



Universidade Federal do Piauí  
Programa de Pós-Graduação em Direito

**LETÍCIA MARIA SILVA ANDRADE MAGALHÃES**

Orientador: Prof. Dr. Nelson Juliano Cardoso Matos

**AS VIRTUDES PASSIVAS COMO TÉCNICAS DE AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL  
NA TEORIA DE ALEXANDER BICKEL: A PRUDÊNCIA E A ESCOLHA DE NÃO  
DECIDIR**

Teresina

2025

**LETÍCIA MARIA SILVA ANDRADE MAGALHÃES**

**AS VIRTUDES PASSIVAS COMO TÉCNICAS DE AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL  
NA TEORIA DE ALEXANDER BICKEL: A PRUDÊNCIA E A ESCOLHA DE NÃO  
DECIDIR**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

**Orientador:** Prof. Dr. Nelson Juliano Cardoso Matos

Teresina

2025

**LETÍCIA MARIA SILVA ANDRADE MAGALHÃES**

**AS VIRTUDES PASSIVAS COMO TÉCNICAS DE AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL  
NA TEORIA DE ALEXANDER BICKEL: A PRUDÊNCIA E A ESCOLHA DE NÃO  
DECIDIR**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. Dissertação defendida e aprovada perante banca julgadora abaixo assinada, em vinte e quatro (24) de fevereiro de dois mil e vinte e cinco (2025), às catorze horas e trinta minutos (14h30min).

Integrantes da Banca Julgadora:

Documento assinado digitalmente  
 **NELSON JULIANO CARDOSO MATOS**  
Data: 24/03/2025 09:16:05-0300  
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

---

**Prof. Dr. Nelson Juliano Cardoso Matos**

**Universidade Federal do Piauí**

Documento assinado digitalmente  
 **DEBORAH DETTMAM MATOS**  
Data: 07/03/2025 16:58:57-0300  
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

---

**Profa. Dra. Deborah Dettmam Matos**

**Universidade Federal do Piauí**

Documento assinado digitalmente  
 **ELDA COELHO DE AZEVEDO BUSSINGUER**  
Data: 10/03/2025 09:43:07-0300  
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

---

**Profa. Dra. Elda Coelho de Azevedo Bussinguer**

**Faculdade de Direito de Vitória**

Teresina

2025

## **DEDICATÓRIA**

Dedico essa dissertação à minha avó Maria que foi professora, diretora de escola e tinha um grande sonho de se formar e ver sua filha (minha mãe) formada. Te amarei sempre vovó. Dedico também essa dissertação a minha mãe Regina, a melhor pessoa da minha vida, professora e aluna da UFPI assim como eu, só que no Doutorado. Minha mãe acabou de defender sua tese um pouco antes de mim, fez minha primeira inscrição na seleção do Mestrado da UFPI em 2019 e é meu maior exemplo sobre nunca desistir. Meu amor por você é infinito, mamãe. Muito obrigada por tudo. Me sinto muito feliz em ser a 3ª geração da nossa família como professora.

“Melhor é o fim das coisas do que o começo delas”, Eclesiastes 7.8. Agradeço infinitamente a Deus por me conceder a graça de ter sido aprovada na seleção e ter tido a grande honra e alegria de aprender tanto com professores tão bons, numa jornada tão rica de novos conhecimentos. Agradeço muito a Deus por ter tido ânimo e perseverança para insistir até alcançar o final do Mestrado, visto que o início foi marcado por várias reprovações que me entristeceram na época mas que também me ensinaram muito e me fizeram crescer. Olhar hoje para mim mesma e ver quem eu me tornei ao longo desse processo, a minha evolução e o meu amadurecimento pessoal e intelectual me fazem ser muito grata a Deus por não ter desistido. Me sinto muito feliz por todas as conquistas alcançadas até aqui e por “não desprezar os pequenos começos” (Zacarias 4.10).

Agradeço muito a minha mãe Regina, a melhor pessoa da minha vida. Ainda me lembro do dia em 2019 quando você me mostrou o comprovante de inscrição da seleção do Mestrado em Direito da UFPI que tinha feito pra mim. Muito obrigada pelo incentivo diário, pela companhia, pelo exemplo, pelo encorajamento, pelos inúmeros conselhos e por jamais me deixar desistir. O seu amor e a sua dedicação são uma grande força e apoio em tudo na minha vida.

Agradeço muitíssimo ao querido Professor Nelson Juliano, o melhor orientador do mundo, popularmente conhecido como “o professor de todos nós”. Professor, tenho certeza que o senhor é uma pessoa que Deus colocou no meu caminho para me ajudar e me orientar, me apontando os melhores caminhos e me corrigindo para que eu pudesse me ajustar e crescer. Muito obrigada por toda a confiança depositada em mim, por acreditar no meu potencial, por cada conversa, cada ensinamento e cada oportunidade dada a mim. Meu ingresso e conclusão do Mestrado seriam impossíveis sem sua ajuda e orientação durante todo esse processo. Sou muito feliz em ter sido sua aluna e em ter sua amizade.

Agradeço muito à Professora Deborah Dettmam por ter feito a excelente recomendação na banca de qualificação do meu projeto de dissertação para ler as obras de Alexander Bickel. Sem a sua indicação eu não teria tido conhecimento e contato com essas obras e, consequentemente, não haveria essa dissertação. Sou muito feliz e grata em ter aprendido tanto com suas aulas tão ricas de conteúdos novos e leituras interessantes. Admiro muito sua sabedoria e elegância, a senhora é uma grande referência pra mim. Agradeço também aos meus queridos colegas de turma e demais professores que tornaram essa jornada muito mais feliz.

