

MINIMALISMO JUDICIAL: UMA ALTERNATIVA AO ATIVISMO DO PODER JUDICIÁRIO

Arthur Caixeta de Matos¹

Tháísa Haber Faleiros²

RESUMO

O presente artigo tem como base analisar os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial, decorrentes da atividade do Poder Judiciário. Após realizar uma análise histórica, com fundamento na teoria da separação dos poderes e no movimento constitucionalista, verificou-se a delimitação das funções estatais e organização do Estado. No entanto, depois da Segunda Grande Guerra, foi necessária uma maior atuação do Poder Judiciário como garantidor da dignidade humana, em virtude das barbáries cometidas pelos governos totalitaristas. Nesse sentido, os juízes e tribunais passaram a atuar de uma forma mais ativa, decidindo questões controversas e de natureza política. Desse maior protagonismo do Judiciário, surgem dois fenômenos: a judicialização da política e o ativismo judicial, que não devem ocorrer de uma forma descuidada, obstruindo os processos político-democráticos. Ao final, pretende-se analisar a teoria do minimalismo judicial, como forma alternativa e de atuação do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Constituição. Poder Judiciário. Judicialização da Política. Ativismo Judicial. Minimalismo Judicial.

JUDICIAL MINIMALISM: AN ALTERNATIVE TO THE ACTIVISM OF THE JUDICIARY

ABSTRACT

This article aims to analyze the phenomena of judicialization of politics and judicial activism, resulting from the activity of the judiciary. After performing a historical analysis, based on the theory of separation of powers and the constitutionalist movement, it was verified the delimitation of state functions and state organization. However, after the Second World War, it was necessary a greater performance of the Judiciary as guarantor of human dignity, due to the barbarism committed by totalitarian governments. In this sense, judges and courts began to act in a more active way, deciding controversial and political issues. From this greater role of the judiciary, two phenomena arise: the judicialization of politics and judicial activism, which should not occur in a careless way, obstructing the political-democratic processes. In the end, it is intended to analyze the theory of judicial minimalism, as an alternative way of acting of the Judiciary.

¹ Acadêmico da 10ª etapa do curso de Direito pela Universidade de Uberaba. Email: arthurpantano2012@hotmail.com

² Professora Orientadora. Mestre e Doutora em Direito. É líder do NEPEDILL – Núcleo de Estudos e Pesquisas em Direito e Literatura “*Legis Literae*”, cadastrado no Cnpq. É membro honorário da RDL (Rede Brasileira de Direito e Literatura), do Conselho de Pareceristas da ANAMORPHOSIS - Revista Internacional de Direito e Literatura.

Keywords: Constitution. Judiciary. Judicialization of the Policy. Judicial Activism. Judicial Minimalism.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como temas, no âmbito do Direito Constitucional, o fenômeno da judicialização da política e do ativismo judicial.

Sabe-se que o Estado Democrático de Direito é formado por três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. O artigo 2º da Constituição Federal prevê que nessa tripartição deve haver a harmonia e a independência. Porém, verifica-se uma atuação crescente e de forma mais ativa do Poder Judiciário quando este passa a tratar matérias que são de competência dos outros dois poderes, principalmente no âmbito político.

A Constituição Federal assegura o acesso à justiça graças ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º., XXV) que preceitua que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Para além da Constituição Federal, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, eleva o acesso à justiça ao nível de direitos humanos, ao estabelecer que (art. 8º.): “toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei [...]”.

Verifica-se então a importância da atuação das Cortes quando da garantia e efetividade dos direitos estabelecidos constitucionalmente através da prestação jurisdicional assegurada aos cidadãos. Porém, essa atuação não deve ser feita de forma descuidada onde seja violada a harmonia e independência entre os poderes, ou invadidas matérias de competência do Legislativo ou Executivo, visto que não parece certo que os tribunais decidam sobre os valores mais densos da sociedade (DESTRI, 2009), penetrando o âmbito de uma democracia deliberativa, onde os ocupantes dos cargos do Poder Judiciário, da primeira à última instância, que emitem tais decisões, sequer são eleitos por voto popular.

