

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p109-141>

O MINIMALISMO JUDICIAL COMO MECANISMO DE CONSOLIDAÇÃO DA CULTURA DE PRECEDENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

JUDICIAL MINIMALISM AS A MECHANISM FOR CONSOLIDATION OF A PRECEDENTS CULTURE IN BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

RVD

Recebido em

22.11.2023

Aprovado em.

02.05.2024

Raul Nicolas Dombek Coelho¹

RESUMO

O presente artigo busca compreender possíveis diálogos conceituais entre o minimalismo judicial proposto por Cass Sunstein e a lógica institucional do sistema de precedentes, identificando pontos de correlação e influência recíproca. Partindo-se da premissa de que uma postura de autocontenção minimalista pelos órgãos judicantes permitiria uma maior oxigenação no exercício e consolidação de uma *práxis* de precedentes judiciais, a pesquisa realiza investigação bibliográfica no âmbito do direito processual e da filosofia do direito. Concluiu-se que ambas as abordagens da decisão judicial compartilham relevantes preocupações e objetivos, de modo que alguns dos preceitos fundamentais do minimalismo judicial garantem maior força normativa aos precedentes, abrindo caminho para sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro por meio da compreensão, ao mesmo tempo dialógica e restritiva, do papel institucional ocupado pelo poder judiciário na concretização dos valores jurídicos constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: minimalismo judicial; sistema de precedentes; Cass Sunstein; raciocínio analógico.

ABSTRACT

This article seeks to understand possible conceptual dialogues between judicial minimalism proposed by Cass Sunstein and the institutional logic of the precedent system, identifying points of correlation and reciprocal influence. Starting from the premise that a posture of minimalist self-containment by the judicial organs would allow a greater oxygenation in the exercise and consolidation of judicial precedents *práxis*, the research carries out bibliographical research in the scope of procedural law and philosophy of law. It was concluded that both approaches of the judicial decision share relevant concerns and objectives, so that some of the fundamental precepts of judicial minimalism guarantee greater normative force to precedents, making way for its incorporation into the Brazilian legal system through the understanding, at the same time

¹ Mestrando em Direito das relações sociais pela Universidade Federal do Paraná. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Analista judiciário junto ao Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. E-mail: raul.coelho27@gmail.com. ORCID nº 0000-0002-3703-4576.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p109-141>

dialogical and restrictive, of the institutional role occupied by the judiciary in the implementation of constitutional legal values.

KEYWORDS: judicial minimalism; precedent system; Cass Sunstein; analogical reasoning.

1 INTRODUÇÃO

O sistema de precedentes, típico de países de *common law*, ganha progressiva relevância em países de tradição jurídica de *civil law*. Nesse contexto e visando a promoção de preceitos associados à segurança jurídica, à isonomia e à estabilidade social, o Código de Processo Civil de 2015 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro novos mecanismos e técnicas decisórias baseadas em decisões pretéritas dos tribunais e que induz uma aproximação entre os institutos processuais brasileiros e aqueles longamente adotados nos países de língua inglesa. Contudo, a cultura jurídica vigente e o delineamento conferido pela legislação a estes institutos resultou em uma distorção da técnica de precedentes, de modo que esta, em sua forma original, ainda se mostra de limitada e incipiente aplicação pelos magistrados do país.

A consolidação desta sistemática no ordenamento pátrio, permitindo verdadeira hibridização entre modelos decisórios de *civil* e *common law*, depende de uma mudança substancial na abordagem dos casos jurídicos, sobretudo nas cortes de vértice do poder judiciário. Esta postura necessária se coaduna, em grande medida, com as propostas do minimalismo judicial, desenvolvido pelo jurista estadunidense Cass Sunstein.

Pautada em valores de estreiteza e superficialidade, o minimalismo judicial fornece bases de uma abordagem da decisão judicial que rejeita abstrações e teorizações complexas a partir de um ideal de autocontenção dos magistrados, com os objetivos de oxigenação do debate público sobre questões morais, políticas e econômicas controvertidas, e de evitação de erros e riscos sociais decorrentes de decisões grandiloquentes. Pouco difundido no contexto brasileiro, o minimalismo judicial promove o uso estratégico do silêncio pelos tribunais e busca atingir o consenso mediante argumentações de baixo nível de abstração que criem consensos e acordos

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p109-141>

não completamente teorizados, intimamente relacionados com o método decisório baseados em precedentes.

Dessa forma, a presente pesquisa parte da hipótese de que a adoção de técnicas do minimalismo judicial pelos juízes e tribunais brasileiros tem o condão de consolidar e enriquecer uma cultura decisória baseada em precedentes no ordenamento pátrio. Entende-se que, para além das técnicas de decisão de casos repetitivos e massificados criadas pelo código de processo, a difusão do precedente enquanto expressão do raciocínio analógico a partir da identificação de padrões e da apreensão de razões generalizáveis encontra solo fértil para se fortalecer e difundir junto aos princípios do minimalismo enquanto teoria da decisão judicial.

Para se verificar essa hipótese, a pesquisa inicialmente abordará os conceitos fundamentais do minimalismo judicial, compreendendo-o como uma teoria autônoma em suas várias peculiaridades e especificidades. Em um segundo momento, analisa-se o conceito de precedente e o modo de funcionamento de uma cultura judicial baseada em precedentes, distinguindo-a e comparando-a com o modelo implementado pelo Código de Processo Civil de 2015. Por fim, identificam-se os pontos de intersecção entre o minimalismo e a cultura de precedentes, verificando-se correlações e pontos de apoio mútuos a fim de que se possa constatar o efetivo intrincamento entre os conceitos e as possibilidades concretas de que a promoção do minimalismo enquanto abordagem decisória resulte em uma maior profusão e consolidação do raciocínio baseado em precedentes no ordenamento jurídico brasileiro.

2 O MINIMALISMO JUDICIAL DE CASS SUNSTEIN

O minimalismo judicial, por vezes também denominado minimalismo decisório, é uma teoria proposta pelo jurista estadunidense Cass Sunstein² e consiste em uma

² Cass Robert Sunstein é jurista e professor da cátedra Robert Walmsley na faculdade de Direito da Universidade de Harvard. Desenvolve pesquisas nas áreas de direito processual, direito constitucional, direito administrativo e direito dos animais, tendo sido autor de inúmeros livros e artigos publicados em periódicos. Atuou junto à Casa Branca durante a gestão Obama e atualmente atua como consultor de políticas públicas no Reino Unido.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p109-141>

abordagem da decisão judicial voltada à autocontenção dos juízes e à promoção de decisões argumentativamente sintéticas, pautadas na busca de estreiteza e superficialidade e que “restringe o âmbito de incidência da decisão ao efetivamente indispensável à solução do caso concreto, limitando a utilização de teorias ou abordagens abstratas” (Bernardes, 2019, p. 17).

Estas duas dimensões da decisão judicial, a estreiteza e a superficialidade, ocupam posição central na proposta decisional de Sunstein e são posturas pragmáticas que frequentemente se mostram presentes em processos decisórios da vida cotidiana, mesmo que completamente estranhos ao direito ou à sistemática processual.

A dimensão da superficialidade pretende que haja uma momentaneidade na interpelação do caso judicial, tendo por enfoque as necessidades imediatas e necessárias à solução do caso de modo a postergar para algum momento futuro a resolução de questões profundas ou estruturais. Busca-se fazer o indispensável à solução sem se preocupar com problemas fundacionais, lidando-se com o problema assim como por vezes se lida com um problema médico ou de relacionamento pessoal (Sunstein, 2008a, p. 826). Trata-se de uma postura avessa a teorias gerais com grandes pretensões de resolução das raízes de um caso, tendente a argumentos de menor abstração (Bernardes, 2019, p. 18).

A dimensão da estreiteza, por sua vez, exige que os juízes se foquem no aqui e no agora, isto é, estritamente no caso sob análise sem se considerar casos futuros ou situações estranhas àquela trazida ao judiciário no caso concreto (SUNSTEIN, 2008a, p. 826). Exige-se, nessa perspectiva, que o juiz não busque estender o âmbito fático ou jurídico de sua decisão, ainda que existam pontos de contato com outros temas ou casos judiciais (Bernardes, 2019, p. 17).

Em que pese a similaridade aparente entre as dimensões de superficialidade e estreiteza, Sunstein destaca que são características substancialmente distintas. Menciona o jurista como algumas decisões podem ser superficiais, mas amplas, tal como uma decisão que entenda a segregação racial como sempre e obrigatoriamente proibida em qualquer contexto, sem que se faça qualquer justificação ou teorização mais profunda sobre o porquê da segregação ser ruim. Da mesma forma, indica como

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p109-141>

algumas decisões podem ser estreitas, mas profundas, como a decisão que proíbe a censura de uma manifestação específica, mas que traz grandes reflexões sobre a natureza moral da censura. Portanto, estreiteza e superficialidade são duas características similares, mas que não necessariamente coexistem e podem levar a direções diferentes (Sunstein, 2008a, p. 827).

