wp-content/uploads/2022/06/Dissertacao-final_-Vitor-Luiz-Viana-Figueiredo.pdf. Acesso em: 20 ago. 2024.

FLORENZANO, Modesto. Burke: “a man for all seasons”. **Revista Brasileira de História**, São Paulo, v. 17, n. 33, p. 32-69, 1997.

FREITAS, Gabriela Oliveira. Fundamentação das decisões e a superação do livre convencimento motivado. **Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça**, Florianópolis, v. 2, n. 1, p. 173-191, 2016. DOI: 10.26668/IndexLawJournals/2016.v2i1.424. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistaprocessojurisdiacao/article/view/424>. Acesso em: 10 fev. 2025.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Da ideia à defesa**: monografias e teses jurídicas. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

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

GALUPPO, Marcelo Campos; BASILE, Rafael Faria. O princípio jurídico da igualdade e a ação afirmativa étnico-racial no Estado Democrático de Direito: o problema das cotas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 43, n. 172, p. 99-108, out./dez. 2006. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/92821>. Acesso em: 15 ago. 2024.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. Trad. Alonso Reis Feires. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

GODOI, Marciano Seabra de; MELO, Anthéia Aquino. Heranças: sua forte influência na perpetuação das desigualdades, o sentido de sua tributação na teoria liberal igualitária e a persistente má vontade do legislador brasileiro para tributá-las. **Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário**, Brasília, DF, v. 17, n. 2, p. 31-80, jul./dez. 2022. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rdiet/article/view/13753>. Acesso em: 15 jul. 2024.

GROSTEIN, Júlio. **Ativismo judicial**: análise comparado do Direito Constitucional brasileiro e norte-americano. Coimbra: Almedina, 2019.

GUEDES, Luciana Kellen Santos Pereira. **Da jurisdição constitucional à guarda da Constituição**: Supremo Tribunal Federal, um dos equidistantes e concorrentes guardiões da Constituição. 2024. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2024.

Disponível em:

<https://web.sistemas.pucminas.br/BDP/PUC%20Minas/Home/Visualizar?seq=14885686E19902BA0F579D9B6418353A>. Acesso em: 9 nov. 2024.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Almedina, 2020.

HABERMAS, J. **Facticidade e validade**. Tradução e apresentação de Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2020.

HIRSCHL, Ran. The New Constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. **Fordham Law Review**, [s. l.], v. 75, n. 2, p. 721-754, 2006. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=951610>. Acesso em: 20 out. 2024.

LAMY, Marcelo. **Metodologia da Pesquisa Jurídica, técnicas de investigação, argumentação e redação**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001. *E-book*.

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

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

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: primeiros estudos**. 14. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

LEITER, Brian. **Top ten law faculty (by area) in scholarly impact, 2009-2013**. [S. l.: s. n.], 2014. Disponível em: http://www.leiterrankings.com/faculty/2014_scholarlyimpact.shtml. Acesso em: 7 jan. 2024.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. *E-book*.

LOPES, Dimas Ferreira. Arte, ciência e direito: a bioética como arte de cuidar, como padrão teleológico e como fanal dos direitos humanos de quarta geração. **Revista Duc In Altum**, [s. l.], v. 9, n. 19, set./dez. 2019.

LOPES, Ziel Ferreira. **Onde habita o juiz Hércules?** Uma aproximação entre teorias da interpretação e questões institucionais. 2020. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2020.

MACINTYRE, Alasdair. **A short history of ethics**. New York: Touchstone, 1996.

MACINTYRE, Alasdair. **Against the self-images of the age: essays on ideology and philosophy**. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2001a.

MACINTYRE, Alasdair. **Depois da virtude: um estudo em teoria moral**. Tradução de Jussara Simões. Revisão técnica de Helder Buenos Aires de Carvalho. Bauru: EDUSC, 2001b.

MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem?** Qual racionalidade? Tradução Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Edições Loyola, 1991.

MACINTYRE, Alasdair. **Secularization and moral change.** London: Oxford University Press, 1967.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os Artigos Federalistas, 1787-1788.** Trad. Maria Luíza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MARCELO, Eliana Borges de Mello. Minimalismo judicial: conceitos e reflexões. **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**, v. 25, n. 121, p. 59-78, abr./jun. 2014. Disponível em: <https://revista.trf3.jus.br/index.php/rtrf3/article/view/535>. Acesso em: 15 ago. 2024.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017. *E-book*.