Através disso, forma-se a seguinte indagação: estaríamos vivenciando uma mudança no âmbito jurídico em que existe uma espécie de *juristocracia*³, com o Judiciário inflado com

³ Essa expressão é de Ran Hirshl (HIRSHL, 2006) “A ampla judicialização da megapolítica reflete o desaparecimento da doutrina da “questão política” e impõe um sério desafio à tradicional doutrina da separação de poderes. Essa tendência marca a transição para o que chamei de “juristocracia” — um fenômeno abrangente que nenhum teórico constitucional sério, nos Estados Unidos ou no exterior, pode ignorar.”

os tribunais decidindo com base em convicções pessoais de natureza moral e/ou política ou o Poder Judiciário está apenas fazendo o seu papel na defesa dos direitos do cidadão?

Num segundo plano, mas não menos importante, é necessário fazer uma reflexão sobre os limites de atuação do Judiciário. O parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal determina que nosso sistema político é democrático. Como todo o poder emana do povo e este poder do povo é exercido por meio da eleição de seus representantes, seria correto concordar que os ocupantes de cargos dos Poder Judiciário, que não passam pelo crivo do voto, decidam sobre certos aspectos da sociedade?

Portanto, este trabalho de pesquisa objetiva refletir sobre a influência do Poder Judiciário na concretização das matérias que são de ordem política, além de identificar na formação das decisões judiciais os aspectos invasivos do ativismo judicial e, ao final, apresentar uma forma de atuação jurisdicional chamada de minimalismo judicial em que as decisões tenham menos carga política e/ou moral e cuidem apenas do necessário à resolução dos casos, deixando as questões polêmicas e complexas abertas para serem debatidas pela representação política.

Com base no exposto, justifica-se o presente trabalho pela necessidade de se realizar uma análise dessa atividade mais invasiva dos tribunais no intuito de identificar os limites existentes da sua atuação e verificar alternativas na formação das decisões, onde as questões que sejam dotadas de grande complexidade fiquem para serem decididas no âmbito dos representantes do povo, evitando assim que ocorra um refluxo social com base na deliberação judicial.

O presente trabalho abordará o tipo de pesquisa bibliográfica, de forma qualitativa, devido os estudos já existentes sobre os temas da judicialização da política e do ativismo judicial.

Quanto a natureza de pesquisa, será adotada a pesquisa básica, tendo em vista que o tema é bastante debatido, não tendo uma aplicação prática previsível. Busca-se apenas a compreensão dos fenômenos da judicialização da política, do ativismo judicial e minimalismo judicial através da leitura de bibliografias de qualidade.

O procedimento para a coleta de dados nesta pesquisa tem como fonte artigos científicos, monografias, teses de mestrado, publicações em revistas jurídicas e doutrina. Foram selecionadas leituras que discorrem sobre a historicidade do fenômeno, outras que fazem críticas contrárias apresentando alternativas de atuação jurisdicional e outras que fazem críticas favoráveis.

Num último momento, adotar-se-á uma pesquisa aplicada onde pretende-se identificar como tem ocorrido o fenômeno da judicialização da política no Brasil e apresentar como o minimalismo judicial pode ser uma alternativa na forma de atuação do Poder Judiciário brasileiro.

2 TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES

É sabido que o Poder Público na sua figura de Estado é um poder único. Entretanto, à medida em que a sociedade foi sendo gradativamente construída, convencionou-se a ideia de que era necessário realizar uma separação das funções estatais⁴.

Estudiosos como Aristóteles, Marsílio de Pádua, Nicolau Maquiavel e John Locke já haviam nutrido esse pensamento de que o Poder do Estado não deveria manter-se concentrado e centralizado em apenas uma figura (geralmente o rei), mas foi no pensamento de Charles-Louis de Secondat, também chamado barão de Montesquieu, que essa ideia de separação dos poderes encontrou mais destaque, devido aos estudos de *O Espírito das Leis*, terem influenciado as Constituições modernas.