## RESUMO

Esta dissertação analisou as virtudes passivas como técnica de autocontenção judicial na teoria de Alexander Bickel, com ênfase na prudência e na escolha pela não decisão. Para Bickel, a prudência desempenha um papel crucial no contexto da revisão judicial, visto que se trata de uma virtude encontrada principalmente nos juízes e que manifesta sabedoria e racionalidade no processo de tomada de decisões. Para agir de modo prudente, Bickel apontou como estratégias as virtudes passivas. Diante da abordagem de Bickel, surgiram as seguintes perguntas que constituíram a problemática de pesquisa desta dissertação: como a suprema corte deve decidir de forma prudente de acordo com Alexander Bickel? Quais são e em que consistem as virtudes passivas na teoria de Alexander Bickel? As virtudes passivas funcionam como técnicas de autocontenção judicial? Para responder a essa problemática de pesquisa foram abordados os principais conceitos e apontamentos da teoria de Bickel, como a ideia de dificuldade contramajoritária, tensão lincolniana, acomodação tolerável, prudência, virtudes passivas, consentimento e princípios e valores duradouros. Toda a pesquisa foi conduzida com base na teoria de Alexander Bickel como marco teórico e teve como referência apenas o sistema jurídico dos Estados Unidos; não houve tentativa de aplicação da teoria de Bickel ao sistema jurídico brasileiro nem análise de institutos jurídicos do direito brasileiro, apenas do direito americano. Como conclusões desta dissertação constatou-se que o modelo de decisão prudente para Alexander Bickel é baseado numa sabedoria prática que se constitui numa arte de ter compromisso com a promoção de valores duradouros da sociedade, através do uso da racionalidade e da autocontenção. Para ser prudente em suas decisões é necessário, para Bickel, fazer uso de estratégias processuais de não decisão, as virtudes passivas, que se constituem em instrumentos ou institutos jurídicos que permitem ao tribunal não decidir ou decidir de forma mais superficial, como o *writ of certiorari*, a doutrina das questões políticas, da imprecisão e da delegação e o *second look*. Através do uso dessas virtudes o tribunal desenvolve sua prudência e se torna mais autocontido, abrindo espaço para a acomodação democrática.

**Palavras-chave:** Alexander Bickel; autocontenção judicial; prudência; virtudes passivas.

## ABSTRACT

This dissertation analyzed the passive virtues as techniques of judicial self-restraint in Alexander Bickel's theory, with an emphasis on prudence and the choice of not making a decision. For Bickel, prudence plays a crucial role in the context of judicial review, since it is a virtue found mainly in judges and that manifests wisdom and rationality in the decision-making process. To act prudently, Bickel pointed to the passive virtues as strategies. Given Bickel's approach, the following questions arose that constituted the research problem of this dissertation: how should the supreme court decide prudently according to Alexander Bickel? What are and what do the passive virtues consist of in Alexander Bickel's theory? Do passive virtues function as techniques of judicial self-restraint? To answer this research problem, the main concepts and notes of Bickel's theory were addressed, such as the idea of countermajoritarian difficulty, Lincolnian tension, tolerable accommodation, prudence, passive virtues, consent and lasting principles and values. All research was conducted based on Alexander Bickel's theory as a theoretical framework and used only the United States legal system as a reference; there was no attempt to apply Bickel's theory to the Brazilian legal system or to analyze legal institutes of Brazilian law, only of American law. The conclusions of this dissertation were that Alexander Bickel's prudent decision-making model is based on practical wisdom that constitutes an art of commitment to promoting lasting values of society, through the use of rationality and self-restraint. In order to be prudent in one's decisions, it is necessary, according to Bickel, to make use of procedural strategies of non-decision, the passive virtues, which constitute legal instruments or institutes that allow the court to not decide or to decide in a more superficial way, such as the writ of certiorari, the doctrine of political questions, of imprecision and delegation, and the second look. Through the use of these virtues, the court develops its prudence and becomes more self-restrained, opening space for democratic accommodation.

**Keywords:** Alexandre Bickel; judicial self-restraint; prudence; passive virtues.

## SUMÁRIO

|                                                                                                                                    |            |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>INTRODUÇÃO.....</b>                                                                                                             | <b>9</b>   |
| <b>CAPÍTULO 1 – A TEORIA DE ALEXANDER BICKEL SOBRE O JUDICIAL REVIEW.....</b>                                                      | <b>13</b>  |
| <b>1.1 A função dos tribunais e o propósito do legislativo.....</b>                                                                | <b>13</b>  |
| <b>1.2 A dificuldade contramajoritária, a oposição à democracia e a ideia de uma acomodação tolerável.....</b>                     | <b>25</b>  |
| <b>CAPÍTULO 2 – A EXPANSÃO DA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL E SUAS LIMITAÇÕES.....</b>                                                    | <b>32</b>  |
| <b>2.1 A expansão interpretativa na revisão judicial: breves considerações sobre o originalismo e o não interpretativismo.....</b> | <b>35</b>  |
| <b>2.2 Uma ideia de prudência, consentimento e progresso: da política para a Suprema Corte.....</b>                                | <b>55</b>  |
| <b>2.3 A tensão lincolniana e a legitimidade democrática do judiciário para promover valores duradouros.....</b>                   | <b>70</b>  |
| <b>CAPÍTULO 3 – AS VIRTUDES PASSIVAS COMO TÉCNICAS DE AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL.....</b>                                              | <b>81</b>  |
| <b>3.1 A virtude da prudência como estratégia de autocontenção judicial: a opção pelo não julgamento.....</b>                      | <b>81</b>  |
| <b>3.2 As virtudes passivas como técnicas decisórias e o mistério do tempo.....</b>                                                | <b>87</b>  |
| <b>3.3 O uso construtivo do silêncio: uma aproximação com o minimalismo judicial de Cass Sunstein.....</b>                         | <b>99</b>  |
| <b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>                                                                                                   | <b>106</b> |
| <b>REFERÊNCIAS.....</b>                                                                                                            | <b>109</b> |