Em resumo, o comedimento minimalista privilegia a tomada de pequenos passos em detrimento de grandes elucubrações em uma preocupação constante de que decisões grandiloquentes remetam a erros de difícil reparação (Bernardes, 2019, p. 19).

De um ponto de vista político, o minimalismo judicial pretende ventilar o debate democrático sobre questões jurídicas ao propor um viés decisório que se limita a dizer o essencial para a resolução de um caso em particular, sem estender ou ultrapassar seus limites (Ziegler, 2016, p. 98). Sem pretender monopolizar o discurso acerca do direito, o minimalismo busca deixar em aberto questões teóricas que possam gerar dissensos ou pontos de vista diversos em outros aportes institucionais democraticamente legitimados,

Alguns estudiosos classificam o movimento como uma corrente teórica derivada do liberalismo político. Esta visão compreende que o minimalismo, ao optar por decidir menos e sem alusão a grandes propostas teóricas, adota uma postura estratégica que busca evitar a tomada de decisões polêmicas pelo poder judiciário e os eventuais custos sociais que essas decisões podem ter no futuro (Ziegler, 2016, p. 99). Aproximando-se do liberalismo político, o minimalismo buscaria apenas descrever o direito como ele é, sem grandes ambições propositivas. Trata-se de uma perspectiva de estímulo ao pluralismo político razoável e que não pretende estabelecer impositivamente o significado de determinados valores legais e constitucionais (Bocchini, 2020, p. 53).

Outras interpretações associam o minimalismo com o conservadorismo político, sobretudo em razão de sua aproximação com o burkeanismo. Segundo Sunstein, o minimalismo possui a virtude de se calar diante de controvérsias sociais, não buscando reduzi-las a uma decisão magnânima que se sobreponha a qualquer debate público. Pela abstenção decisória, busca-se a promoção de avanços lentos e comedidos que acompanhem os interesses e necessidades sociais. O perdedor de um dado caso em

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p109-141>

particular não perde o mundo, sendo-lhe oportunizado sustentar suas posições em ocasiões futuras sem que haja sua total extirpação do debate político pela decisão no sentido contrário em um caso específico (Sunstein, 2009, p. 1083).

Nesse contexto, torna-se possível distinguir duas sub-variações do minimalismo judicial: o minimalismo racionalista, de caráter liberal, e o minimalismo tradicionalista, de cunho eminentemente conservador.

A primeira perspectiva se preocupa na construção de decisões enxutas e que permitam a abertura ao debate público. Contudo, esta visão de mostra disposta a questionar práticas sociais e tradições quando estas se encontram fundadas em motivos não racionais, de modo que a modificação efetiva de práticas e instituições não pode ser ignorada ou deixada em aberto quando se tratam de institutos fundados em preconceitos, violência ou demonstrações de poder (Silva, 2011, p. 169).

A abordagem tradicionalista, por sua vez, defende a permanência de práticas longamente estabelecidas, acreditando que a mudança social ou jurídica deve se dar de modo extremamente paulatino e progressivo. Entendendo as instituições e práticas sociais como expressão de uma “mente coletiva” construída em séculos de experiência e aprendizado social, o minimalismo tradicionalista demonstra especial apreço às tradições já estabelecidas e se torna radicalmente receoso com quaisquer interpretações ou decisões que questionem de modo substancial essas tradições (Silva, 2011, p. 170).

Diante destas duas perspectivas possíveis, Sunstein defende que a adoção do tradicionalismo se mostra juridicamente adequada apenas em algumas situações específicas. Seriam estas situações: i) dentro de uma hermenêutica originalista, quando a adoção deste viés interpretativo resultar em uma leitura inaceitável da realidade em razão das intensas mudanças sociais, sendo eficiente a adoção de práticas sociais e institucionais tradicionais e eficientes no contexto atual; ii) quando práticas tradicionalmente estabelecidas se mostrarem adequadas e confiáveis e iii) quando houver limitações ou dificuldade na elaboração de teorias ou soluções complexas pelos magistrados atuando enquanto “arquitetos institucionais” (Silva, 2011, p. 173).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p109-141>

Conclui-se que o desígnio central do minimalismo judicial seria apenas “deixar intocadas as questões de fundo, revelando uma desconfiança forte quanto ao desejo do judiciário de elaborar, a partir do conhecimento limitado das circunstâncias de um determinado caso, princípios amplos e abrangentes” (Ziegler, 2016, p. 100). Atribuindo grande valor aos processos democráticos, essa perspectiva busca a autocontenção do judiciário, de modo que as decisões prolatadas tenham por base leis criadas por legisladores eleitos e não as avaliações individuais dos magistrados sobre o que seria melhor para as partes ou para a sociedade globalmente compreendida (Ziegler, 2016, p. 103).

Em síntese, Sunstein identifica cinco grandes virtudes do minimalismo judicial: i) os custos de uma dada decisão judicial são reduzidos em razão da limitação do objeto decidido; ii) a limitação de eventuais riscos de uma decisão equivocada em razão da menor pretensão e abrangência do conteúdo decisório; iii) há a criação de uma abertura a um pluralismo razoável, postergando e realocando debates sobre temas disputados ou incertos; iv) não se ignora as limitações cognitivas do magistrado e sua ignorância quanto a aspectos da situação a ser decidida ou das consequências de sua decisão e v) garante maior margem de decisão política aos processos democráticos que não são afetados por eventuais ingerências ou erros do poder judiciário (Ziegler, 2011, p. 102).

Conclui-se, portanto, que a abordagem promovida pelo minimalismo se liga intimamente à lógica pragmática da tomada de decisões baseada em precedentes. Ambas as abordagens pressupõem limitações cognitivas e a restrição ao processamento de informações que naturalmente afetam os magistrados (Bocchini, 2020, p. 53). Para além do reconhecimento destas limitações, o minimalismo fornece outras soluções para problemas práticos de adjudicação: não apenas deixa em aberto questões disputadas para que sejam amplamente debatidas em processos democráticos, reconhecendo sua complexidade e a necessidade de participação política multilateral em sua definição ou solução, como também facilita a tomada de decisões dentro dos próprios tribunais, ao fornecer lugares comuns de concordância que possibilitem julgamentos colegiados dentre julgadores com amplas discordâncias morais, políticas ou ideológicas (Bocchini, 2020, p. 53).



<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p109-141>

Os juízes perfeccionistas, como antagônicos aos magistrados minimalistas, tendem a decidir de modo profundo e extensivo, baseando-se em princípios para concretizar a melhor Constituição ou os melhores preceitos legais que conseguem vislumbrar sob um ideal moral ou político que entendem como valioso ou como necessário. Extraindo direitos e teses de situações vagas ou incertas, esses magistrados incorrem em constante ativismo, recorrendo a argumentos morais ou éticos que julgam pertinentes no contexto de teorias ou abstrações complexas e abrangentes (Tovar, 2017, p. 3).

Os juízes minimalistas, em sentido oposto, acreditam que questões complexas envolvendo temas políticos, econômicas ou morais devem ficar a cargo de serem decididas por órgãos compostos por representantes eleitos, expressando um espírito republicano e que busca garantir legitimidade democrática e diálogo institucional e social sobre questões desta natureza (Tovar, 2017, p. 4). Mais do que meramente deixar em aberto estas questões, o minimalismo possui verdadeira eficácia de “democracy forcing”, isto é, impõe ao poder legislativo que trate de modo mais incisivo e abrangente da temática em aberto sob pena de criar um vácuo regulatório (Marinoni, 2022, p. 67). Tal efeito ganha especial relevo nas cortes constitucionais ou cortes superiores, âmbitos em que o papel político-institucional do minimalismo assume especial relevo.

Do ponto de vista das cortes constitucionais, o minimalismo adquire nova dimensão política. Não apenas se busca evitar erros numa dada decisão, mas promove-se um amplo diálogo institucional e democrático. Compreendendo a federação como um arranjo complexo que permite a contribuição concomitante e plural de múltiplos entes e órgãos, o minimalismo possibilita uma aproximação multilateral do direito sob discussão, abrindo caminho para variadas interpretações sobre os meios de concretização dos dispositivos constitucionais na comunidade política (Silva, 2011, p. 143).