Essa convenção da separação dos Poderes Estatais em Executivo, Legislativo e Judiciário, evitando a concentração em um único ente, tinha como ideal maior impedir o arbítrio daquele que exercia as funções estatais, defendendo a liberdade dos indivíduos e soberania popular.

Em razão disso, houve no movimento constitucionalista uma preocupação em delimitar essa organização dos Poderes do Estado. Veja, a título ilustrativo, que na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, seu artigo XVI, enfatiza a importância dessa separação ao declarar: “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição”.

Essa ideia de Separação dos Poderes foi associada ao Estado Democrático. E para manter-se o Estado Democrático, sem que nenhum Poder se sobrepusesse aos demais, induzindo assim uma forma de cooperação entre estes órgãos distintos, foi necessário encontrar uma maneira de equilibrá-los. Através do pensamento de Montesquieu, o método encontrado foi o chamado sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*). Para Dalmo de Abreu Dallari,

⁴ O uso da expressão separação das funções estatais, ao invés separação dos poderes, deve-se ao fato de que o que se procura é aumentar a eficiência do Estado, organizando-o da maneira mais adequada para o desempenho de suas atribuições. (DALLARI, 2011, p. 215)

Segundo essa teoria os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou são especiais. Os atos gerais, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, consistem na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar uma pessoa ou um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de atos especiais. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competências. (DALLARI, 2011, p. 218)

No Brasil, a Tripartição clássica dos poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário está prevista no artigo 2º da Constituição Federal de 1988. Nele, encontra-se também a regência dos princípios da harmonia e da independência. Nesse sentido, José Afonso da Silva diz que

a independência dos poderes significa: a) que a investidura e a permanência das pessoas num órgão de governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais (...) *Independência significa a não interferência indevida de um poder sobre o outro.* (apud NUNES JÚNIOR, 2018. p. 1425) (grifado)

O legislador constituinte também se preocupou em tornar a Separação dos Poderes como cláusula pétrea, conforme pode ser observado no disposto no Artigo 60, § 4º, III da Carta de 1988, não podendo, portanto, ser objeto de deliberação de Emenda Constitucional.

Cabe lembrar de outro princípio regente da Separação dos Poderes, mas sem previsão expressa no texto constitucional, que é o Princípio da Indelegabilidade que esclarece que os órgãos de cada função estatal não podem delegar suas atribuições uns aos outros, garantindo a harmonia prevista constitucionalmente. Ressalte-se aqui que este estudo não tem por objeto as funções atípicas de cada Poder, reservando apenas às funções típicas, identificando os limites dessas funções, em especial do Poder Judiciário.

3 CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

O constitucionalismo é um movimento social, político e jurídico, cujo principal objetivo é limitar o poder do Estado por meio de uma Constituição (NUNES JÚNIOR, 2018, p. 45). Grande maioria da doutrina divide o constitucionalismo em três fases através da história: constitucionalismo antigo, constitucionalismo moderno e constitucionalismo contemporâneo.

De forma breve, denomina-se constitucionalismo antigo aquele que vai da antiguidade até o século XVIII. Nesse período, destacam-se o constitucionalismo hebreu com as limitações do poder público pelos profetas e o mesopotâmico com o Código de Hamurábi. Em uma corrente de pensamento minoritário, inclui-se o constitucionalismo medieval ao antigo, dividindo-o do século III ao século XV tendo sua máxima a elaboração da Magna Carta.

O constitucionalismo moderno tem como marco os movimentos de independência americano e a luta francesa contra o Antigo Regime, com a elaboração da Constituição Americana de 1787, que curiosamente, foi a primeira a mencionar expressamente a Teoria da Separação dos Poderes nos seus artigos 1º, 2º e 3º e a Constituição Francesa de 1791 que acabou com os privilégios dos nobres e do clero.