## INTRODUÇÃO

O tema desta dissertação de Mestrado é “as virtudes passivas como técnicas de autocontenção judicial na teoria de Alexander Bickel: a prudência e a escolha de não decidir”. A problemática de pesquisa desta dissertação se desdobra nas seguintes perguntas: como a suprema corte deve decidir de forma prudente de acordo com Alexander Bickel? Quais são e em que consistem as virtudes passivas na teoria de Alexander Bickel? As virtudes passivas funcionam como técnicas de autocontenção judicial?

Toda a pesquisa realizada para a escrita da dissertação teve como marco teórico a obra de Alexander Mordecai Bickel, jurista nascido na Romênia (1924), professor da Universidade de Yale, associado a uma vertente realismo jurídico norte-americano e autor da obra *The Least Dangerous Branch* (1962), principal referência sobre o estudo da revisão judicial que inaugurou a discussão sobre a dificuldade contramajoritária das supremas cortes.

Essa temática se insere no PPGD/UFPI, que possui área de concentração em “Direito, Democracia e Mudanças Institucionais”. A presente dissertação se vincula à linha de pesquisa 1 do PPGD, que estuda “Mudanças Institucionais, Democracia e Efetividade do Direito”, sendo a temática 1.1 – judicialização da política e separação de poderes – específica de aderência da pesquisa realizada, em virtude da abordagem direta dos assuntos de ativismo judicial através da revisão judicial na suprema corte, necessidade de acomodação democrática entre os poderes e técnicas para autocontenção judicial.

Além da pertinência e aderência da temática da dissertação com a área de concentração e linha de pesquisa do PPGD, há também coerência com as linhas de pesquisa desenvolvidas pelo orientador da dissertação, Prof. Dr. Nelson Juliano Cardoso Matos, coordenador do República - Núcleo de Pesquisa Jurídica na UFPI. Dentro das áreas de sua atuação, conforme consta na plataforma Lattes do CNPQ, estão teoria do estado, direito constitucional e filosofia do direito, que são coincidentes e englobam a discussão dessa dissertação, justificando a escolha do tema.

Inicialmente, na fase de seleção para ingresso no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPI até o momento da banca de qualificação do projeto de dissertação, o objetivo era realizar uma pesquisa que envolvesse a autocontenção judicial como estratégia a se

contrapor ao modelo do ativismo judicial e judicialização da política. Ao estudar sobre autores que desenvolveram teorias sobre esse tema foi encontrada produção acadêmica mais vasta e bem desenvolvida na literatura estrangeira do que nos autores brasileiros, especialmente entre os autores americanos (dos Estados Unidos). O primeiro teórico que gerou identificação com esse tema foi Cass Robert Sunstein, com sua teoria do minimalismo judicial.

A partir da teoria de Sunstein foi desenvolvido o projeto de dissertação anterior, que possuía como objetivo específico realizar um estudo de caso complementar, de baixa complexidade, com decisões do STF no Brasil sendo analisadas a luz do minimalismo judicial. Entretanto, após advertências e recomendações da banca de qualificação do projeto de dissertação acerca da inviabilidade de importar e aplicar em casos no Brasil uma teoria pensada para um sistema jurídico diferente do brasileiro, houve uma troca em relação à teoria de referência para a dissertação.

Permanecendo dentro do tema da autocontenção judicial e ainda no contexto dos Estados Unidos, a banca sugeriu a leitura da obra de Alexander Bickel, cuja produção teve forte impacto no debate americano sobre o poder de revisão judicial da Suprema Corte. Após o contato com a obra de Bickel e o aprofundamento em sua obra justificou-se a alteração de tema da dissertação para um recorte de sua teoria – as virtudes passivas, técnicas para não decidir casos e favorecer uma acomodação democrática para a discussão dos temas pelo legislativo ou pela sociedade, favorecendo o amadurecimento do debate antes de uma tomada de decisão.

Em razão do desenvolvimento da teoria de Bickel com base no sistema jurídico americano, e considerando também as recomendações anteriores da banca de qualificação, se justificou a concentração da pesquisa da dissertação apenas no debate americano acerca do uso das virtudes passivas como técnica de autocontenção judicial.

Portanto, não foi objeto da dissertação o sistema jurídico brasileiro, nem análise de casos brasileiros ou uma tentativa de aplicação da teoria de Bickel à realidade brasileira. Toda a discussão se concentrou no sistema jurídico e no debate americano sobre a Suprema Corte e a autocontenção judicial por meio das virtudes passivas, com os institutos jurídicos que são próprios do modelo americano. A bibliografia brasileira de referência utilizada na dissertação foi complementar e tratou sobre o debate americano e seus respectivos institutos jurídicos, bem como sobre a teoria de Bickel, com algumas poucas analogias com institutos brasileiros a título ilustrativo da argumentação jurídica desenvolvida.

Ademais, em pesquisa realizada em 29/12/2024 na Biblioteca Brasileira de Teses e Dissertações, de domínio público, constatou-se que a busca da expressão exata “autocontenção judicial” no título resultou em apenas 4 trabalhos publicados. A busca da expressão “Alexander Bickel” em qualquer campo só resultou na localização de 1 trabalho publicado que mencionava o nome no corpo do texto, mas não tratava dele como assunto principal. Já a expressão exata “virtudes passivas” no título resultou em apenas 1 trabalho publicado. Portanto, constatou-se que existe escassez de publicações científicas a nível de dissertações e teses acerca do tema dessa dissertação, o que evidencia a necessidade de avançar e aprofundar as pesquisas e publicações sobre esse tema no Brasil, bem como também justifica a escrita dessa dissertação.