Diante de situações complexas ou polêmicas, a pluralidade de opiniões e posições pode se tornar um óbice à verdadeira decisão e efetiva resolução do problema posto. Tendo em vista a inevitável discordância decorrente de uma multiplicidade de

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p109-141>

crenças possíveis, o minimalismo desenvolve uma técnica decorrente de seus próprios princípios e que é denominada por Sunstein de “acordos não completamente teorizados”. Mediante utilização estratégica do silêncio, esta técnica pretende calar sobre teorias ou fundamentos abstratos que orientem a decisão num ou noutro sentido. Focando-se apenas nos pontos pragmáticos mais essenciais de um caso, pode-se obter convergência sobre uma dada questão, mesmo diante de graves divergências entre visões políticas ou concepções morais mais amplas (Bernardes, 2019, p. 21).

O conceito básico defendido por Sunstein é de que muitas vezes acordos e convergências decorrem de aproximações pontuais em valores abstratos. Sugere-se que pessoas podem facilmente concordar em práticas constitucionais, ou na interpretação dada a valores constitucionais, ao mesmo tempo em que discordam radicalmente em teorias constitucionais, morais ou políticas (Sunstein, 2007, p. 1). Em casos extremos, pode-se encontrar um fenômeno marcado pela mais intensa discordância: a particularidade completa (full particularity). Nesses casos, existe radical discordância sobre a interpretação de um fato, havendo, entretanto, consenso sobre o resultado ou decisão a ser promovida. Assim, seria possível que os magistrados se limitassem a dizer simplesmente qual será o resultado prático, visto que o menor grau de abstração pode levar ao dissenso e à impossibilidade de resolução da questão (Sunstein, 2007, p. 3).

A utilização de acordos não completamente teorizados não implica em uma concepção epistemológica relativista. Consiste, em verdade, em uma simples estratégia pragmática voltada à solução de controvérsias (Oliveira, 2007, p. 14). As abstrações não são necessariamente abandonadas, mas apenas esvaziadas, de modo que os atores políticos possam concordar com essas abstrações sem necessariamente concordar com o significado particular destas abstrações (Sunstein, 2008a, p. 828).

Como exemplo significativo de acordo não completamente teorizado pode-se citar a declaração de direitos humanos da ONU de 1948. Formada pela conjunção de múltiplas culturas e visões de mundo, a consolidação de uma carta unificada de direitos apenas se tornou possível mediante o pagamento de especificidades das várias posições envolvidas. Nenhuma teorização abstratamente complexa seria capaz de

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p109-141>

conseguir tamanha convergência, o que demonstra enorme virtude dessa postura minimalista de manipulação do silêncio (Bernardes, 2019, p. 22). Utilizando-se de um corte conceitual menos profundo para se lidar com a questão, o aporte não completamente teorizado permite a convergência de distintas posições sem que nenhuma delas tenha de abrir mão de suas convicções éticas ou políticas e tampouco ceder em favor de seus adversários (Bernardes, 2019, p. 24).

A existência destas vantagens estratégicas não significa, contudo, que a adoção de acordos não completamente teorizados seja adequada ou desejável em todos os contextos ou disputas possíveis. Tais acordos garantem uma maior estabilidade ao sistema jurídico e político, mas, de modo geral, entende-se como indesejável, e mesmo contraditória, uma estabilidade de um *status quo* injusto e desigual. Maior estabilidade social seria garantida, contrariamente, em uma sociedade justa e sem conflitos sociais intensos, o que muitas vezes não pode ser alcançado abrindo-se mão de esquemas teóricos completos e embates políticos mais conjunturais (Sunstein, 2007, p. 20).

Um arquétipo de magistrado que muito se aproxima, mas não se confunde, com os juízes minimalistas são os magistrados “trimmers” (ponderados, em tradução livre). Procedimentalmente, os trimmers pretendem ouvir e considerar todas as posições possíveis, inclusive as mais radicais, colocando-se então em um ponto de moderação e ponderação entre todas as opiniões verificadas. Esta posição buscaria harmonizar os pontos convergentes e mostrar consideração a todas as opiniões possíveis para que nenhuma delas seja integralmente excluída do debate público (Silva, 2011, p. 175). Essa disposição geral se divide em duas categorias de trimmers: os compromisers e os preservers. Os adeptos da primeira categoria buscam evitar conflitos e insatisfação social comprometendo parte de sua posição ao ceder aos interesses de cada uma das posições possíveis no embate. Os preservers, por sua vez, pretendem apreender o núcleo ideológico essencial de cada uma das categorias envolvidas, fazendo verdadeiro escrutínio de suas posições, a fim de ressaltar os argumentos mais adequados e convincentes para cada uma das posições jurídicas e políticas envolvidas (Sunstein, 2009, p. 1058).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p109-141>

Trimmers não seriam simplesmente moderados, visto que estes não se importam com a insatisfação de opiniões radicais divergentes. Um trimmer poderia até mesmo solucionar um caso colocando-se no ponto de equilíbrio entre uma posição moderada e uma posição extremista (Sunstein, 2009, p. 1060). A ponderação dos trimmers se mostra positiva como uma postura heurística. Principalmente em casos nos quais o magistrado não possui capacidade ou tempo para estudar cada uma das possíveis soluções, ou mesmo quando, estudando-as, o magistrado não se mostra convencido por nenhuma delas, a postura trimmer, sobretudo em sua variante compromiser, promete uma saída viável e de baixo risco (Sunstein, 2009, p. 1066). Ainda, esta ponderação é uma estratégia funcional para formação de maiorias em busca de resultados possíveis, ainda que não ideais, muito se assemelhando à estratégia dos acordos não completamente teorizados nesse aspecto (Sunstein, 2009, p. 1067).

Dessa forma, Sunstein sustenta que os trimmers e os minimalistas são aportes teóricos muito próximos e que podem facilmente ser confundidos. Ambos os grupos se assemelham pois pretendem reduzir conflitos sociais e a indignação da opinião pública, assim como minimizar o risco de erros e os danos para os detentores de interesses derrotados nos tribunais. Não obstante, enquanto os minimalistas almejam deixar questões em aberto para futuros debates, este não é um dos objetivos dos trimmers. A virtude da não decisão é uma preocupação exclusiva dos minimalistas, ao passo que os trimmers se esforçam por decidir, não deixando questões para serem resolvidas em algum momento futuro (Sunstein, 2009, p. 1080). Mesmo quando não há uma decisão direta sobre um caso, a anotação de uma ressalva de entendimento, por exemplo, implica em uma manifestação que muitas vezes pode ser apaziguadora sobre um caso ao melhor gosto trimmer, mas que já avança sobre o silêncio pretendido pelo ideal minimalista (Sunstein, 2008b, p. 272).

Em um Estado democrático constitucional estruturado sobre o sistema de freios e contrapesos, muitas das decisões jurídicas e políticas acabam por alcançar resultados ponderados e intermediários como almejam os trimmers sem que haja atores adeptos e auto conscientes desta perspectiva decisória (Sunstein, 2009, p. 1092). O minimalismo, entretanto, não surge como manifestação espontânea da organização do Estado. Ele

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p109-141>

requer um comprometimento dos magistrados em favor do silêncio, da abstenção e da modéstia em suas decisões. Trata-se de uma opção teórica deliberada que se volta contra a expansão teórica e o monopólio interpretativo do direito pelo poder judiciário.

Em que pese as virtudes apontadas, o minimalismo judicial é também objeto de muitas críticas pela doutrina estadunidense. Owen Fiss se volta contra a postura minimalista da Suprema Corte dos Estados Unidos em casos de patente violação de direitos humanos. Citando o caso das torturas de prisioneiros em Guantanamo, menciona que, enquanto o Estado americano inflava tais práticas com maciço apoio do presidente e do congresso, o poder judiciário permaneceu inerte sob o fundamento de não intervir no processo democrático de deliberação. Esta posição minimalista decorreria, na visão de Fiss, de uma necessária oposição entre pronunciamentos judiciais constitucionais e processos democráticos de decisão. Contudo, o jurista entende que a democracia apenas pode ser compreendida como um sistema mais amplo e que não se limita à legitimação de representantes eleitos. Toda a estrutura de Estado estaria legitimada pela legislação criada por estes representantes e organizada de modo a garantir a estabilidade desse sistema. Assim, o efetivo pronunciamento sobre questões constitucionais, ao invés de limitar ou restringir o debate iria, na visão de Fiss, dar o pontapé para que deliberações difíceis surgissem com maior vivacidade e protagonismo no debate público como um todo (Fiss, 2008, p. 647-648).

Tais críticas não são ignoradas por Sunstein que acaba por reconhecer as limitações do minimalismo enquanto método decisório, admitindo que, em certos contextos e principalmente na seara constitucional, a adoção de teorias amplas e abstratas se torna inevitável e necessária (Bernardes, 2019, p. 19). O minimalismo apenas se torna mais adequado diante da falta de informação de uma corte, tornando-a incapaz de realizar uma análise exauriente e completa de uma situação extremamente complexa e disputada e que está em constante mutação (Sunstein, 1996, p. 100). Além disso, Sunstein recomenda a adoção do minimalismo sempre que uma solução imediata possa ser erroneamente compreendida por decisões futuras, quando não transparecer grave necessidade de planejamento antecipado da execução da solução e

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p109-141>

quando não estão em jogo condições existenciais do próprio sistema democrático (Bocchini, 2020, p. 56).

