



(DES)ACORDOS TEÓRICOS INCOMPLETOS E DE BOA-FÉ ENTRE AS CONDIÇÕES DE WALDRON E O MINIMALISMO DE SUNSTEIN

INCOMPLETELY AND GOOD FAITH THEORIZED (DIS)AGREEMENTS BETWEEN WALDRON'S CONDITIONS AND SUNSTEIN'S MINIMALISM

Lucas Moreschi Paulo¹

Mateus Henrique Schoenherr²

Jeremy Waldron é um conhecido autor neozelandês que possui uma visão cética quanto à existência da revisão judicial da legislação em qualquer sistema democrático, exigindo, para tanto, certas condições, e sendo restrito em seu modelo de atuação mesmo ante ao modelo ideal de democracia constitucional. Por outro lado, Cass Sunstein é um jurista norte-americano que defende o instituto, mas com uma atuação minimalista da revisão judicial. Interessantíssimo ponto de convergência entre ambos os autores é sua teorização acerca das impropriedades da *judicial review* diante dos chamados “(des)acordos teóricos incompletos” (SUNSTEIN, 1996, p. 37; WALDRON, 1999a, p. 1).

Esses acordos teóricos incompletos são dilemas políticos, morais, sociais e filosóficos que rondam determinada sociedade. Ou seja, são questões que, por serem genuinamente controversas, dividem opiniões entre cidadãos instruídos e de boa-fé. Nesse cenário, não há consensos possíveis, tampouco uma possibilidade de regresso

¹ Advogado. Doutorando em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), bolsista do Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições Comunitárias de Educação Superior (PROSUC) da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Mestre e graduado em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Pesquisador do Grupo de Pesquisa Colisão de Direitos Fundamentais e o Direito como Argumentação, coordenado pelo Prof. Dr. Anizio Pires Gavião Filho, do PPGD - Mestrado da FMP e vinculado no CNPq ao Grupo de Estudos Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais. Integrante do Grupo de “Pesquisa Jurisdição Constitucional Aberta”, coordenado pela Prof.^a Dr.^a Mônia Clarissa Hennig Leal, vinculado ao PPGD – Mestrado e Doutorado da UNISC financiado pelo CNPq. Membro da *Argumentation Network of the Americas* - ANA. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4330914363996350>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4583-4853>. E-mail: lucasmoreschipaulo@gmail.com.

² Acadêmico do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Bolsista de iniciação científica PROBIC/FAPERGS. Integrante do grupo de estudos “Jurisdição Constitucional Aberta”, coordenado pela Prof.^a Dr.^a Mônia Clarissa Hennig Leal, vinculado ao PPGD – Mestrado e Doutorado da UNISC financiado pelo CNPq. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0040542292236692>. E-mail: mateus.schoenherr@gmail.com.



à metaética em toda e qualquer questão que advier à apreciação do Poder Judiciário. A presente situação ganha maior destaque ainda em ambientes jurisdicionais que não admitem o *non liquet* das decisões judiciais.

É nesse sentido que se aproximam Waldron e Sunstein que, inobstante pequenas divergências em suas premissas e terminologias, advogam que dentre os órgãos do corpo político legitimado, não deveria caber essa tarefa a jurisdição constitucional, mas antes ao autogoverno popular. Por ser medular essa questão à organicidade da democracia, e considerando sua natureza controversa, defendem os autores que descaberia da revisão judicial a resolução de acordos teóricos incompletos.

Não sendo isso pragmaticamente possível no modelo de democracias liberais e constitucionais que subsistem ainda no contexto ocidental, resta saber como mediar, ou mesmo minimizar, a tomada de partido por parte dos julgadores que, ao decidirem sobre questões dos acordos teóricos incompletos, estão assumindo uma posição. Não obstante essa tentativa, tem-se como premissa a necessária transparência e demonstração da motivação e das razões de decidir da decisão. O que se quer investigar como problemática, contudo, vai além disso: como os pensamentos de Jeremy Waldron e Cass Sunstein podem dialogar a respeito da solução dos “acordos teóricos incompletos” no âmbito do Estado? Não sendo possível, hoje, conceber-se tal solução fora do âmbito centralizador do Judiciário, a pergunta tende a ser feita para os limites ou os deveres anexos à atuação da revisão judicial.

No contexto em que a jurisdição constitucional brasileira passou, desde o período pós-Constituição de 1988, a marcar intensa presença em debates políticos, morais, sociais e filosóficos, torna-se profícuo e justificável o estudo da perspectiva dos presentes autores, na medida em que oferecem alternativas relevantes à doutrina constitucional, destacando-se entre aqueles que teorizam acerca da revisão judicial diante de acordos teóricos incompletos. O contraponto que ofertam pluraliza para com esse debate que, sem dúvidas, é ponto central da democracia constitucional de modo liberal-ocidental que se tem na contemporaneidade. Além disso, a postura minimalista visada por Sunstein e as condições vislumbradas por Waldron são bons parâmetros que tanto Poder Judiciário e juristas, quanto Administração Pública, Estado e políticos, podem assumir para as transformações em curto, médio e longo prazo.



Um outro autor que se pode valer como premissa para a presente discussão é Samuel Issascharoff, com sua obra acerca das democracias frágeis, segundo o qual há uma natural – e constatada – crise de representação entre a comunidade político-jurídica e a classe de representantes eleitos, tanto do corpo Legislativo quanto do Poder Executivo. Naturalmente, como explica Issacharoff (2015, p. 224), os espaços representativos e de liderança da sociedade são ocupados pelo judiciário, sobretudo em democracias jovens ou frágeis, como é o caso do Brasil. E mais, no Brasil o juiz estaria adstrito a uma figura psicanalítico-fraternal (MAUS, 2000, p. 186-187), de ser o grande ponto de referência para a solução de quaisquer conflitos que surjam no bojo da comunidade. O Judiciário seria, portanto, um superego das democracias jovens, e, nesse sentido, é convocado cada vez mais a decidir sobre múltiplas questões sobre as quais há desacordos entre pessoas instruídas, informadas e de boa-fé.