Diante das justificativas expostas, sob a ótica constitucional no sistema americano o direito e sua interpretação apresentam como um dos principais legados de sua constituição a ideia de progresso social – o uso do texto constitucional como um instrumento para a transformação e para propagar e perpetuar valores morais duradouros. Entretanto, a preocupação com a natureza possivelmente antidemocrática da revisão judicial levou Bickel a uma busca pela qualidade distintiva que justifica a prática estabelecida de revisão judicial, considerando o papel do judiciário e o exercício de seu poder em correlação com a democracia.

*The Least Dangerous Branch* dedica-se, quase inteiramente, a uma análise do papel da Suprema Corte e da natureza da revisão judicial. Bickel estava profundamente interessado, no entanto, no problema da representação democrática e tinha muito a dizer sobre isso em três de seus outros livros – *Politics and the Warren Court* (1966), *The Supreme Court and the Idea of Progress* (1970), e *The morality of consent* (1975). Tal como Bickel procurou defender a instituição exclusivamente americana de revisão judicial, também procurou defender aquelas características peculiares do sistema americano de democracia representativa que ele acreditava serem as condições para o seu funcionamento bem-sucedido.

A visão de Bickel da democracia americana foi moldada pela mesma perspectiva de prudência que informa a sua teoria da revisão judicial e, portanto, representa uma expressão inteiramente consistente da sua filosofia política. Numa democracia indireta os negócios públicos são conduzidos por representantes eleitos pelo povo e não pelos próprios cidadãos, que participam apenas por meio dos seus representantes.

Ainda assim, o problema central na teoria de Bickel não é quem tem legitimidade final para “dar a última palavra” na decisão de um caso. O cerne de sua preocupação é sobre o tipo, estrutura e qualidade das decisões judiciais proferidas pela suprema corte, como elas decidem

e especialmente como elas podem não decidir. Bickel faz uma associação com a prudência enquanto virtude de que os juízes dispõem, que os capacita a exercitarem a não decisão, permitindo a ação do tempo no amadurecimento da discussão na sociedade e no legislativo.

Ao mesmo tempo em que enuncia a prudência como uma virtude e um estilo de conduta ideal dos juízes, que permite assegurar a democracia apesar da revisão judicial ser uma força contramajoritária dentro do sistema, ele também aponta outras virtudes passivas que devem ser a base para esse modelo ideal de decisão. Diante disso se evidencia a problemática de pesquisa dessa dissertação, que se desdobra nas seguintes perguntas: como a suprema corte deve decidir de forma prudente de acordo com Alexander Bickel? Quais são e em que consistem as virtudes passivas na teoria de Alexander Bickel? As virtudes passivas funcionam como técnicas de autocontenção judicial? Partindo dessa problemática a dissertação foi desenvolvida, a fim de responder os questionamentos supracitados.

## **1 A TEORIA DE ALEXANDER BICKEL SOBRE O *JUDICIAL REVIEW***

### **1.1 A FUNÇÃO DOS TRIBUNAIS E O PROPÓSITO DO LEGISLATIVO**

O exercício da função judicial por parte dos tribunais ocupa grande parte da obra de Bickel, que se concentra de modo mais específico na função chamada de revisão judicial – o poder da Suprema Corte de decidir sobre leis ou atos de tribunais inferiores com base na constituição, partindo da premissa de sua superioridade normativa dentro do sistema jurídico, podendo revisar ou anular essas leis ou atos. Essa premissa é elementar dentro do sistema americano de revisão judicial, pois a constituição é considerada uma lei suprema e os atos legislativos ordinários devem estar em conformidade com ela (Bickel, 1986); se duas leis entram em conflito, o tribunal deve obedecer à superior.

Uma premissa fundamental para o exercício da função judicial que irá permear outros aspectos da obra de Bickel é a qualidade pessoal de quem julga, a posse de um grau de virtudes intelectuais e emocionais que permite tomar decisões melhores. Isso porque Bickel considera que o ato de decidir está entrelaçado com a definição e o refinamento de princípios que se constitui numa verdadeira arte dentro da revisão judicial (Kronman, 1985). Essa arte é compreendida por ele como uma espécie de sabedoria ou compreensão especial que somente alguns possuem e que, assim, pode fornecer orientação confiável e prudente na escolha da melhor decisão.

Isso faz parte do entendimento de Bickel de que os juízes seriam as pessoas adequadas e mais aptas a possuírem esse nível de sabedoria e prudência para exercitarem um melhor processo de definição e proteção de princípios e valores duradouros da sociedade. Apontar os tribunais como fonte dessa proteção significa acreditar que os juízes é que detêm um nível de familiaridade com a tradição moral dentro da qual se trabalha e um talento para combinar ou ampliar os elementos desta tradição de novas formas para resolver problemas anteriormente não resolvidos ou inexistentes (Kronman, 1985).

Essa ideia também está presente na literatura constitucional dominante nos últimos anos, que considera que os juízes devem, assim como propõe Bickel, fazer juízos de valor utilizando o método de raciocínio próprio ao discurso da filosofia moral (Ely, 2016). Isso se deve ao fato de que os juízes possuem ou deveriam possuir as necessárias isenção, formação e tempo disponível para, assim como os filósofos, estudar e buscar os melhores fins para o estado.

