

A MATRIZ METODOLÓGICA DA OBRA “A CONSTITUTION OF MANY MINDS: REFLEXÕES SOBRE O SIGNIFICADO DE CONSTITUIÇÃO A PARTIR DO PENSAMENTO DE CASS R. SUNSTEIN

SUMÁRIO: 1. Objetivos; 2. Reflexões sobre o significado de constituição na obra de Sunstein; 3. Conclusões; 4. Referências bibliográficas

PALAVRAS-CHAVE: *Many minds argument*; hermenêutica constitucional; metodologia jurídica.

1. OBJETIVOS

O artigo objetiva analisar sob o espectro atual a relevância do *many minds argument* no processo hermenêutico para a significação da expressão Constituição. Para tanto, será utilizada como matriz metodológica a obra “*A Constitution of many minds*” de Cass R. Sunstein acerca do processo de valoração da opinião proferida pela coletividade como elemento concretizador da normativa constitucional.

2. REFLEXÕES SOBRE O SIGNIFICADO DE CONSTITUIÇÃO NA OBRA DE SUNSTEIN

Na obra “*A Constitution of many minds: why the founding document doesn’t mean what it meant before*” Cass R. Sunstein esclarece, no prefácio da obra, a delimitação do alcance da expressão “a constitution of many minds”. Para Sunstein, é relevante o fato de diversos indivíduos terem opinião sobre os temas e assuntos debatidos a nível social. A esse fato, alinha-se a consideração desses pontos de vista aos momentos de interpretação da Constituição. Interpretação que, de acordo com sua compreensão, não se restringe ao Poder Judiciário. Envolve, inclusive, opiniões sociais para a conformação da democracia¹.

O papel assumido pelo Poder Judiciário nas democracias constitucionais contemporâneas mostra-se extremamente significativo. Ao longo do século XX, os magistrados experimentaram uma mudança de posicionamento no cenário institucional, representada pelo recuo gradual da ausência de atividade criadora no que tange à interpretação legislativa – que cede espaço àquela tradicional subsunção – para atuar

¹ Sobre a interpretação da Constituição, confira (PEIXINHO, 2015a).

como agente concretizador dos anseios sociais e transformador da sociedade. A necessidade de incorporar considerações públicas relevantes às decisões referentes à legislação constitucional é o fator que justifica o *many minds argument*, princípio norteador da obra que analisa a interpretação constitucional a partir de três enfoques distintos: *o tradicionalismo, o populismo e o cosmopolitismo*. Sob essa vertente, Sunstein salienta o quão complexa a interpretação pode ser ao apresentar distintas correntes que disputam o modo pelo qual a hermenêutica constitucional pode se apresentar a fim de aprimorar a Constituição vigente.

No intuito de evidenciar o valor do debate do *many minds argument*, Sunstein recorre ao dissenso entre James Madison e Thomas Jefferson – ocorrido no período da aprovação da Constituição norte-americana – quanto ao método de alteração desse documento. Enquanto para Madison as mudanças constitucionais poderiam ocorrer apenas em situações extraordinárias, Jefferson sustentava que uma constituição deveria ser repensada pelas diversas opiniões de cada geração, permitindo, assim, que estivesse sempre aberta a reformas.

De acordo com os fundamentos expostos, Sunstein conclui que Madison tinha razão em seu argumento, uma vez que os Estados Unidos são governados por uma Constituição objeto de pouquíssimas modificações ao longo de mais de 200 anos. Adverte que a estabilidade constitucional é uma fábula e que na prática se efetiva o que ele denomina de “a vingança de Jefferson”: a Constituição norte-americana é objeto de constantes reformulações, não por meio de emendas formais, mas através de práticas sociais e interpretações que tornaram o documento atual diferente daquele datado de 1787. Portanto, a mudança constitucional advém dos julgamentos de inúmeras opiniões e por gerações sucessivas. (SUNSTEIN, 2009, p. 02-03).

O ponto central defendido por Sunstein na sua concepção de *minimalismo judicial* gravita em torno do acréscimo de possibilidades de agir por parte dos magistrados, que devem atuar de modo a evitar decisões que dificultem o debate e as tomadas de decisão na esfera legislativa. Nessa perspectiva, o Poder Judiciário atuaria consciente de seu papel fundamental nas instituições de uma sociedade democrática e plural, a promover práticas democráticas. O minimalismo judicial de Sunstein estabelece o Poder Judiciário como agente da democracia, ciente de suas limitações e atento à necessidade de ampliação do grau de responsabilidade (*accountability*) das decisões tomadas na sociedade. O minimalismo judicial se contrapõe ao ativismo judicial em que o juiz tem um papel destacado de “criação” do direito com uma matriz metodológica denominada

Constituição viva. “Esse paradigma encarna a convicção de que a comunicação entre jurisprudências pressupõe a existência, na interpretação, de certa margem de discricionariedade, sem a qual as decisões dos tribunais se tornariam rigidamente vinculadas e se cairia num terreno estéril” (Peixinho, 2010b, p.52).

A fim de corroborar sua tese a respeito da influência do *many minds argument* no processo de interpretação constitucional, Sunstein recorre ao Teorema do Júri de Condorcet: grupos agirão melhor do que indivíduos e grandes grupos, melhor do que os pequenos. Desse modo, o *many minds argument* se baseia na decisão da maioria, desde que essa maioria tenha chance de ter certeza ao menos em 50% de chance. Acredita o autor que o Teorema do Júri possa servir de parâmetro para a lei constitucional uma vez que, enfatizada “a aritmética por trás da teoria podem-se ter pistas de quando *many minds argument* faz sentido e quando falha”. (SUNSTEIN, 2009, p. 09).