MARITAIN, Jacques. Introduction. *In: UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION. Human Rights: comments and interpretation.* Paris, 1948. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001550/155042eb.pdf>. Acesso em: 15 maio 2023.

MARX, Karl. **Crítica da Filosofia do Direito de Hegel.** São Paulo: Boitempo, 2002.

MATOS, Ana Luiza Goulart Peres. **A instrumentalidade do processo estrutural: uma análise crítica à luz da processualidade democrática.** Belo Horizonte: Conjecturas, 2025. *E-book*.

MAUÉS, Antonio Moreira. Jogando com os precedentes: regras, analogias, princípios. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 587-624, dez. 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000200009&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 31 mar. 2024.

MEIRA, Renan Sales de. **Discriminação, desrespeito e reconhecimento: a igualdade nas relações privadas – um olhar sobre o Recurso Extraordinário nº 45.779.** 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUBD-AKMQUV/1/disserta_o_renan_sales_de_meira.pdf. Acesso em: 20 nov. 2024.

MELLO, Celso de. Voto. *In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF. CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO.* Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema

penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional” [...]. Relator: Min. Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015. p. 151-177. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 20 out. 2024.

MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional courts and deliberative democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

MITIDIERO, Daniel. Processo constitucional e direito ao diálogo no processo: entre o direito ao contraditório e o dever de fundamentação. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Processo constitucional**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 851-863.

MOREIRA, Ivone. Nota de tradutor. *In*: BURKE, Edmund. **Reflexões sobre a Revolução em França**. Tradução e introdução de Ivone Moreira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015. p. 7-43.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais**: um estudo sobre vieses cognitivos, a mitigação dos seus efeitos e o debiasing. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

OLIVEIRA, André Matos de Almeida. **Ceticismo ético no Direito**: problemas conceituais e empíricos do discurso moral. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/DIRS-BC7F3V/1/andr__matos_de_almeida_oliveira__disserta__o_de_mestrado.pdf. Acesso em: 20 nov. 2024.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de; MOURA, Suellen Patrícia. O minimalismo judicial de Cass Sunstein e a resolução do Senado Federal no controle de constitucionalidade: ativismo e legitimidade democrática. **Constituição, Economia e Desenvolvimento**, Curitiba, v. 8, n. 14, p. 238-263, jan./jun. 2016. Disponível em: <http://abdconst.com.br/revista15/minimalismoClaudio.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2021.

OLIVEIRA, Júlio Aguiar de. A deliberação como condição de aplicação da proporcionalidade. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 12, n. 12, p. 146-153, jul./dez. 2016a. Disponível em: <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1620>. Acesso em: 10 nov. 2024.

OLIVEIRA, Júlio Aguiar de. Interpretação do direito: entre a despedida do método e o improvável retorno da prudência. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho, n. 25. p. 171-190, jul./dez. 2016b. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/229001737.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2024.

OVERVIEW. *In*: **National Conservatism**. [S. l.: s. n.], 2024. Disponível em: <https://nationalconservatism.org/about/>. Acesso em: 25 nov. 2024.

PACHECO, Regina Silva. Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n. 40, v. 4, p. 523-543, jul./ago. 2006.

DOI: 10.1590/S0034-76122006000400002. Disponível em:
<https://www.scielo.br/j/rap/a/Yk7Bgh9Xj8q9mN3HcV6MR9p/?lang=pt>. Acesso em: 10 nov. 2024.

PASCHOALINI, Felipe. **Interpretação e instituições**: o diálogo entre Cass Sunstein e Ronald Dworkin. 2015. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em:
<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-18112015-145137/pt-br.php>. Acesso em: 15 nov. 2023.

PEDRON, Flávio Quinaud; SANTOS, Lucas Borges. (Des)semelhanças entre a figura do precedente na tradição jurídica do *common law* e no direito brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, ano 15, v. 22, n. 2, p. 323-347, maio/ago. 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/48065/37809>. Acesso em: 31 mar. 2024.

PENCE, Mike. [Discurso]. In: SANTANA, Felipe. **A cidade vítima de uma fake news de Donald Trump contra imigrantes haitianos**. [S. l.: s. n.], 2024. 1 vídeo (10 min). Disponível em: <https://globoplay.globo.com/v/13069852/>. Acesso em: 25 nov. 2024.