Considerando que na prática muitas vezes os juízes provêm do mesmo estrato social que os legisladores, a ideia é que em razão de sua posição de maior isenção e imparcialidade, por não se constituírem em atores politicamente representativos, os juízes estão mais aptos a fazer um melhor, mais seguro e prudente uso dos juízos morais em suas decisões (Ely, 2016).

A partir dessas premissas passa-se a função de revisão judicial em si; constata-se de início que não há controvérsia jurídica sobre a permanência no sistema jurídico de um ato contrário à constituição, mas que a questão principal é de quem é a atribuição para decidir sobre isso; e não somente quem possui esse poder mas como ele é exercido, de que modo um tribunal (no caso a Suprema Corte) decide num processo de revisão judicial, quais seriam os seus limites e possibilidades e qual a melhor forma de proteger os princípios e tradições da sociedade.

Sobre esse aspecto, a constituição dos Estados Unidos dispõe em seu artigo III, seção 1 e 2 que:

O poder judiciário dos Estados Unidos será investido em uma suprema corte, e em tribunais inferiores que o congresso possa, de tempos em tempos, ordenar e estabelecer. Os juízes, tanto dos tribunais supremos quanto dos tribunais inferiores, manterão seus cargos durante o bom comportamento, e, em tempos determinados, receberão por seus serviços uma compensação que não será diminuída durante sua continuação no cargo. A competência do poder judiciário se estenderá a todos os casos de aplicação da lei e da equidade ocorridos sob a presente constituição, as leis dos Estados Unidos, e os tratados concluídos ou que se concluírem sob sua autoridade; [...]. Nos demais casos supracitados, a suprema corte terá jurisdição em grau de recurso, pronunciando-se tanto sobre os fatos como sobre o direito, observando as exceções e normas que o congresso estabelecer. [...]

Observa-se que o referido artigo não pretende descrever a função do tribunal. Ele não pretende dizer ao tribunal como decidir casos; ele apenas especifica com quais tipos de casos o tribunal terá jurisdição para lidar. Além disso, a constituição delegou ao congresso a criação e regulamentação dos demais órgãos do judiciário, sendo a Suprema Corte composta por nove ministros (*justices*) que são nomeados pelo presidente e confirmados pelo senado, com mandato vitalício (Suriani, 2018). Apesar disso, desde o início atos judiciários deram à Suprema Corte jurisdição para revisar casos de tribunais estaduais nos quais é questionada a validade de um tratado ou estatuto dos Estados Unidos, presumivelmente sob a constituição federal (Bickel, 1986).

A Suprema Corte foi instituída pelo *Judiciary Act* de 24 de setembro de 1789 e sua primeira mudança significativa ocorreu em 1891, com a promulgação do *Evarts Act.*, que estabeleceu nove cortes federais de apelação e conferiu à Suprema Corte, pela primeira vez, a autoridade para rejeitar petições de *certiorari* em casos sem julgamento prévio de mérito, restaurando sua prerrogativa original como uma faculdade exclusiva da Corte (Suriani, 2018).

Portanto, ela está no topo do judiciário americano e possui competência revisional sobre todas as cortes federais e estaduais em casos relativos à legislação federal.

A maioria dos casos que chegam à Suprema Corte envolve sua função revisional, exercida por meio do *writ of certiorari*, cuja origem remonta ao direito inglês, estando associado ao poder do rei como autoridade estatal para resolver disputas (Suriani, 2018). Esse instrumento, no contexto jurídico americano, não é considerado um recurso garantido ao jurisdicionado. As cortes de apelação federais e as supremas cortes estaduais desempenham o papel principal na revisão de decisões judiciais e, em geral, são as instâncias finais nos processos, sendo poucos os casos que alcançam a suprema corte por meio do *certiorari*.

Com o *Judiciary Act* de 1925, a Suprema Corte adquiriu ampla discricionariedade para recusar a revisão da maioria dos pedidos de *certiorari*, reduzindo seu volume de trabalho em aproximadamente um terço; posteriormente, em 1988, o congresso aprovou uma legislação que praticamente eliminou os casos de apelação obrigatória, conferindo à Suprema Corte ainda mais liberdade para selecionar os casos que analisaria por meio do *certiorari* (Suriani, 2018). Atualmente, a Corte recebe cerca de 8.000 petições de *certiorari* por termo, mas aceita revisar apenas cerca de 1% delas, mantendo controle quase absoluto sobre sua pauta. Esse instituto jurídico é bastante abordado na obra de Bickel como um dos principais instrumentos para autocontenção judicial, e por isso passa-se a discorrer sobre algumas de suas peculiaridades e como elas refletem a função dos tribunais de não decidir, em especial na Suprema Corte.

A Suprema Corte resolve questões jurídicas controversas, mas não qualquer questão de direito. Ela se ocupa apenas de matérias que envolvem a lei federal, pois a própria Corte já estabeleceu que não tem competência para revisar decisões das cortes estaduais que tratem exclusivamente de questões relacionadas à legislação estadual (Scott, 2010). Essa atuação como um “juízo de correção” separa as decisões constitucionais (da Suprema Corte) de outras decisões governamentais importantes por não serem tomadas por pessoas eleitoralmente responsáveis, além de parecerem ser definitivas, visto que muitas vezes as decisões constitucionais não podem ser alteradas. Essa qualidade especial das decisões e funções da Suprema Corte fica mais clara quando se constata que nenhum estado deve ter o poder de estabelecer uma interpretação uniforme sobre a legislação federal, apenas o governo federal representa e pode vincular todos. E o tribunal – a Suprema Corte – é a única agência que pode ser usada para executar, em nome do governo geral, a tarefa final de emprestar uniformidade e autoridade nacional à construção e aplicação da lei federal em casos específicos (Bickel, 1986).