Entre os séculos XIX e XX, vários países, influenciados pelos movimentos francês e americano, elaboraram Constituições escritas visando limitar os poderes dos governantes. Entretanto, a barbárie encontrou no movimento constitucionalista e no positivismo jurídico um deplorável estímulo na medida em que ascendiam ao poder os regimes totalitaristas do século XX. Através do positivismo, equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça (BARROSO, 2018) e justificavam-se as crueldades ocorridas na Segunda Grande Guerra, pois a lei consentia que tais transgressões fossem praticadas.

Um dos exemplos mais tristes da História dos riscos do positivismo jurídico foi a edição das “Leis de Nuremberg”, de 1935. O governo nazista buscou criar um critério objetivo de definição de quem seria judeu e quem teria “sangue puro alemão”. Para isso, estabeleceu critérios objetivos quanto aos quatro avós de um indivíduo (seria alemão apenas se nenhum dos avós fosse judeu). Com base nesse critério, foram colocados na lei critérios de segregação racial, considerando ilícitas relações sexuais entre judeus e alemães, vedando o exercício do comércio por parte dos judeus, etc. (NUNES JÚNIOR, 2018, p.79)

Como reação às atrocidades cometidas, surge o constitucionalismo contemporâneo, conhecido também como neoconstitucionalismo. A partir desse modelo, não só se torna limitado o poder do Estado, mas também são adicionados no texto constitucional a proteção dos direitos fundamentais, decorrentes da dignidade da pessoa humana. Assim, surgiu também, o marco filosófico consequente ao positivismo jurídico: o pós-positivismo. Nas palavras de Barroso:

O pós-positivismo se apresenta, em certo sentido, como uma terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer a impossibilidade de tratá-los como espaços totalmente

segmentados, que não se influenciam mutuamente. Se é inegável a articulação complementar entre eles, a tese da separação, que é central ao positivismo e que dominou o pensamento jurídico por muitas décadas, rende tributo a uma hipocrisia. (BARROSO, 2018, p. 151)

Acontece que nesse novo contexto, a jurisdição constitucional acaba ganhando novos contornos, qual seja uma espécie de protagonismo. Nesse viés, o Poder Judiciário acaba por exigir que sejam cumpridas as normas constitucionais e as políticas públicas e por vezes interfere em competências que não são privativas de suas funções.

4 JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

4.1. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A judicialização da política pode ser interpretada como consequência primária do novo modelo constitucionalista. Para Hirshl, esse é um termo “guarda-chuva”, aplicado a um fenômeno que ocorre em três processos distintos, mas que interagem entre si. Segundo o autor (HIRSHL, 2006) a primeira face da judicialização se refere a uma maior disseminação de discursos, expressões e regras na esfera política e nos processos de elaboração das políticas públicas, quase como uma espécie de judicialização das relações sociais.

Já a segunda face se dá pela expansão das competências dos tribunais e juízes na definição e decisões envolvendo os direitos fundamentais e políticas públicas, remarcando os limites entre os órgãos do Estado. Ela pode ser alcançada “por pessoas comuns, invocando direitos para se opor a políticas, decisões e práticas do Estado, pode também ser descrita como judicialização vinda de baixo” (HIRSHL, 2006, p. 144).

A última face é o que autor considera como judicialização da política pura ou judicialização da megapolítica. Trata-se do chamamento dos tribunais e juízes para resolver controvérsias políticas centrais como:

judicialização de processos eleitorais; supervisão judicial de prerrogativas do Poder Executivo em áreas de planejamento macroeconômico ou segurança nacional (o fim daquilo é conhecido na teoria constitucional como a doutrina da “questão política”); dilemas fundamentais de justiça restaurativa; corroboração judicial de transformações de regime político; e, acima de tudo, a judicialização da formação de identidades coletivas [...] (HIRSHL, 2006, p. 144)

A judicialização da política em solo brasileiro, ocorre na forma das duas primeiras faces observadas por Hirshl, na medida em que há a transferência do poder para o Judiciário,

com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade (BARROSO, 2009), com mais destaque nas instâncias superiores do Judiciário.