O minimalismo, sustenta Sunstein, se mostra mais atraente a curto prazo, podendo ser gravemente destrutivo quando aplicado reiteradamente a longo prazo, visto que aumenta as complexidades a serem decididas em um momento futuro de uma mesma situação. Nessas situações, uma decisão ampla e profunda pode ser mais benéfica o quanto antes seja realizada. A adoção do minimalismo deve ser sopesada caso a caso e deve ponderar principalmente dois fatores: os custos de decidir e os custos de errar em uma decisão. Via de regra, o minimalismo reduziria ambos os custos, evitando graves e desastrosas consequências em caso de uma decisão precipitada. Todavia, em alguns casos mostra-se mais oportuno realizar grandes passos ao invés de pequenos avanços, objetivando assim reduzir a complexidade dos elementos sob análise e manter sob controle eventuais erros ou danos decorrentes de uma decisão que fuja do controle do magistrado (Sunstein, 2008a, p. 826).

Em resumo, o minimalismo é uma abordagem teórica da decisão judicial que se propõe a resolver alguns dos problemas centrais da atuação do poder judiciário, sobretudo quando relacionados a decisões de cortes superiores revestidas de grande teor político e moral. Em que pese não seja fruto de um único sistema jurídico, o minimalismo foi gestado sob a lógica do direito estadunidense, dialogando com muitas problemáticas lá enfrentadas e se apropriando de algumas das virtudes de outro mecanismo decisório profundamente difundido no contexto em que teorizou Sunstein: o sistema de precedentes.

4 O SISTEMA DE PRECEDENTES: TÉCNICA, PRINCÍPIOS E LIMITAÇÕES

O sistema de precedentes, característica fundamental dos sistemas jurídicos de *common law*, tornou-se modelo de inspiração para inúmeros ordenamentos jurídicos, incluindo-se aí o sistema processual brasileiro que, sobretudo a partir do Código de Processo Civil de 2015, incorporou, ou ao menos almejou incorporar, alguns dos aspectos e das técnicas desse modelo consolidado nos países de língua inglesa. Para

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p109-141>

que seja possível compreender os diálogos possíveis entre a lógica de precedentes e as propostas teóricas do minimalismo judicial, necessário se faz esmiuçar a estrutura e o modo de funcionamento de um judiciário guiado por precedentes, tornando-se assim mais claros os pontos de intersecção entre ambas as abordagens do fenômeno decisório no direito.

Nas palavras de Frederick Schauer, o núcleo ideológico do conceito de precedente parte de um direcionamento decisório ao passado que acompanha a lógica de funcionamento do direito e se distingue da lógica de atuação das demais áreas de decisão do Estado, via de regra voltadas à proposição futura de políticas e soluções. Este olhar para o passado, fazendo com que casos já julgados determinem a resolução de casos atuais, decorre da compreensão de que seria mais relevante que uma decisão seja consistente e coerente com decisões passada do que resultante nas melhores consequências (Schauer, 2009, p. 36). Para além deste olhar meramente retrospectivo, a decisão com base em precedentes deve também ter algum grau de prospecção, tendo em vista que a decisão tomada, seja como confirmação ou afastamento do precedente em voga, servirá ela própria como precedente apto a influir em casos futuros (Bizarria, 2022, item 2).

A observância de decisões passadas se deve à existência de razões generalizáveis no conteúdo decisório, isto é, um padrão de raciocínio que pode ser replicado diante da existência da repetição das mesmas condições fático-jurídicas (Bizarria, 2022, item 2). Assim, espera-se que uma corte decida da mesma forma os mesmos problemas, mantendo-se coerente tanto com relação a seus próprios entendimentos em um momento passado (*stare decisis* - precedente horizontal), como com relação ao entendimento de cortes superiores na organização judiciária (precedente vertical) (Schauer, 2009, p. 37).

A replicação destas razões generalizáveis adquire feição bastante específica na lógica de precedentes. Não se trata, como elucida Schauer, de uma observância pelo convencimento ou persuasão, mas sim uma observância pela obediência e pela simples vinculação. Isto é, independentemente da concordância ou não da corte com o conteúdo decisório do precedente, este deve ser seguido e replicado pelo simples fato

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p109-141>

de ser um precedente, ou seja, uma decisão pretérita diante das mesmas condições fático-jurídicas (Schauer, 2009, p. 38). A justificativa para adoção dessa sistemática decorreria, no caso dos precedentes verticais, de um simples senso de autoridade hierárquica do entendimento das cortes superiores (Schauer, 2009, p. 42). Já no caso do *stare decisis*, a observância de decisões passadas decorreria de um preceito de segurança jurídica e estabilidade social, segundo o qual seria mais benéfico ter questões jurídicas definitivamente estabelecidas, ainda que não da maneira mais correta possível (Schauer, 2009, p. 43).

Nesse contexto, importa distinguir o conceito de precedente da ideia de jurisprudência. O primeiro pode resultar de um único julgamento e necessariamente está relacionado com os fatos nucleares de uma dada situação. O último, ao contrário, deve necessariamente resultar de uma série conjunta de decisões e se mostra abstraído de peculiaridades fáticas e influi sobre casos futuros a partir da subsunção e não da analogia (Bizarria, 2022, item 2). Esta mesma distinção pode ser realizada entre precedentes e súmulas, já que estas também apresentam um deslocamento do substrato fático da decisão (Bizarria, 2022, item 2). Portanto, o precedente adquire uma autonomia conceitual específica que merece um estudo atento de suas características e idiosincrasias.

A aplicação do precedente não consiste em um movimento automático e acrítico. O magistrado deve necessariamente justificar a correlação entre o precedente e o caso sob análise, justificando sua aplicação ou demonstrando a existência de fatos relevantes que distinguem o caso em debate do precedente alegadamente aplicável (Koehler, 2016, item 3). Portanto, a discricionariedade do magistrado não é excluída, havendo tão somente a superação de um modelo decisório atomista em favor de um modelo institucionalista que tem especial preocupação pela isonomia e pela segurança jurídica a partir de uma fundamentação autorreferente por parte do poder judiciário (Koehler, 2016, item 3).

O entendimento firmado em um dado precedente não adquire caráter absoluto ou inalterável. A superação de um precedente, denominada de “*overruling*” no modelo de *common law*, é possível, exigindo, contudo, o preenchimento de um ônus especial

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p109-141>

de fundamentação. Nos termos da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, a utilização do overruling exige justificção especial diante da constatação de erro manifesto na decisão anteriormente proferida pela corte (Schauer, 2009, p. 60). Ainda, mesmo diante da aplicação de um precedente, técnicas como a ressalva de entendimento adquirem forte poder de influência na modificação de entendimento dos julgadores, podendo futuramente resultar em uma alteração no sentido dos precedentes (Koehler, 2016, item 3), o que demonstra que, apesar de sua grande rigidez, a técnica de precedentes preserva uma margem relevante de manobra.

Esclarecida a lógica geral do sistema de precedentes, indispensável compreender a efetiva natureza da vinculatividade, essência do julgamento baseado em precedentes. Com o objetivo de identificar qual parcela de uma decisão judicial é responsável por vincular decisões futuras e qual parcela seria mera dissertação que não necessariamente induz vinculatividade, a doutrina consagrou a distinção entre a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*. A *ratio* consistiria nos motivos determinantes de um julgamento, ou seja, os fundamentos centrais e necessários para se chegar a uma dada conclusão na análise do caso judicial (Fuga, 2022, p. 381). O *obiter dictum*, ao contrário, seria a parte da decisão que não seria verdadeiramente indispensável para a solução do caso, podendo ser excluída sem que haja alteração no resultado do julgamento. Ainda, adota-se no common law o conceito de holding, muitas vezes utilizado de forma intercambiável com a *ratio*, mas que diria respeito, de forma mais específica, à norma legal que determina o resultado do caso (Schauer, 2009, p. 54).