No *certiorari*, a análise do mérito do caso ocorre em uma etapa posterior, conhecida como *merit stage*, e a decisão de concedê-lo ou negá-lo não é pública nem acompanhada de justificativa porque ele não constitui um direito do litigante, mas sim uma prerrogativa discricionária da Corte (Suriani, 2018). Como a Suprema Corte não pode resolver questões em abstrato, a petição do *certiorari* deve ter relação com a resolução de um caso concreto; depois da petição pelo requerente, a parte contrária pode apresentar sua oposição em defesa, e dificilmente a Suprema Corte concede o pedido na ausência dessa resposta de defesa.

Esse é um dos filtros da Suprema Corte para não decidir pedidos. Ademais, a maioria dos pedidos de *certiorari* é simplesmente negada pela Corte sem que haja deliberação colegiada em razão de uma prática consolidada conhecida como *rule of four*, que exige o voto de, no mínimo, quatro ministros para que o pedido seja concedido (Cordray; Cordray, 2004). A votação ocorre durante a *conference*, uma sessão privada e fechada ao público, em que apenas os ministros participam, e eles não são obrigados a justificar os motivos de seus votos, seja pela concessão ou negativa. As discussões realizadas tendem a ser breves, ocorrendo antes da votação, o que faz com que essa etapa se caracterize mais como a soma de decisões individuais do que como uma deliberação coletiva (Suriani, 2018). Esse rito processual do *certiorari* favorece uma discricionariedade por parte da Corte, escolhendo não decidir – negar – os pedidos.

Um próximo filtro realizado pela Suprema Corte está ligado a motivações pessoais e a relevância da causa. As preferências pessoais dos ministros em relação a determinados temas jurídicos e a visão que cada ministro possui sobre o papel jurisprudencial da Suprema Corte também desempenham um papel relevante na escolha de decidir ou não. Na regra nº 10 do *writ of certiorari* é explícito que sua acolhida ou não na verdade não envolve uma questão de direito, mas sim o exercício de discricionariedade judicial, pois ele será aceito apenas quando houver razões extremamente convincentes para sua admissão (Suriani, 2018).

De acordo com Perry (1994), a Suprema Corte tende a rejeitar casos considerados frívolos, ou seja, aqueles baseados em circunstâncias excessivamente específicas ou que carecem de provas suficientes para fundamentar uma condenação criminal. Além disso, a Corte evita casos com contextos fáticos complexos que dificultem a formulação de uma decisão clara, bem como aqueles que envolvem questões intratáveis, isto é, situações em que não seria possível alcançar uma solução satisfatória. Essa prática está em consonância com a ideia de Bickel (1986) de que as questões que ainda não possuem um nível de maturidade em sua

discussão pública (na sociedade e na legislatura) não devem ser objeto de decisão por parte da Suprema Corte, tratando-se de um filtro de conteúdo e solidez da matéria fática e jurídica.

Em conjunto a esse filtro e de modo idêntico ao tratado por Bickel, existe uma decisão de esperar, adiando um pronunciamento judicial sobre o *certiorari*, nos casos em que a petição se trata de uma questão nova em que poucas cortes se manifestaram a respeito. Geralmente, a Suprema Corte aguarda o momento adequado para se pronunciar sobre determinadas questões, uma vez que, com o tempo e maior debate sobre o tema, as cortes inferiores tendem a chegar a um consenso. Esse processo é denominado *percolation*, no qual se espera que o tema amadureça antes de ser analisado pela Suprema Corte; caso isso não ocorra, entende-se que o tema não é suficientemente relevante para justificar uma intervenção da Corte (Suriani, 2018).

Bickel (1986) nomeia essa estratégia processual de um exercício prudente do poder de não decidir, uma virtude passiva dos juízes. Portanto, essa qualidade especial – as virtudes e a prudência – de decidir melhor é inerente aos juízes da Suprema Corte, visto que seria inadequado dar o poder aos juízes estaduais em tribunais de primeira instância para interpretar e aplicar a constituição ao validar estatutos federais, enquanto que os juízes federais, nos casos que chegam diretamente a eles, também precisam fazer isso. Os juízes federais é que precisam funcionar como porta-vozes da constituição nos casos provenientes de tribunais estaduais e nos casos de sua jurisdição originária também, retomando a ideia de atuar como um juízo de correção. O judiciário federal é superior na exposição da lei constitucional, e esta é uma característica permanente e indispensável do sistema constitucional americano (Bickel, 1986).

A partir desse entendimento resta a questão acerca de quando e como tomar essas decisões em revisão judicial. Para detalhar o que compreende ser a melhor e mais virtuosa postura do tribunal – a Suprema Corte – Bickel enuncia o que denomina de regra do erro claro, que serve para nortear os juízes em sua atuação. Isso porque ao desempenhar seu cargo limitado, os tribunais devem ser astutos para não invadir os poderes constituídos dos outros departamentos do governo. Assim, um estatuto poderia ser considerado inconstitucional somente "quando aqueles que têm o direito de fazer leis não cometeram apenas um erro, mas cometeram um erro muito claro — tão claro que não está aberto a questionamentos racionais" (Bickel, 1986).

Através da regra do erro claro Bickel aponta que apenas erros grosseiros por parte do legislativo autorizariam uma intervenção da Suprema Corte de modo mais incisivo de modo a proteger a constituição e seus princípios. Em conjunto com essa regra e para identificar o que

seria de fato um erro claro Bickel (1986) aponta que a constituição deixa em aberto uma gama de escolhas e julgamentos, de modo que qualquer escolha que seja racional é constitucional. Assim, quando a Suprema Corte exerce o poder de revisão judicial, deve ser o árbitro final do que é racional e permissível, e não deve ter mais nenhuma preocupação com escolhas políticas.