No entender de Barroso (2009), as causas da judicialização no Brasil se resumem principalmente a três. A primeira causa se deu através da Constituição de 1988, que redemocratizou o país, fortalecendo e expandindo o Poder Judiciário, aumentando a demanda por justiça. A segunda causa é a constitucionalização abrangente, elencando a nível constitucional matérias que eram deixadas para os processos político-legislativos (é a política fazendo-se Direito) e que podem se transformar em pretensões jurídicas para serem asseguradas por ações judiciais. A terceira causa é a adoção de um abrangente sistema de controle de constitucionalidade.

A título de exemplo, Barroso cita alguns pronunciamentos, pelo STF, que se encaixam como judicialização:

(i) Políticas governamentais, envolvendo a constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma da Previdência (contribuição de inativos) e da Reforma do Judiciário (criação do Conselho Nacional de Justiça); (ii) Relações entre os Poderes, com a determinação de legítimos de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (como quebras de sigilos e decretação de prisão) e do papel do Ministério Público na investigação criminal; (iii) Direitos fundamentais, incluindo limites à liberdade de expressão no caso de racismo (Caso Elwanger) e a possibilidade de progressão de regime para os condenados pela prática de crimes hediondos. (BARROSO, 2009, pág. 21).

De certo, é importante mencionar que em todas as decisões do STF mencionadas por Barroso (2009) foram feitas obedecendo os limites dos pedidos formulados e preenchidos os requisitos de cabimento. Conclui, portanto, que a judicialização não é decorrente de uma opção, mas sim do modelo institucional estabelecido pela Constituição.

4.2 DO ATIVISMO JUDICIAL

Luís Roberto Barroso, denomina o ativismo judicial como “uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes” (BARROSO, 2009). Em obra distinta que versa sobre o mesmo tema, Barroso (2010) também afirma que o ativismo judicial distancia o Poder Judiciário da sua função típica de aplicação do Direito vigente, aproximando a uma função de criar o Direito. Assim, a judicialização é analisada sob o viés de consequência fática do modelo institucional brasileiro. Por outro lado, o ativismo judicial é escolha.

Apesar de parecer uma consequência positiva, essa proatividade judicial possui aspectos contraditórios à separação dos poderes e a ordem democrática e aos limites de atuação do Judiciário, podendo desencadear uma reação conhecida como *Backlash Effect* (refluxo social).

O ingresso na magistratura se dá por meio de concurso público de provas e títulos conforme elencado no inciso I, do artigo 93 da Constituição Federal e nos casos da investidura de ministros das instâncias superiores por indicação do Presidente da República e sabatina no Senado pela previsão constitucional do inciso XIV, do artigo 84 e Parágrafo Único do artigo 101.

Dessa forma, não existe uma participação direta dos cidadãos, pela via eleitoral, na escolha de juízes, desembargadores ou ministros, mas também não se pode negar que estes desempenham uma parcela do poder público, qual seja a de julgar e interpretar as leis decorrente da função estatal do Judiciário. No entanto, o Judiciário “criar” o Direito, parece ser um atentado direto à Constituição, afrontando a organização do Estado Democrático de Direito.

Outro ponto contrário é que o Judiciário estaria indo além dos limites da sua capacidade institucional. Existem questões, por exemplo, no espectro das políticas públicas, que a intervenção do Judiciário, pode ocasionar um efeito sistêmico que mais prejudique que ajude.