Ainda que os fatos da *ratio decidendi* possam adquirir distintos níveis de generalização, cabe invariavelmente ao julgador atual escolher quais fatos fornecem as razões a generalizar (Alvim, 2023, p. 240). A seleção desse conjunto fático pela corte subsequente deve se ater ao seu contexto e se atentar “para os julgados anteriores e, principalmente, posteriores ao precedente, que possam explicar o significado de declarações contidas no precedente sob interpretação” (Marinoni, 2012, item 2.6). Contudo, carece de definição consensual qual seria o critério interpretativo adequado para se definir com precisão como selecionar os fatos e a regra jurídica deles derivada que compõem a *ratio decidendi*.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p109-141>

No início do século XX, o jurista estadunidense Eugene Wambaugh propôs um critério para essa seleção por meio do conceito epônimo “inversão de Wambaugh”. Sugere o autor que seja realizada uma inversão do significado das proposições jurídicas contidas na decisão. Caso a conclusão mantenha-se hígida mesmo diante da inversão, estar-se-ia diante de uma proposição *obter dicta*, encontrando-se a *ratio decidendi* sempre que a proposição invertida impedir a sustentação lógica da decisão (Bizarria, 2022, item 3). A crítica mais comum à proposta de Wambaugh se relaciona aos casos em que o juízo adotou dois ou mais fundamentos determinantes aptos a caracterizar uma *ratio decidendi*. Nesse caso, ambos os fundamentos poderiam ser invertidos sem que houvesse a derrocada da decisão, o que tornaria imprestável o método para identificação genuína da *ratio* (Marinoni, 2012, item 2.1).

Outra proposta notória para este critério de seleção é aquela do jurista Arthur Lehman Goodhart, segundo o qual a *ratio decidendi* é extraída dos fatos materiais considerados pelo magistrado como relevantes para a formação de sua convicção. Dá-se especial destaque aos fatos da decisão, colocando-os como protagonistas reais da vinculatividade. Quando não há indicação expressa pelo juízo de quais fatos seriam efetivamente materiais, Goodhart fornece alguns critérios para identificação de quais fatos seriam materiais. Todos os elementos acidentais do conjunto fático, como informações sobre lugar, gênero, pessoa ou quantidade, via de regra, não são integrantes da *ratio*. A análise dos argumentos jurídicos exarados pela corte e da definição da regra de direito resultante da análise dos fatos seriam indicativos seguros para a identificação desses fatos materiais (Marinoni, 2012, item 2.1).

Contudo, permanecendo certa margem de indeterminação na seleção destes fatos materiais, a doutrina de língua inglesa seguiu fornecendo contribuições como forma de consolidar a proposta de Goodhart. Rupert Cross, nesse sentido, definiu que a *ratio* seria a regra jurídica adotada como necessária para se chegar a conclusão do caso. Dada a incerteza existente sobre o que seria uma etapa efetivamente necessária, Neil MacCormick propôs substituir a ideia de necessidade na tese de Cross pela ideia de suficiência, definindo que a *ratio* seria a notação jurídica dos fatos que fosse suficiente para decidir uma questão jurídica (Bizarria, 2022, item 3).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p109-141>

Nem toda decisão judicial está apta a criar um precedente. Decisões de 1ª instância notadamente não apresentam caráter vinculante. No sistema inglês, apenas os tribunais de mais elevada competência poderiam criar precedentes no sentido técnico do termo (ANDEWS, 2020, item I). No caso brasileiro, ainda que haja certa discussão sobre em que medida as decisões de tribunais recursais instituem precedentes, tem-se por certo que essa função compete sobretudo aos tribunais de vértice do sistema, isto é, aos tribunais superiores cuja função é a tutela do direito objetivo, preservando valores de segurança jurídica, estabilidade, racionalidade e igualdade formal, de modo a conferir uma aceitabilidade objetiva de justiça aos valores jurídicos (Arenhart; Pereira, 2019, item 1).

No processo civil brasileiro, a lógica de precedentes ainda se encontra em paulatina construção mediante adaptação de institutos do *common law* e criação de mecanismos próprios de nosso ordenamento. A *ratio decidendi* não encontra lugar definido na estrutura tradicional da decisão judicial - relatório, fundamentação e dispositivo -, sendo extraída de elementos integrantes das três partes da decisão simultaneamente. O dispositivo, ao garantir a coisa julgada material e a consolidação da segurança jurídica para as partes envolvidas no litígio, não esgota o significado da *ratio decidendi*. Mais do que fornecer estabilidade aos litigantes do caso em questão, a *ratio* enquanto leitura complexa dos fatos materiais da decisão pretende garantir estabilidade a todos os jurisdicionados, vinculando futuros julgamentos sem se confundir com a figura tradicionalmente conhecida da coisa julgada (Marinoni, 2012, item 2.1).

Neste ponto, surge a discussão sobre qual seria o juízo responsável pela criação do precedente, o juízo pretérito ao proferir a decisão, ou o juízo subsequente ao interpretar e selecionar os fatos da decisão pretérita. Contudo, qualquer que seja a posição tomada, tem-se necessariamente duas *ratio decidendi*, uma imiscuída na decisão pretérita e outra formada pelo juízo do caso atual. Na classificação de Julius Stone, a primeira delas seria denominada *ratio decidendi* descritiva e a segunda *ratio decidendi* prescritiva (MARINONI, 2012, item 2.1). A questão fundamental seria saber

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p109-141>

qual dessas duas seria obrigatória, isto é, em qual delas reside o preceito de vinculatividade, sendo esta uma questão ainda em aberto e sem consenso na doutrina.

Sobretudo após a ascensão do neoconstitucionalismo, operou-se uma aproximação entre os princípios de *common law* e de *civil law*, de modo que os juízes brasileiros cada vez mais passaram a se preocupar com essas definições teóricas. De modo geral, os precedentes no cenário brasileiro ainda apresentam função eminentemente persuasiva, assumindo aos poucos alguns aspectos de vinculatividade. A adoção de técnicas como cláusulas gerais obriga os magistrados a se aproximarem dos fatos, mediando sua interpretação e aplicação do direito a casos concretos a partir de um olhar atento para decisões passadas que progressivamente desenvolvem maior fator de influência (Marinoni, 2012, item 3.1).

Contudo, na prática processual, levantamento realizado pelo CNJ demonstra que a utilização de precedentes ainda carece de fundamentação adequada, de modo que são aplicados de forma abstrata como que num simples processo de subsunção (Bustamante, 2015, p. 146). Isso se deve, em alguma medida, aos mecanismos atípicos de resolução de demandas massificadas criados pelo Código de Processo Civil de 2015, quais sejam, o incidente de resolução de demandas repetitivas, o incidente de assunção de competência, o julgamento de recursos especial e extraordinário repetitivos e o julgamento de recurso extraordinário em regime de repercussão geral. São estes mecanismos especiais de resolução massificada de demandas que, em que pese muito se aproximem da lógica de precedentes, com ela não se confundem. Em que pese se voltem à proteção da isonomia e da segurança jurídica, exigem uma espécie de aplicação massificada que se distingue da função primária do precedente unitário (Arenhart; Pereira, 2019, item 3).

A tese jurídica firmada ao fim da aplicação destes mecanismos abstrai de qualquer substrato fático e adquire feição de uma norma geral que pode ser aplicada independentemente de os fatos do caso sob questão serem análogos àqueles do caso que deu origem à tese. Distintamente da aplicação de precedentes, a invocação de um fato particular não obsta a aplicação da tese estabelecida, o que demonstra uma diferença fundamental nos institutos e uma influência de grande relevo do *civil law*

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p109-141>

sobre essa forma de fixação de teses gerais e abstratas por meio da atuação dos tribunais (Arenhart; Pereira, 2019, item 3).

Uma vez que a tese jurídica é formada em um caso específico, a observância do contraditório adequado exige que a replicabilidade da tese firmada esteja adstrita aos casos idênticos àquele em que houve sua formação, sob pena de violação dos limites de atuação do poder judiciário incumbido de responder apenas as questões jurídicas que lhe são trazidas (Alvim, 2023, p. 255). Assim, distintamente da *ratio decidendi* integrante dos precedentes, a tese é necessariamente estabelecida pelo primeiro julgador, não havendo qualquer autonomia da corte subsequente em rediscutir seu âmbito de aplicação (Alvim, 2023, p. 255). Conclui-se que o mesmo julgado apresenta simultaneamente uma tese jurídica e uma *ratio decidendi*, ambas vinculantes, mas esta última mais abrangente que a primeira, visto que se estende a casos análogos por meio de suas razões generalizáveis e é aplicável independentemente do regime de afetação da demanda (Alvim, 2023, p. 257). Assim, a tese seria, em realidade, um conteúdo parcial da *ratio*, isto é, uma hipótese específica de incidência do raciocínio firmado pelo precedente, mas que apenas pode ser aplicada a casos idênticos e perfeitamente subsumidos ao conteúdo da tese (Alvim, 2023, p. 271).

Assim, os precedentes especiais consagrados pelo ordenamento jurídico brasileiro observam lógica distinta da abordagem de precedentes feita pelos sistemas anglo-americanos, sendo dotados de peculiaridades relevantes. Contudo, em que pese a insuficiência do código processual a este respeito, nada obsta que o ordenamento brasileiro adote e consolide práticas desse sistema derivado do *common law*, sendo necessário, para tanto, ajustes no modelo decisório brasileiro com o redimensionamento dos precedentes na ordem institucional brasileira (Arenhart; Pereira, 2019, item 4).