Para realizar o desiderato da pesquisa, utiliza-se o procedimento de revisão bibliográfica, por meio de leitura e interpretação de produções científicas, com consulta a obras doutrinárias e artigos através do método dedutivo.

Dessa forma, o objetivo geral do trabalho, em breves termos, envolve a compreensão acerca das interconexões entre as perspectivas de Jeremy Waldron e de Cass Sunstein em relação às condições de existência e à prática da revisão judicial em casos de acordos teóricos incompletos, a fim de estabelecer uma resposta convergente deles à atuação da jurisdição constitucional. Como intenção específica, reside a investigação das diferentes premissas das posições de ambos os autores que os levam a acreditar na impropriedade da revisão judicial enquanto instituto adequado para resolução desses acordos controversos.

Para Sunstein, sempre que inexistir necessidade dos magistrados solucionarem esses dilemas incompletos para a resolução concreta do caso, o pronunciamento judicial deveria ser mínimo, fugindo de responder questões morais, indicar caminhos políticos ou apreciar as correções ou erros de determinadas filosofias. Seu pensamento embasa-se numa perspectiva procedimental e substancial. Esta última possui como objetivo construir uma democracia com igualdade, participação, deliberação e responsabilidade, dando voz às diversas ideias que rondam a sociedade (SUNSTEIN, p. 1999, p. ix-xi). O ponto de contato das narrativas de Sunstein e Waldron está aqui. O questionamento comum a ambos é o motivo pelo



qual seria necessário haver pronunciamentos judiciais para resolver questões de ordem moral, política ou filosófica, visto que essas instâncias materiais deveriam ser de competência decisória da política majoritária, eleita e representativamente legitimada para tanto.

A resposta de Waldron – que claramente pensava em uma estrutura de *strong judicial review* – para tal questão é demasiada longa em seu substrato mais pormenorizado. Contudo, é possível avançar que para o autor a revisão judicial da legislação e de atos administrativos é inapropriada como uma forma final de processo decisório em uma comunidade democrática e livre, sobretudo por não haver justificativa suficiente para se favorecer, de modo tão agudo, a atuação de um dentre os três poderes democráticos, mesmo considerada a importância de haver *checks and balances* (WALDRON, 2016, p. 196).

Os dois principais focos de confronto de Waldron ao *judicial review* são **(1)** à exemplo de Sunstein, que juízes frequentemente perdem o foco das verdadeiras discordâncias sobre direitos em meio a um emaranhado de questões secundárias para o enfrentamento da questão, ainda que próprias da atividade jurisdicional (WALDRON, 1999b, p. 28); e **(2)** há uma ilegitimidade política na existência da *judicial review*, que permitiria a sobreposição da vontade majoritária de um pequeno número de juízes não eleitos, não representativos e que não prestam contas à população frente às decisões tomadas legitimamente na arena política (WALDRON, 2016, p. 199).

A resposta para tal problema é a de um sistema de decisões acerca da invalidade das leis e atos normativos a partir de uma participação efetiva, de modo que, havendo desacordos específicos na comunidade, os seus membros deveriam ter o direito para, querendo, participar, igualmente, na solução da controvérsia. Contudo, tal modelo apenas pode ser aplicado em uma sociedade que contenha as seguintes condições: **i)** instituições democráticas em razoável grau de funcionamento, incluindo um Legislativo eleito com base no sufrágio universal; **ii)** um conjunto de instituições judiciais também em razoável grau de funcionamento; **iii)** um comprometimento, por parte da maioria dos membros e autoridades dessa sociedade com a ideia de direitos individuais e minoritários; e **iv)** um desacordo persistente, substancial e de boa-fé em relação ao sentido material dos direitos entre os membros



da sociedade que estão comprometidos com o empreendimento político-jurídico (WALDRON, 2016, p. 203-204).

Em consideração final, e atendendo à problemática posta em exame, tem-se que as perspectivas de Cass Sunstein e Jeremy Waldron convergem na perspectiva de visualizar uma jurisdição constitucional “minimalista” como elemento salutar à democracia contemporânea e a sua própria legitimidade democrática, já que compreendem necessário deixar à cargo do autogoverno popular a resolução de acordos teóricos controversos. Deveras, trata-se mais do que apenas um elemento indutor da restrição judicial, mas igualmente um fomentador da pluralidade de ideias que circulam na sociedade.

Palavras-chave: acordo teórico incompleto, autocontenção judicial; Cass Sunstein; Jeremy Waldron; jurisdição constitucional.

Keywords: incompletely theorized agreement; judicial self-restraint; Cass Sunstein; Jeremy Waldron; constitutional jurisdiction.

REFERÊNCIAS

ISSACHAROFF, Samuel. **Fragile democracies**. Contested power in the era of constitutional courts. New York: Cambridge University Press, 2015.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos**, CEBRAP. n. 58, p. 183-202, 2000.

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

SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

SUNSTEIN, Cass. Practical Reason and Incompletely Theorized Agreements. In: FREEMAN, M. D. A. (org.). **Legal Theory at the End of the Millennium**. Current Legal Problems 1998, v. 51. Londres: OUP, 1998.



WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal, Danvers**, v. 115, n. 6, p. 1346-1406, 2006. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/20455656>. Acesso em: 26 jan. 2022.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999a.

WALDRON, Jeremy. **Political theory. Essays on institutions**. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

WALDRON, Jeremy. **The dignity of legislation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999b.