Exemplo emblemático nessa matéria tem sido o setor de saúde. Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas da saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos. (BARROSO, 2009, p.30)

O mencionado refluxo social, também chamado de *Backlash Effect* foi estudado pelo americano Cass Sunstein, que descreve esse refluxo social como “uma intensa e sustentada rejeição pública a uma decisão judicial, acompanhada de medidas agressivas para resistir a essa decisão e remover sua força legal” (apud NUNES JÚNIOR, 2018, p. 89) sendo uma resposta direta às decisões contramajoritárias.

O professor Flávio Martins (2018) ilustra bem essa reação com a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.983 que declarou inconstitucional uma lei cearense que regulamentava essa prática esportiva e cultural, por considerar cruel aos animais. Isso desencadeou uma reação político-social, que considerava tal prática como manifestação cultural e culminou na Emenda Constitucional 96/2017 que acrescentou o §7º ao artigo 225 da Constituição Federal e desconsiderou a crueldade que motivou a decisão do Supremo Tribunal Federal.

6 MINIMALISMO JUDICIAL

As sociedades democráticas atuais são marcadas pela diversidade de ideais, convicções, opiniões e conceitos, caracterizado pela variedade de grupos e subgrupos, cada qual tentando interpretar a seu modo preceitos constitucionais, que melhor se adequem e satisfaçam seus interesses e direitos (GAUER e ZIEGLER, 2016).

Ocorre que essa pluralidade de opiniões em questões fundamentais como liberdade, igualdade e dignidade acabam provocando um dissenso que deve ser resolvido por uma decisão legitimada vinda do Poder Judiciário, responsável por interpretar e aplicar as leis (e o Direito) diante do caso concreto.

No entanto, como esses princípios constitucionais são marcados pelo alto nível de abstração e generalidade, alçar essas questões ao Judiciário, pode obstruir os processos político-democráticos, não permitindo a participação social e impedindo que a diversidade, o pluralismo e multiculturalismo sejam construídos democraticamente, por meio da democracia deliberativa.

Diante desses aspectos, necessário se faz, em face de uma ordem democrática pluralista, estabelecer os limites de atuação do poder judiciário, com o objetivo de evitar o risco que um injustificado ativismo que seja capaz de usurpar as funções atribuídas ao legislador, obstruindo o debate público de reduzindo as possibilidades de um autogoverno. (GAUER e ZIGLIER, 2016, p. 97)

Através desse pensamento, o Professor Cass Sunstein, desenvolveu uma perspectiva teórica a qual ele chamou de minimalismo judicial. Para o professor os juízes devem “dizer somente o que é necessário para justificar uma decisão, deixando em aberto, na medida do possível, as questões mais fundamentais” (DESTRI, 2009, p. 121).

Dessa forma, a abordagem minimalista usa de uma modéstia judicial combinada ao favorecimento dos acordos parcialmente teorizados. Acordos parcialmente teorizados seriam a “possibilidade do próprio constitucionalismo que permitem aos membros da sociedade trabalhar juntos e manter o respeito mútuo apesar das profundas discordâncias sobre questões fundamentais e sobre teorias constitucionais” (SUNSTEIN apud GAUER e ZIGLIER, 2016, p. 100).

Sunstein elenca “virtudes” decorrentes de uma atuação mais minimalista dos tribunais. Para o autor, com o minimalismo (apud GAUER e ZIGLIER, 2016) diminuem-se os custos da decisão evitando a completa resolução dos julgamentos e evitando julgamentos equivocados, deixa menor o alcance das decisões e por assim dizer, menor o impacto em caso de erro, abre

espaço para um pluralismo razoável, deixando “descansar” disputas onde um amplo acordo seja improvável, admite-se a limitação cognitiva dos juízes, permitindo que suas decisões possam ser ajustadas e adaptadas futuramente e permite um campo de atuação aos processos democráticos, possibilitando uma “correção” dos erros causados pelas decisões.

Sendo assim, o minimalismo quer a solução do caso concreto de forma mais célere, não se preocupando em resolver as derivadas da abstração e generalidade de princípios, deixando essa parte de questões fundamentais sociais para a deliberação política, competente para dirimir adequadamente tais questões.