5 CORRELAÇÕES E INTERSECÇÕES ENTRE O MINIMALISMO JUDICIAL A TOMADA DE DECISÕES BASEADA EM PRECEDENTES

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p109-141>

Ainda que *prima facie* as propostas do minimalismo judicial e os preceitos de um sistema de precedentes tratem de problemas diversos na seara processual e filosófica, muitos são os pontos de intersecção entre estas teorias, sendo tal relação objeto de estudo pelo próprio Cass Sunstein. Nesta seção, pretende-se investigar quais as correlações mútuas entre estas duas abordagens da decisão judicial, perscrutando-se em que medida a adoção de uma postura minimalista por cortes e magistrados teria o condão de oxigenar e consolidar o sistema de precedentes, sobretudo na realidade brasileira.

Uma das problemáticas centrais da decisão com base em precedentes é a identificação pelo magistrado de qual caso pode ser utilizado como um precedente e, em sequência, tendo em vista a ausência de perfeita identidade entre o substrato fático de dois casos, selecionar qual similaridade relevante autoriza a fundamentação do caso atual tendo por base o entendimento pretérito (Schauer, 2009, p. 45). Ainda que se considere a simples similaridade fática, isto é, da natureza, a caracterização jurídica da realidade pode fazer com que duas situações faticamente idênticas ou similares possam ser substancialmente distintas no âmbito de análise judicial. Por exemplo, duas pessoas podem estar utilizando um relógio idêntico, mas apenas uma delas seria legítima proprietária, ao passo que a outra pessoa teria adquirido ilicitamente o bem (Schauer, 2009, p. 47-48). O raciocínio jurídico aplicável sobre cada uma das situações seria radicalmente diverso, de modo que a apreensão da *ratio* decorreria de um raciocínio analógico complexo e juridicamente embebido a fim de que não haja a sua utilização inadequada.

Nesse contexto, a utilização do raciocínio analógico em um sistema de precedentes foi objeto de estudo atento de Sunstein. O autor concorda com Schauer ao afirmar que a grande dificuldade de raciocinar analogicamente é estabelecer quando as diferenças entre os casos são relevantes (Sunstein, 1993, p. 745). Na visão do jurista, o raciocínio analógico apresenta quatro aspectos principais: i) fundamentação em consistência; ii) foco em elementos particulares; iii) acordos não completamente teorizados e iv) operação em baixo ou médio nível de abstração. Assim, primeiramente o raciocínio analógico se pauta sobre um ideal de coerência e consistência que visa

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p109-141>

preservar a uniformidade de entendimentos. Em segundo lugar, este raciocínio se desenvolve a partir de controvérsias concretas e os princípios decisórios são extraídos de detalhes fáticos do caso e não derivados de uma legislação superior e externa ao conteúdo (Sunstein, 1993, p. 746).

O terceiro aspecto fundamental mencionado por Sunstein é também uma das características fundamentais da proposta minimalista da decisão judicial: os acordos não completamente teorizados. Tal aspecto decorre do fato de que o raciocínio analógico funciona sem recorrer a uma teoria compreensiva destinada a determinar os fins almejados em uma decisão judicial. Sem uma teoria de larga escala para explicar este raciocínio, os magistrados apenas recorrem a princípios e entendimentos já estabelecidos anteriormente sem se aprofundar sobre seu mérito indicando especificações ou desenvolvimentos teóricos para fundamentar a decisão atual (Sunstein, 1993, p. 747). Em consonância com a abordagem minimalista, evita-se uma análise ampla e profunda, resolvendo-se o caso com estrita menção a outro caso análogo e pretérito, deixando de haver nova e extensa atribuição de significado aos valores jurídicos em jogo. Evita-se intromissão desnecessária no mérito de questões controvertidas diante da opinião pública pela simples menção à *ratio* de um precedente.

Este preceito se relaciona também com o último aspecto mencionado do raciocínio analógico: o seu desenvolvimento em níveis baixos ou médios de abstração. Em consonância com a superficialidade decisória defendida pelo minimalismo, a analogia deixa de adotar alguma visão moral ou filosófica substancial, não manifestando tendência aos princípios gerais de bem e justiça. Assim, a decisão permanece em um nível de abstração rente aos fatos e que não divaga por grandes sistemas teóricos complexos (Sunstein, 1993, p. 747).

Dessa forma, analogias não são simplesmente padrões de fatos não sistematizados no entorno de algum princípio específico, são uma forma de se refletir sobre casos polêmicos sem se perder em complexidades desnecessárias constituindo uma relação entre eles e permitindo a revisão de princípios a partir de confrontações entre casos (Sunstein, 1993, p. 779). Esta abordagem metodológica permite uma enorme abertura cognitiva para novos fatos e perspectivas, mostrando-se pluralista

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p109-141>

como uma decisão minimalista pretende ser, fornecendo espaço para que a discordância se reverta em consenso sobre um fundamento único vinculante (Sunstein, 1993, p. 782).

Em contraposição ao juiz Hércules de Dworkin, criador de soluções gerais e definitivas sobre casos judiciais, Sunstein sugere a figura do juiz Harlan, um magistrado comum dotado das limitações naturais de todo juiz, sem a capacidade de tempo e pensamento necessária para responder de modo substancial e absoluto todos os casos que lhe são postos. Assim, enquanto as decisões do juiz Hércules seriam definitivas e imutáveis, congelando um resultado único para os litígios, o juiz Harlan estaria diante de um cenário dinâmico, permitindo, mediante uso da analogia e decisões por meio de precedentes, grande contribuição para a evolução moral da sociedade em um cenário consciente das restrições naturais que atingem os juízes reais (Sunstein, 1993, p. 786). Esta seria outra vantagem geral da utilização de precedentes na decisão judicial e que estaria de acordo com as pretensões de simplificação e celeridade do minimalismo.

A utilização de precedentes obriga que os juízes tomem decisões a partir de casos e soluções das quais discordam. Esta posição busca garantir o equilíbrio institucional do poder judiciário, legitimando-o enquanto ente integrante do sistema democrático ao defender uma coerência geral das decisões que se opõe ao arbítrio ou ao ativismo judicial (Sunstein, 1993, p. 787). Assim, nos mesmos termos almejados pelo minimalismo judicial, garante-se uma autocontenção do poder judiciário ao limitar ingerências ou decisões maximalistas que monopolizem a atribuição de significado aos valores jurídicos, assim como preserva-se em equilíbrio a posição institucional indispensável do poder judiciário.

Destituído de uma teoria unitária sobre o bom ou correto na prolação de decisões, o raciocínio analógico com base em precedentes permite visualizar distintos bens e valores envolvidos em um julgamento, autorizando a busca de similaridades e diferenças neste processo de visualização de valores (Sunstein, 1993, p. 789). Sem se comprometer com um ponto de vista em específico, esta forma de raciocínio baseada em preceitos simples de *stare decisis* e vinculatividade, garante que pessoas que discordam em termos de ideologias gerais ou princípios abstratos entrem em

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p109-141>

convergência sobre soluções particulares para os casos sob análises (Sunstein, 1993, p. 791). Em síntese, como compreendido pelo próprio Sunstein, o raciocínio analógico em um sistema de precedentes possibilita o cenário ideal para a implementação de acordos não completamente teorizados no âmbito das decisões judiciais, cumprindo com os objetivos do minimalismo judicial e fornecendo um mecanismo decisório que, por excelência, simplifica a profundidade e a amplitude da decisão, fornecendo aparatos de extrema eficiência para constituição do minimalismo na prática processual junto aos tribunais.

No sistema inglês de precedentes, a proposição normativa constituída, via de regra, está contida em um conjunto pequeno de frases. Mesmo os fundamentos da *ratio* são resumidos no cabeçalho da decisão de forma a se garantir uma maior clareza, dispensando elucubrações com temas secundários ou não essenciais ao julgamento (Andews, 2020, item II). A citação de muitas autoridades argumentativas pelos litigantes é vista como negativa ao enfraquecer o impacto da fundamentação. Assim, o maior poder de convencimento decorre da menção expressa e direta de um único precedente que permita resolver de modo claro o conflito, recorrendo-se à exposição de um cuidadoso raciocínio analógico quando necessário (Andews, 2020. Item III). Tamanha é a preocupação dos ingleses com a brevidade e a clareza das decisões, dispensando-se argumentações excessivamente robustas e abstratas, que discute-se a fixação de um limite de palavras para cada decisão, almejando-se limitar complexidades desnecessárias e restringir o conteúdo decisório àquilo que é essencial para compreender a adequação do precedente ao caso em análise (Andews, 2020, item V).