Essa construção do erro claro em conjunto com uma regra de racionalidade foi enunciada por Bickel (1986) citando casos como *McCulloch v. Maryland*, em que ficou estabelecido que a Corte poderia anular um estatuto somente se não pudesse ser racionalmente dito que procede de uma construção plausível da constituição; ou seja, se o legislativo cometeu um erro, deve ser "um erro muito claro" a fim de possibilitar a anulação por meio da revisão judicial.

A questão da irracionalidade é facilmente percebida em momentos de efervescência política, não é algo muito difícil de se identificar. Basta um cenário de uma legislatura mais agitada do que o normal, muito atenta ao propósito conveniente do momento, agindo “sob forte pressão, apressada, cansada, preguiçosa, equivocada ou, em verdade, ignorante; não é preciso uma legislatura lunática para promulgar medidas que sejam irracionais” (Bickel, 1986).

Portanto, a regra do erro claro geralmente produzirá decisões que sustentam a constitucionalidade das ações legislativas, servirá para isso. Não se trata de considerar que a deliberação legislativa é sempre dotada de excelência e cautela com as sutilezas do texto constitucional, mas sim de evitar que uma revisão judicial mais invasiva desencoraje a atuação da legislatura na consideração dos problemas constitucionais. A finalidade é promover uma acomodação da prática à democracia representativa, visto que os tribunais não são órgãos representativos, e a regra do erro claro limita a área de formulação de políticas judiciais, mantendo a função judicial distinta da legislativa e, portanto, capaz de ser justificada (Bickel, 1986).

Após considerar como evitar decidir de modo invasivo, para não se intrometer nas funções representativas do legislativo, foi traçado um modelo ideal de como devem ser essas decisões da Suprema Corte. A base desse modelo é a fundamentação nos princípios e valores duradouros da sociedade. Os princípios podem ser complexos, podem ter exceções, ressalvas e qualificações, e estar sujeitos a normas de ordem superior para a resolução de conflitos entre princípios concorrentes. Mas, de acordo com Bickel (Kronman, 1985), toda complexidade num princípio deve ser ela mesma baseada em princípios, isto é, deve ter sido introduzida por uma

razão moral semelhante àquela que levou à adoção do próprio princípio em primeiro lugar, e não simplesmente porque a opinião popular assim o exige.

Nunca é decidir por princípio se há uma limitação ou extensão de uma norma constitucional meramente para refletir opiniões majoritárias existentes, mesmo que a limitação ou extensão seja formulada em termos gerais que lhe deem uma aparência de princípio. Isto significa que, se o tribunal quiser manter o seu compromisso com os princípios, não poderá resolver a tensão lincolniana por meio do expediente simples e conveniente de ajustar os princípios que anuncia para se adequarem à estimativa do próprio tribunal sobre o que a maioria das pessoas quer ou está disposta a aceitar – atender a vontade popular (Kronman, 1985).

Portanto, a revisão judicial é o processo de princípios de enunciação e aplicação de certos valores duradouros da sociedade. A função constitucional do tribunal é definir valores e proclamar princípios. Esses valores devem, é claro, ter significado geral e aplicação imparcial. Quando os valores entram em conflito — como frequentemente acontece — o tribunal deve proclamar um como predominante, ou encontrar uma acomodação entre eles. O resultado é um princípio, ou um novo valor, ou um amálgama de valores, ou um compromisso de valores; deve, em qualquer caso, também ter significado geral e aplicação imparcial. O tribunal não deve basear seu julgamento em um princípio que pode ser incapaz de aplicação uniforme. E cabe às legislaturas, não aos tribunais, impor o que são meramente soluções de conveniência. Os tribunais devem agir com base em princípios verdadeiros, capazes de aplicação dotada de certa permanência. Quando não conseguem encontrar tal princípio, são obrigados a declarar a escolha legislativa válida; nenhum outro curso está aberto a eles (Bickel, 1986).

Isso faz parte da função educativa do tribunal, que deve seguir o caminho dos princípios, tentando discernir quais soluções para os problemas que enfrenta são racionais e boas. Na opinião de Bickel, a Suprema Corte nunca deve aspirar apenas a refletir; deve também liderar ou educar, e isto exige que encontre alguma forma de diminuir a tensão Lincolniana sem adaptar de modo deliberado e antecipado os seus princípios para garantir a sua aceitação social. O valor educativo de um princípio depende da sua qualidade aspiracional; se não tem a pretensão de levar adiante ou de melhorar a sociedade, não tem poder para instruir (Kronman, 1985).

Assim, também, quando há conflito entre valores que têm proteção constitucional, exigindo sua ordenação ou sua acomodação, o princípio de resolução deve ser neutro em um sentido comparável (tanto na definição dos valores individuais concorrentes quanto na abordagem que isso implica para a competição de valores). Os juízes não devem fazer em cada

caso o que parece justo para ele somente; em vez disso, eles devem agir como o imperativo categórico de Kant, e recusar-se a sacrificar o bem maior e mais universal em prol do bem mais restrito e menor, olhando para o contexto universal e moldando o seu julgamento em obediência ao interesse fundamental da sociedade (Bickel, 1986).