7 ATIVISMO JUDICIAL *VERSUS* MINIMALISMO JUDICIAL

O ativismo judicial representa uma atuação jurídica que procura extrair o máximo das potencialidades constitucionais (BARROSO,2010). Ao fazer isso o Judiciário acaba por obstruir os processos político-democráticos, apresentando risco às funções estatais distintas, estabelecidas pela Constituição Federal, incorrendo também na politização da justiça, criando o Direito e, por último, não reconhecendo sua capacidade institucional e seus próprios limites de atuação.

Nas palavras de Barroso (2009, p.32) “o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura”. Dessa forma, é necessário rever essa expansão da atividade jurisdicional e extensão interpretativa, evitando arbítrios e risco de uma juristocracia, sem, contudo, incorrer em autocontenção.

Contrariando as ideias ativistas, o minimalismo judicial, à luz do que Michelle Destri, descreve, apresenta acertadamente que

ao proferir decisões mais estreitas e superficiais e que, na medida do possível, deixam em aberto as grandes e polêmicas questões, os juízes estimulam o debate público e garantem que as escolhas políticas permaneçam em fórum político, contribuindo, assim, para o fortalecimento da própria democracia. Por outro lado, o minimalismo se assenta sobre uma noção nuclear de direitos, amplamente aceitos, partilhados e garantidos judicialmente. Portanto, a restrição do judiciário não significa a desproteção dos direitos. Ao contrário, a via minimalista, além de ampliar as possibilidades de um autogoverno democrático, garante que os direitos fundamentais dos cidadãos não serão violados, ou, ao menos, se o forem, serão restaurados.(DESTRI, 2009, p. 163)

O minimalismo possui o aspecto de solucionar os casos submetidos a juízo, limitando-se somente ao necessário para a resolução do feito, devendo os juízes não se pronunciarem sobre assuntos polêmicos e profundos, evitando assim que se faça uso da simples dedução ou

de moral para decidirem, não impondo suas opiniões para a coletividade. Assim, a abordagem minimalista reduz os ônus das decisões judiciais em termos de tempo e de informação e também contribui na redução de possíveis erros judiciais (DESTRI, 2009).

O professor Flávio Martins, entende que o minimalismo deve ser aplicado como regra, sendo admissíveis algumas exceções, pois

Quando o STF profere decisões profundas, em vez de rasas, limita os elementos interpretativos democráticos (o STF, na ADI 3.510, que trata dos fetos anencéfalos – tema que trataremos no capítulo relacionado aos direitos fundamentais – chegou a discutir a ausência de vida relacionada a existência ou não do cérebro, limitando a discussão na seara correta – científica e médica). Outrossim, quando o STF utiliza decisões largas, em vez de estreitas, viola a própria democracia (como na controvertida decisão que, em sede habeas corpus, começa a discutir a atipicidade do aborto realizado até o terceiro mês de gestação). (NUNES JÚNIOR, 2018, p. 129)

Sendo assim, extrai-se do minimalismo judicial uma forma de atuação que, a longo prazo, pode ser benéfica em relação à legitimidade democrática, em virtude desse modelo estimular o debate político sobre questões controversas, permitindo a participação pública e consequentemente estimulando o exercício da Democracia⁵.

8 CONCLUSÃO

Com o passar do tempo, buscou-se limitar e organizar o Poder do Estado. Através do pensamento de Montesquieu, ficaram divididas as funções estatais em: Legislativo, que cuida de representar o povo e elaborar as leis; o Executivo, que cuida da administração e cumprimento das políticas públicas; e o Judiciário, que possui a função jurisdicional e de interpretar e aplicar as leis.