PETERS, Christopher J. Assessing the new judicial minimalism. **Columbia Law Review**, [s. l.], v. 100, p. 1.454-1.537, 2000. Disponível em:
https://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1459&context=all_fac. Acesso em: 4 jul. 2021.

PIMENTA, Luciana Pereira Queiroz. Universalidade nomotética no diálogo “político” de Platão à luz das doutrinas não escritas. **Síntese**: Revista de Filosofia, Belo Horizonte, v. 26, n. 84, 1999. Disponível em:
<https://www.faje.edu.br/periodicos/index.php/Sintese/article/view/14>. Acesso em: 10 fev. 2025.

PINTO, Lucas Pieczarcka Guedes. **O apelo ao legislador como indutor de um Supremo Tribunal Federal autocontido**: uma perspectiva minimalista. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2023. Disponível em:
<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/249976>. Acesso em: 25 nov. 2024.

RADKE, Rafael Wagner. **Judicialização e democracia**: uma análise do Caso Obergefell v. Hodges à luz do debate entre constitucionalismo democrático e minimalismo judicial. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2016. Disponível em:
https://repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/5768/Rafael%20Wagner%20Radke_.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 10 nov. 2024.

RAWLS, John. **Justiça e democracia**. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000a.

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

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

READ: Harris-Trump presidential debate transcript. **ABC News**, [s. l.], 11 set. 2024. Disponível em: <https://abcnews.go.com/Politics/harris-trump-presidential-debate-transcript/story?id=113560542>. Acesso em: 25 nov. 2024.

REISSINGER, Simone. **Ativismo judicial e o minimalismo de Cass Sunstein**: uma abordagem interpretativa do direito à saúde no Brasil. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <https://web.sistemas.pucminas.br/BDP/PUC%20Minas/Home/Visualizar?seq=0CC37757FCBFE2A2A3972EF167C78189>. Acesso em: 9 nov. 2024.

RIBEIRO, Elton. **Reconhecimento ético e virtudes**. São Paulo: Edições Loyola, 2012.

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. A decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre o suicídio assistido: Washington v. Glucksberg. **Revista de Biodireito e Direito dos Animais**, Florianópolis, v. 7, n. 2, p. 17-38, 2022. DOI: 10.26668/IndexLawJournals/2525-9695/2021.v7i2.8138. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistarbda/article/view/8138>. Acesso em: 20 out. 2024.

ROSA, Lucas Faber de Almeida. Minimalismo judicial: limites e possibilidades de sua aplicabilidade ao sistema judicial brasileiro. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt (org.). **Jurisdição constitucional, direitos fundamentais e experimentalismo institucional**. Brasília, DF: IDP, 2012. p. 123-147. Disponível em: [https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/1259/1/Jurisdic%C3%A7%C3%A3o_constitucional_Direitos_Fundamentais_e_Experimentalismo_Institucional_\(vers%C3%A3o_final\)_-_2012_-_IDP_-_vers%C3%A3o_padronizada_novo.pdf#page=123](https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/1259/1/Jurisdic%C3%A7%C3%A3o_constitucional_Direitos_Fundamentais_e_Experimentalismo_Institucional_(vers%C3%A3o_final)_-_2012_-_IDP_-_vers%C3%A3o_padronizada_novo.pdf#page=123). Acesso em: 15 ago. 2024.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Controle de constitucionalidade e devido processo legislativo: um olhar sobre as prognoses do legislador. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho, n. 40, 2023, p. 347-379. Disponível em: <https://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/1465>. Acesso em: 10 fev. 2025.

SANTANA, Felipe. **A cidade vítima de uma fake news de Donald Trump contra imigrantes haitianos**. [S. l.: s. n.], 2024. 1 vídeo (10 min). Disponível em: <https://globoplay.globo.com/v/13069852/>. Acesso em: 25 nov. 2024.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 21, p. 11-37, nov. 1986. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/rccs/includes/download.php?id=298>. Acesso em: 20 out. 2024.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2016.

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

SMITH, Tara. Reckless caution: the perils of judicial minimalism. **Journal of Law & Liberty**, New York, v. 5, p. 347-393, 2010. Disponível em: https://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_066940.pdf. Acesso em: 4 jul. 2021.

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

SOARES, José Miguel Nanni. Introdução. *In*: BURKE, Edmund. **Reflexões sobre a Revolução na França**. São Paulo: EDIPRO, 2014. p. 7-24.