No direito processual brasileiro, a estrutura tripartite da decisão judicial (relatório, fundamentação e dispositivo), é bastante relevante para fins de identificação dos limites da coisa julgada material, instituto indispensável para a estabilidade e a segurança jurídica entre as partes. Contudo, tal estrutura, distintamente daquela adotada pelo direito inglês, não traz qualquer facilitação para a identificação da *ratio decidendi*, que resta imersa em meio às extensas fundamentações sem qualquer indicação clara de qual raciocínio jurídico da decisão teria eficácia vinculante numa sistemática de precedentes (BIZARRIA, 2022, item 4). Desse modo, a identificação da *ratio decidendi*

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p109-141>

no direito brasileiro dependeria de uma leitura atenta de toda a decisão, recaindo sobre uma análise dos fatos relevantes considerados na decisão, no raciocínio lógico de aplicação da norma, na decisão aplicada e na identificação de quais seriam os elementos indispensáveis para a justificação da solução adotada (Bizarria, 2022, item 4).

Principalmente no julgamento realizado pelas cortes superiores, adota-se grande elastecimento nas discussões preparatórias para a decisão por meio da adoção de institutos como *amicus curiae* ou audiências públicas que expandem a abrangência do conteúdo decisório e adicionam grande complexidade e peso sobre o juízo a ser proferido. Ainda que tais institutos sejam de grande valia ao atender princípios processuais relevantes, tal abordagem direciona a decisão a um nível mais intenso de abstração com a análise da questão jurídica sem se ater necessariamente ao substrato fático que compõe o caso sob análise (Bizarria, 2022, item 4). Assim, o desenho institucional das cortes nacionais e o modelo decisório adotado pelas normas processuais cria dificuldades à implementação de uma verdadeira lógica de precedentes, que depende da difusão de uma cultura específica com o comprometimento dos magistrados em desenvolver decisões compatíveis e adequadas com os princípios fundantes dessa sistemática.

Não se cogita que a corte crie uma *ratio decidendi* pesada e que vede futuras deliberações sobre a temática. Ao contrário, nos termos preconizados pela lógica minimalista, a corte passa a ficar adstrita à análise dos fatos que lhe são trazidos, mas o debate acerca da questão jurídica disputada segue sendo alvo do escrutínio da opinião pública que, a partir de outras instituições da sociedade civil, pode com maior cuidado e pluralidade debater esses temas do ponto de vista político, moral ou econômico (Tovar, 2017, p. 4).

Dentro do âmbito estrito do judiciário, é comum identificar questões às quais se apresentam duas *ratios* distintas, mas que levam à mesma conclusão para solução do caso. Nesta hipótese, caberia ao próprio juiz fazer uso de sua discricionariedade, elegendo, por meio de sua livre convicção, qual delas seria a mais adequada para o caso sob análise, mas também qual teria prospectivamente as melhores condições de

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p109-141>

ser fixada para fins de influenciar decisões futuras (Marinoni, 2012, item 2.4). Contudo, pela lógica tradicional do *common law*, a dificuldade neste tipo de situação decorre de uma necessidade de solução do caso e não de uma solução das questões jurídicas que nele se encontram em discussão. Assim, vê-se com desconfiança a possibilidade de escolha feita pelo magistrado, visto que isso iria cindir a interpretação em construção pela aplicação em cadeia de um dado precedente. Mesmo que ambas as soluções resolvam a questão jurídica em debate, a preocupação do sistema de precedentes é externa ao mérito e pretende unicamente que o caso seja resolvido de forma coerente, previsível e estável (Marinoni, 2012, item 2.4). Portanto, o que se busca não é a resolução de um problema legal, mas sim a resolução de um caso concreto, tal como um acordo não completamente teorizado que faça estritamente aquilo que é necessário para se prover a tutela jurisdicional.

Resta clara a existência de relevantes pontos de convergência entre o minimalismo judicial de Sunstein e a lógica do sistema de precedentes judiciais. O funcionamento ideal do julgamento por precedentes acaba por atender a muitos dos objetivos propostos pela teoria minimalista da decisão judicial, sendo possível afirmar que um juiz que decide em atenção aos preceitos do minimalismo pouco se distinguiria de um juiz que decide segundo as exigências de um sistema de precedentes. Assim, a implementação da hermenêutica minimalista pode ser vista como um meio de mitigar as distorções sofridas pelo conceito de precedente no direito processual brasileiro, sem que para isso fosse necessário abandonar o modelo desenhado pelo Código de Processo Civil vigente (Bernardes, 2019, p. 46).

A filtragem da fundamentação pela ótica minimalista tem o condão de purificar a *ratio decidendi* dos julgados, tornando-as mais evidentes e de fácil apreensão ao se desvincularem de amarras teóricas abstratas e complexas. Assim, a efetiva uniformização da jurisprudência poderia se construir sobre fundações estáveis, limitadas ao “núcleo de indispensabilidade” do raciocínio jurídico necessário para se solucionar uma controvérsia (Bernardes, 2019, p. 49). A preocupação com os ideais de estreiteza e superficialidade ainda tende a impedir que julgados excessivamente grandiloquentes causem repercussões negativas, ao estabelecer razões

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p109-141>

excessivamente amplas e abstratas, capazes de serem interpretadas de forma viciada ou arbitrária na forma de precedentes pelos julgadores futuros (Bernardes, 2019, p. 51/52).

Esta abordagem se torna capaz ainda de oxigenar o debate democrático entre as instituições, controlando o ativismo judicial ao deixar a atuação dos magistrados vinculada a entendimentos já sedimentados, sobretudo no âmbito das cortes superiores quando postas em face de temas jurídicos sensíveis. Esta autocontenção por parte dos tribunais se daria não apenas em relação à interpretação de cláusulas legais ou constitucionais, mas também em relação aos próprios julgados da corte, como expressão do *stare decisis* e como garantia de previsibilidade e estabilidade que permitisse a efetiva deliberação sobre bases solidamente construídas (Ziegler, 2016, p. 103). Não se pode olvidar que os magistrados também sofrem de pressões externas e influências pelos movimentos sociais, de modo que a autocontenção pela observância cuidadosa dos precedentes é uma das poucas formas de garantia da não monopolização do debate sobre direitos (Ziegler, 2016, p. 109). Como já afirmado, o raciocínio analógico, alicerce do sistema de precedentes, opera em um nível baixo ou intermediário de abstração. Deste modo, o consenso e a convergência no âmbito das decisões judiciais pode mais facilmente alcançado mesmo entre grupos políticos profundamente diversos, adotando-se posições que se aproximam de valores do senso comum ou da praticidade e permitindo uma relevante contenção dos juízes ao ingressar em temas sensíveis.

De modo geral, Sunstein defende que um ordenamento jurídico se direcionará ao minimalismo quando as antigas decisões maximalistas forem abandonadas, ou, alternativamente, quando se adotar maior rigor decisório, desprezando muitos dos fundamentos das decisões passadas como mera *obiter dicta*, ou reinterpretando-os como efetiva *ratio decidendi* (Bernardes, 2019, p. 31). Assim, a simples utilização da sistemática de precedentes não garante necessariamente a construção de um modelo decisório minimalista. Uma mesma *ratio* pode ser interpretada de forma restritiva no momento atual e, posteriormente, ganhar nova interpretação ampla e maximalista (Silva, 2011, p. 152). Desse modo, em que pese via de regra haja uma correlação

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p109-141>

íntima entre o raciocínio analógico do sistema de precedentes e um modelo decisório minimalista, não se trata de uma correlação necessária.

O balizamento decisório com base em precedentes em um viés minimalista busca dar passos comedidos sobre questões trazidas ao tribunal, abstendo-se de decidir sobre temas diversos como forma de não engessar o debate público ou a rediscussão do tema em um momento futuro pela comunidade política (Sunstein, 2008a, p. 833). A abertura para novas opiniões e perspectivas é característica essencial do minimalismo judicial e se relaciona com a plasticidade moderada da lógica de precedentes. Contudo, em que pese esta abertura existe, em certa medida, do ponto de vista interno do judiciário, ela se dá principalmente na esfera pública globalmente compreendida, sendo necessário o silêncio do poder judiciário para que haja o debate pela comunidade. O precedente surge então, como âncora e justificativa racional e legítima para esse silenciamento.

O julgamento baseado em precedentes implica em uma posição ponderada e moderada dos magistrados, ainda que não haja intenção deliberada de se promover um julgamento equilibrado ou mesmo a autoconsciência deste feito. O fato de que, ao aplicar um precedente, os juízes muitas vezes julgam a causa em um sentido diverso do qual julgariam caso pudessem realizar um julgamento desentranhado de qualquer referência de autoridade, demonstra justamente como a lógica de precedentes impulsiona um modo de julgamento menos radicalizado ou polêmico no que tange a valores morais e políticos em disputa (Sunstein, 2009, p. 1068).