Como forma de organizar e limitar os poderes do Estado, surge o movimento constitucionalista que foi marcado por diversas fases: constitucionalismo antigo, constitucionalismo moderno e constitucionalismo contemporâneo. O constitucionalismo contemporâneo surgiu em resposta ao constitucionalismo moderno e ao positivismo jurídico, pois através destes, a lei justificava a barbárie cometida pelos regimes totalitaristas do século XX. Dessa forma, além de organizar e limitar o Estado, o constitucionalismo contemporâneo elevou os direitos fundamentais, inerentes a pessoa humana a nível de direitos constitucionalmente garantidos.

⁵ Democracia no seu sentido de soberania do povo, que a exerce por meio de seus representantes eleitos.

Entretanto, essa fase do constitucionalismo ampliou a atuação do Poder Judiciário, levando ao surgimento de dois fenômenos distintos, que podem ser observados no Brasil: a judicialização da política e o ativismo judicial. Enquanto um aparece como resposta do modelo institucional estabelecido pela Constituição de 1988, tendo como causa a constitucionalização abrangente e um amplo sistema de controle constitucionalidade, o outro surge pela escolha de atuação mais ativa do Judiciário, interferindo no espaço de atuação dos outros Poderes.

O ativismo judicial como forma de atuação jurisdicional, apresenta consequências sérias, ameaçando a Separação dos Poderes, Politizando a justiça e pondo em risco a capacidade institucional e os limites do Judiciário.

Uma forma alternativa de se evitar esses problemas, sem, contudo, conter o Judiciário é o minimalismo judicial. Através de uma interpretação minimalista, os juízes decidem os casos julgando apenas o necessário à resolução do problema apresentado, não estendendo a interpretação legal, não lançando novos princípios e deixando questões complicadas para serem discutidas no âmbito da representação política e garantindo a participação e o diálogo dos cidadãos livres e iguais na constituição dos seus direitos.

Tendo em vista todos os aspectos apresentados, é certo que o Poder Judiciário exerce uma função indispensável do Poder Público, qual seja, a de aplicar e interpretar as leis. Contudo, não o deve fazer de forma descuidada, invadindo a competência dos outros Poderes. Adotando uma postura minimalista como regra, os tribunais permitem que questões políticas e questões moralmente controversas, sejam resolvidas através da participação pública, garantindo assim que a Democracia seja exercida da forma que ela deve ser exercida, ou seja, pelo povo.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 13, p. 17-32, jan./mar. 2009. Disponível em <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5124286.pdf>>. Acesso em 03 de jun. 2020

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BARROSO, Luis Roberto. **No mundo ideal, Direito é imune à política; no real, não**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2010-fev-16/mundo-ideal-direito-imune-politica-real-nao-bem-assim>>. Acesso em 27 de out. 2020.

BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**. Rio de Janeiro. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794>>. Acesso em 03 de jun. 2020.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30 ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

DESTRI, Michelle Denise Derieux Lopes. **Minimalismo judicial: alternativa democrática de atuação do poder judiciário em uma sociedade pluralista a partir da perspectiva de Cass R. Sunstein**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009.

GAUER, Lessandra Bertolazi; ZIEGLER, Joici Antonia. Minimalismo judicial na visão de Cass Sunstein: uma alternativa para a concretização da democracia. **Revista do programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí**, Teresina, v. 3, n. 2, p. 94-111, jul./dez. 2016. Disponível em <<https://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/view/7100/4145>>. Acesso em 03 de jun. 2020.

HIRSCHL, Ran. **The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide**, *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, 2006. Traduzido por Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

PAIZAN SILVA, José Rubens Macedo. **O ativismo judicial e as consequências do efeito backlash no direito brasileiro**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-ativismo-judicial-e-as-consequencias-do-efeito-backlash-no-direito-brasileiro-2/>>. Acesso em: 21 de out. 2020.

SILVA, Alexandre Garrido da. **O Supremo Tribunal Federal e a leitura política da Constituição: entre o perfeccionismo e o minimalismo**. p. 3321-3341. XVII Congresso Nacional do CONPEDI, Salvador, jun. 2008. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/alexandre_garrido_da_silva.pdf>. Acesso em 03 de jun. 2020.