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

SOUZA, Rafael Costa de. **Jurisdição constitucional e reforma política**: limites e possibilidades de atuação do Supremo Tribunal Federal. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUOS-ASXGQK>. Acesso em: 20 jul. 2023.

STEVENSON, Charles L. **Ethics and language**. New Haven: Yale University Press, 1944.

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

SUNSTEIN, Cass R. A conversation with Cass Sunstein. [Entrevista cedida a] Tyler Cowen. **Conversations with Tyler**. Washington: Mercatus Center, 2016a.

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

SUNSTEIN, Cass R. Acordos constitucionais sem teorias constitucionais. Trad. Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 246, p. 79-94, set. 2007a. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41651/40827>. Acesso em: 31 mar. 2024.

SUNSTEIN, Cass R. Beyond judicial minimalism. **Public Law & Legal Theory Working Paper**, Chicago, n. 432, set. 2008b. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1041&context=public_law_and_legal_theory. Acesso em: 21 abr. 2024.

SUNSTEIN, Cass R. Burkean minimalism. **Michigan Law Review**, [s. l.], v. 105, p. 353-408, 2006a.

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

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

SUNSTEIN, Cass R. **Democracy and the problem of free speech**. New York: The Free Press, 1995.

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

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

SUNSTEIN, Cass R. **How change happens**. Cambridge; London: MIT Press, 2019. *E-book*.

SUNSTEIN, Cass R. Incompletely theorized agreements commentary. **Harvard Law Review**, Cambridge, n. 108, p. 1.733-1.772, 1994. Disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12308&context=journal_articles. Acesso em: 15 nov. 2023.

SUNSTEIN, Cass R. Incompletely theorized agreements in Constitutional Law. **Public Law & Legal Theory Working Paper**, Chicago, n. 147, jan. 2007b. Disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1149&context=public_law_and_legal_theory. Acesso em: 15 maio. 2023.

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

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

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

SUNSTEIN, Cass R. Problems with minimalism. **Stanford Law Review**, Stanford, v. 58, n. 6, p. 1.899-1.918, abr. 2006c. Disponível em: <https://www.stanfordlawreview.org/print/article/problems-with-minimalism/>. Acesso em: 20 abr. 2024.

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

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

SUNSTEIN, Cass R. **Why societies need dissent**. London: Harvard University Press, 2005b.

SUNSTEIN, Cass R.; SCHKADE, David; ELLMAN, Lisa M.; SAWICKI, Andres. **Are judges political?** An empirical analysis of the federal judiciary. Washington: The Brookings Institution, 2006.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Lei & Leviatã**: resgatando o estado administrativo. Trad. Nathalia Penha Cardoso de França. São Paulo: Contracorrente, 2021.

SYKES, Diane S. Minimalism and its limits. **Cato Supreme Court Review**, [s. l.], p. 17-34, [2015]. Disponível em: <https://www.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/supreme-court-review/2015/9/2015-supreme-court-review-chapter-1.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2024.

TALAMINI, Eduardo. Comentários aos artigos 354 a 357 do CPC. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 2, p. 185.

TEIXEIRA, Paulo Enderson Oliveira. **Por limites à atuação política do Poder Judiciário: uma proposta à luz do minimalismo judicial de Sunstein e dos acordos não totalmente teorizados**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014. Disponível em:

<https://web.sistemas.pucminas.br/BDP/PUC%20Minas/Home/Visualizar?seq=ED3153253CD7BD2A3972EF167C78189>. Acesso em: 9 nov. 2024.

THE EDMUND Burke Foundation [*website*]. [S. l.: s. n.], [2024]. Disponível em: <https://burke.foundation/>. Acesso em: 25 nov. 2024.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América: sentimentos e opiniões**. Trad. de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **O Antigo Regime e a Revolução**. Trad. de Yvonne Jean. 4. ed. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1997.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1984.

WHAT IS Constitutional Avoidance Doctrine. **Find Law**, [s. l.], 16 jun. 2022. Disponível em: <https://constitution.findlaw.com/article3/annotation13.html>. Acesso em: 15 jan. 2025.

ZIEGLER, Joici Antonia; GAUER, Lessandra Bertolazi. Minimalismo judicial na visão de Cass Sunstein: uma alternativa para a concretização da democracia. **Arquivo Jurídico**, Teresina, v. 3, n. 2, p. 94-111, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://comunicata.ufpi.br/index.php/raj/article/view/7100/4145>. Acesso em: 15 ago. 2024.