A preferência geral do minimalismo por um julgamento baseado na replicação de padrões decisórios, e não na aplicação de regras gerais e abstratas, deriva da preocupação em se reduzir a quantidade e a magnitude de eventuais erros ou danos sociais decorrentes do resultado jurídico estabelecido. Por exemplo, uma decisão que decida especificamente sobre discriminação em razão do sexo no ingresso a instituições de ensino pode, a partir da interpretação dos valores constitucionais, entender pela vedação à discriminação. Contudo, o estabelecimento de uma regra geral proibindo discriminação em razão do sexo de qualquer natureza e em qualquer contexto, ao se descolar excessivamente da base fática do caso em concreto, pode

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p109-141>

causar problemas futuros, como no caso de distinções em competições esportivas. Deste modo, o precedente serve como mecanismo de controle de erros quando comparado com a elaboração de decisões amplas e complexas, não observantes da estreiteza de um dado cenário fático. Contudo, também não existe uma presunção geral em favor da estreiteza, de modo que em determinados contextos, decisões amplas e abstratas podem ser necessárias inclusive do ponto de vista dos precedentes (Sunstein, 2008a, p. 838).

No âmbito da justiça criminal, por exemplo, determinado precedente ou instituto é aplicado sistematicamente em todo o país, afetando diretamente a esfera de liberdade dos indivíduos e outros direitos fundamentais sensíveis. Assim, uma postura mais incisiva e proativa por parte dos tribunais superiores se mostra por vezes necessária como forma de impedir abusos ou violações graves. Nesse cenário, o minimalismo e a rigidez dos precedentes estabelecidos merecem certo grau de relativização sob pena de que os custos da decisão se tornem maiores em razão do próprio silêncio dos tribunais (Baldresca, 2015, p. 375).

O próprio precedente não pode ser entendido de forma leviana. A negligência com os fundamentos utilizados na decisão pretérita pode gerar equívocos e incertezas, viciando o propósito inicial do instituto e causando problemas futuros com a necessidade de retrabalho (Koehler, 2016, item 3). Assim, a simples adoção do minimalismo judicial não é garantia de estabilidade ou consolidação de um sistema de precedentes, sendo exigida atenção e comprometimento por parte dos magistrados e outros atores políticos envolvidos. Contudo, como restou exposto, ambas as abordagens da decisão judicial, o sistema de precedentes e o minimalismo judicial, apresentam múltiplas intersecções, sendo certo que a propagação de princípios minimalistas auxilia na construção de um ambiente arejado para o fortalecimento dos precedentes judiciais em uma relação de mútuo enriquecimento e retroalimentação.

6 CONCLUSÃO

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p109-141>

A partir da extensa análise bibliográfica realizada, tem-se por certo que o minimalismo judicial e a técnica de decisão baseada em precedentes possuem múltiplos pontos de intersecção. Ambas conferem enorme valor ao substrato fático e concreto dos casos judiciais, raciocinando em um baixo nível de abstração em atenção ao preceito da estreiteza. Da mesma forma, ambas as abordagens preconizam uma autocontenção do poder judiciário, restringindo a discricionariedade dos magistrados em prol de valores relacionados à isonomia e à segurança jurídica. Em decorrência desta autolimitação, as duas teorias promovem a elaboração de acordos não completamente teorizados, privilegiando a resolução dos casos trazidos ao judiciário em detrimento da resolução definitiva das questões controversas discutidas nestes casos. Ainda, ambos os aportes compreendem as limitações de tempo, de conhecimento e de recursos que acometem os julgadores, propondo soluções pragmáticas e modestas, atentas às condições concretas dos magistrados e do poder judiciário.

Portanto, o que se verifica, em síntese, é uma relação de mútuo reforço e contribuição recíproca entre o minimalismo judicial e a decisão baseada em precedentes. Assim como a técnica de precedentes é um mecanismo de grande valia para a concretização dos preceitos minimalistas, também o minimalismo fornece os valores e princípios necessários para a consolidação e a estabilização de uma cultura de precedentes.

Apenas uma análise empírica cuidadosa poderia atestar de forma categórica em que medida a difusão do minimalismo judicial entre os magistrados implicaria diretamente na valorização e no fortalecimento do uso do raciocínio analógico a partir de precedentes como critério de decisão. Contudo, o estudo preliminar realizado a partir de investigação bibliográfica permite identificar uma correlação relevante entre as abordagens, o que sugere que a proliferação de julgadores comprometidos com os ideais minimalistas contribuiria para a difusão e enriquecimento de uma cultura de precedentes no contexto vigente do ordenamento jurídico brasileiro.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p109-141>

REFERÊNCIAS

ANDEWS, Neil. Precedents in practice: the english experience. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 301, p. 381-397, mar., 2020.

ALVIM, Teresa Arruda. **A fundamentação das sentenças e dos acórdãos**. 1ª Ed. São Paulo: Editora Direito Contemporâneo, 2023.

ARENHART, Sérgio Cruz; PEREIRA, Paula Pessoa. Precedentes e casos repetitivos: por que não se pode confundir precedentes com as técnicas do CPC para solução da litigância de massa? **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, v. 10, p. 17-53, jul., dez., 2019.

BALDRESCA, Raecler. O papel dos juízes na interpretação constitucional: reflexões sobre ativismo, minimalismo e realismo no âmbito criminal. **Revista da AJUFE**, Brasília, p. 363-379, 2015.

BERNARDES, Bruno Paiva. Conjecturas sobre a aplicação do minimalismo judicial ao ordenamento jurídico brasileiro e sua democraticidade jurídica. 2019. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2019.

BIZARRIA, Juliana Carolina Frutuoso. Identificação do elemento vinculante do precedente: *ratio decidendi* x tese jurídica. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 333, p. 347-372, nov., 2022.

BOCCHINI, Caio Henrique. O minimalismo judicial e os parâmetros legais para a interpretação do direito brasileiro. 2020. Dissertação (Mestrado) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2020.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de (Coord.). **A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente do direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

FISS, Owen. The perils of minimalism. **Theoretical Inquiries in Law**, Tel Aviv, v. 9, p. 643-664, 2008.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. A teoria da transcendência dos motivos determinantes e o sistema de precedentes: a necessária compreensão da *ratio decidendi*, da tese e do dispositivo do precedente. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 325, p. 379-407, mar., 2022.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p109-141>

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. O sistema de precedentes vinculantes e o incremento da eficiência na prestação jurisdicional: aplicar a *ratio decidendi* sem rediscuti-la. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 258, p. 341-356, ago., 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica decisória e diálogo institucional: decidir menos para deliberar melhor. **SUPREMA - Revista de Estudos Constitucionais**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 49-85, jan./jun., 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de CPC - a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 918, p. 351-356, abr., 2012.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. **Ativismo judicial, moderação e o “minimalismo judicial” de Cass Sunstein**. In: XVI Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2007, Campos dos Goytacazes. Anais do XVI Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. v. único. p. 1384-1404.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. 1ª Ed. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SILVA, Alexandre Garrido da. **Hermenêutica institucional, supremacia judicial e democracia**. 2011. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

SUNSTEIN, Cass R. Beyond judicial minimalism. **Tulsa Law Review**, Tulsa, v. 43, n. 4, p. 825-842, jun./ago., 2008a.

SUNSTEIN, Cass R. Incompletely theorized agreements in constitutional law. **Social research**, Baltimore, v. 74, n. 1, p. 1-24, mar./jun., 2007.

SUNSTEIN, Cass R. Foreword: leaving things undecided. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 110, p. 6-101, 1996.

SUNSTEIN, Cass R. On analogical reasoning. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 106, n. 3, p. 741-491, jan., 1993.

SUNSTEIN, Cass R. Second amendment minimalism: Heller as Grisworld. **Harvard Law Review**, v. 122, n. 1, p. 246-274, nov., 2008b.

SUNSTEIN, Cass R. Trimming. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 122, n. 4, p. 1049-1094, fev., 2009.



<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p109-141>

TOVAR, Leonardo Zehuri; MOREIRA, Nelson Camatta. Fundamentação constitucionalmente adequada: o maximalismo, o minimalismo e o contributo do NCPC/15. **Revista Brasileira de Direito Processual**, v. 98, p. 173-214, 2017.

ZIEGLER, Joice Antonia; GAUER, Lessandra Bertolazi. Minimalismo judicial na visão de Cass Sustein: uma alternativa para a concretização da democracia. **Arquivo Jurídico**, Teresina, v. 3, n. 2, p. 94-111, jul./dez., 2016.