As possibilidades de sucesso ou fracasso do *many minds argument* são analisadas por cada enfoque eleito por Sunstein. O primeiro deles é o *tradicionalismo*. Os adeptos dessa corrente interpretativa entendem que, no momento decisório de questões controvertidas, tradições estabelecidas há tempos devem ser levadas em consideração. Sunstein se refere ao *minimalismo burkeano*², que encontra alicerce nas teses de Edmund Burke, as quais enfatizam a necessidade de confiar nas experiências e especialmente na experiência de gerações demonstrando grande respeito pelas tradições.

Em uma segunda análise, o *constitucionalismo popular* considera que a interpretação constitucional requer julgamentos de princípios básicos, que demonstrarão ser mais confiáveis caso sejam praticados pelo público do que pelo Poder Judiciário. Sunstein analisa essa corrente interpretativa considerando três aspectos: (i) *public backlash* (compreendido como a intensa e sustentada desaprovação pública de uma regulação judicial, acompanhada de atitudes de resistência à decisão para retirar sua força legal); (ii) as consequências que podem advir de se ignorar o *public backlash*; e (iii) a adoção de uma forma de humildade judicial (*judicial humility*), que deveria ser encampada pelos juízes diante de casos pouco comuns e de grande relevância, para os quais não houvesse aprovação popular para o seu posicionamento inicial. Sunstein

² Sunstein adverte que existem vários modelos de minimalismo e que o *burkeano* é apenas um deles. As interpretações minimalistas caracterizam-se por se realizarem de modo superficial e limitado, considerando poder evitar, dessa forma, grandes equívocos e, por outro lado, mostrando um alto grau de respeito com aqueles que discordam em grandes questões. O que chama a atenção de Sunstein nessa corrente interpretativa é o fato de que as regulações minimalistas deixam amplo espaço para o debate e a discussão democrática.

reconhece que, de acordo com as visões mais convencionais sobre a interpretação constitucional, a opinião pública é considerada irrelevante, uma vez que a meta central da lei constitucional, ou pelo menos da revisão judicial, é impor supervisão e controle aos julgamentos públicos e, às vezes, até mesmo anular esses julgamentos.

Em última análise, Sunstein dedica-se ao *cosmopolitismo* constitucional. Verifica em quais hipóteses as cortes constitucionais devem considerar a jurisprudência estrangeira no momento de interpretar a Constituição. Ao avaliar o *many minds argument*, Sunstein acredita que poderia ser interessante para nações com sistemas democráticos jovens buscar informações nos julgamentos de democracias mais antigas como, por exemplo, Canadá, África do Sul, Hungria e Polônia. Em contrapartida, entende que nações com longa prática democrática (como os Estados Unidos) possuem elevado número de precedentes e a consulta à jurisprudência estrangeira tornaria mais complexa a decisão ao acrescentar outros elementos à análise.

3. CONCLUSÕES

Diante dos aspectos destacados na obra de Cass Sunstein, compreende-se que o *many minds argument* é invocado para demonstrar que, ao longo do tempo, diversas correntes interpretativas têm atuado, ao incorporar anseios populares, de forma que o próprio texto da Constituição norte-americana, no entendimento de Sunstein, não significa contemporaneamente aquilo que significou outrora. Contrastando com o entendimento de Bruce Ackerman³ a respeito dos momentos constitucionais em que o povo se manifesta, Sunstein considera que “[...] *constitutional change is not merely a product of “moments” in which mobilized citizens support large-scale reforms. There is a continuum from small changes, produced in periods of relative stability, to major ones, produced when crises or social movements call for significant departures*”. (SUNSTEIN, 2009, p. 06).

Sunstein reconhece que o apelo de Jefferson por mudanças constitucionais dirigidas popularmente não é abarcado por essa compreensão de alteração constitucional, haja vista que os mecanismos de mudança raramente invocam procedimentos formais, como Jefferson defendeu. Ao final, a compreensão de Constituição e dos processos de alteração delineados na obra por Sunstein sugerem que as mudanças constitucionais são processos contínuos de autointerpretação popular do texto original. Assim, Sunstein

³ Segundo Ackerman, existem duas formas de compreensão do processo político: a partir da *política constitucional* (que consiste nos momentos raros em que o povo é chamado a decidir questões políticas consideradas fundamentais); e a partir da *política normal* (aquela feita corriqueiramente pelo Congresso).

inhere que a Constituição deve ser mantida como documento vivo, atual e atualizável pelos anseios sociais.

Diante do panorama traçado importa refletir sobre a característica jurídico-política da sociedade contemporânea. Norberto Bobbio sustenta, em poucas palavras, que “*é possível distinguir, de modo útil, um ordenamento protetivo-repressivo de um promocional com a afirmação de que, ao primeiro, interessam, sobretudo, os comportamentos socialmente não desejados, sendo seu fim precípua impedir o máximo possível a sua prática; ao segundo, interessam, principalmente, os comportamentos socialmente desejáveis, sendo seu fim levar a realização destes até mesmo aos recalcitrantes*”. (BOBBIO, 2007, p. 15).

Um Direito comprometido em responder aos reclames e às necessidades sociais não se satisfaz apenas em conservar a realidade do texto legal, mas em incrementar seu conteúdo de acordo com as transformações apresentadas pela sociedade.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função**. Barueri: Manole, 2007.

SUNSTEIN, Cass R. **A Constitution of many minds: why the founding document doesn't mean what it meant before**. New Jersey: Princeton University Press, 2009.

_____. **One case at a time**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

PEIXINHO, Manoel Messias. **A Interpretação da Constituição e os Princípios Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2015a.

_____. **As Teorias e os Métodos de Interpretação Aplicados aos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen, Juris, 2010b.