Portanto, o papel fundamental do tribunal é ser um protetor dos princípios e valores duradouros da sociedade, e decidir de acordo com eles. No caso da revisão judicial, ou a constituição controla o ato legislativo que é contrário a ela, ou o ato legislativo controla a constituição, com o resultado, no último caso, de que o legislativo tem o poder de alterar a constituição a qualquer momento que escolher fazê-lo por um estatuto ordinário. Entretanto, ocorrem casos em que o tribunal retém o julgamento constitucional e deixa de enunciar uma resposta. Essa conduta não necessariamente anula a função educativa do tribunal nem faz abandonar os princípios, porque as vezes a coisa mais importante a se fazer é justamente não fazer (Bickel, 1986). Trata-se de técnicas que permitem margem de manobra para a conveniência sem abandonar os princípios e que na verdade tornam possível um governo baseado em princípios – as chamadas virtudes passivas.

A Suprema Corte deve, antes de cada exercício do poder, perguntar a si mesma o quanto a ocasião exige o seu exercício, e frequentemente deve se abster porque a demanda não é importante o suficiente. O ponto fundamental é que o tribunal deve tomar cuidado para confinar sua função estritamente à necessidade que o evocou; isto é, foi e sempre foi necessário distinguir entre as fronteiras da autoridade de outro poder (a legislatura, por exemplo) e a do próprio tribunal, verificando o que não é de sua esfera de atuação (Bickel, 1986).

Logo, em litígios constitucionais a Suprema Corte tem o dever de “colocar o artigo da constituição que é invocado ao lado do estatuto que é contestado e decidir se este último se enquadra com o primeiro” (Bickel, 1986). A função da revisão judicial é desenvolver e aplicar, embora em uma esfera limitada, razões fundamentais de princípio nas quais basear as ações dos homens, e que devem ir além de meros interesses pessoais ou questões políticas.

Para chegar a esse objetivo existem alguns caminhos possíveis, através dos quais Bickel considera que a Suprema Corte exerce um poder triplo ao enunciar as técnicas das virtudes passivas: é possível que o tribunal descarte a legislação como inconsistente com o princípio, valide a legislação como legítima e consistente com o princípio ou simplesmente decida não fazer nada (Bickel, 1986). E é no ato de não fazer que reside o cerne da capacidade do tribunal de se acomodar na tensão entre princípios e conveniências políticas.

Como exemplo de maneiras de “não fazer” é possível negar jurisdição a um caso por ilegitimidade, rejeitar um caso por falta de maturidade, recusar um caso alegando uma “questão política” ou decidir de forma mais restrita, sem adentrar no mérito constitucional que é essencial ao pedido das partes. Alguns desses usos foram introduzidos anteriormente na abordagem sobre o *writ of certiorari*, e serão aprofundados nos próximos capítulos. Todas essas são estratégias processuais que consistem na essência das virtudes passivas enunciadas por Bickel (Kronman, 1985), técnicas de decisão para na realidade não decidir, assumindo uma postura passiva, de inatividade, ao contrário do ativismo que era visível na corte Warren à época da publicação de *The least dangerous branch*, que motivou a escrita dessa obra. O uso do qualificativo “passivas” ganha sentido quando se considera que, em regra, a corte decide ou pratica condutas “ativas” (Marinoni, 2022).

As virtudes passivas são, portanto, não apenas consistentes com um compromisso contínuo com os princípios, mas na verdade ajudam a sustentar esse compromisso, visto que elas não abolem a tensão entre princípio e consentimento, mas apenas adiam o momento em que deve ser confrontado diretamente (Kronman, 1985). Ao permitirem ao tribunal adiar a decisão, as virtudes passivas permitem-lhe explorar o que Bickel (1986) chama de “o maravilhoso mistério do tempo”. Quando as virtudes passivas são utilizadas para criar tempo para que a opinião popular se recupere antes de tomar uma posição de princípio, elas servem a missão educativa do tribunal, ajudando a facilitar a reforma lenta, mas deliberada da percepção e da atitude sobre a qual este (e todos os outros) processos da instrução moral depende.

Na verdade, é muito frequente que o próprio tribunal tenha dúvidas sobre qual é ou deveria ser o princípio de controle, e adiar o momento do julgamento final permite-lhe testar a sua própria compreensão da questão em termos de evolução, comparando-a com os fatos concretos de uma série de casos específicos (Kronman, 1985). Permitir o amadurecimento do debate da questão na sociedade e ser flexível às mudanças é importante no desempenho da atividade judicial.

É uma função da Suprema Corte — em sua esfera de competência — manter a continuidade em meio à mudança. A mudança deve ser um processo de crescimento e o novo não deve colidir com o antigo necessariamente; a mudança não deve ocorrer em espasmos violentos. O governo sob a lei é uma continuidade, não uma série de partidas bruscas e frescas; assim, o passado é relevante. Em torno dele, aglomeram-se maneiras estabelecidas de fazer e expectativas estabelecidas que, em prol da estabilidade e da justiça para com o indivíduo, devem

frequentemente, como uma questão de princípio, controlar a taxa de mudança na sociedade (Bickel, 1986).

A permissão para discussão na esfera legítima – na sociedade e na legislatura – é importante e deve ser incentivada pelo tribunal, e não limitada por ele. As generalidades constitucionais devem ser capazes de conter a maioria das diferenças e de abraçar qualquer resultado da maioria das provações de força política. Se uma constituição pretende resolver, em detalhes e para sempre, a maioria das questões que provavelmente serão o cerne das controvérsias políticas, ela convida ao abandono ou à emenda frequente. A familiaridade com a emenda gerará uma espécie de desprezo e incapacitará a constituição para sua efetividade, o que deve ser evitado, afinal a “constituição não é uma camisa de força, é um organismo vivo” (Bickel, 1986).

A tarefa do tribunal então é buscar e promover o consentimento, e a conformidade por meio do consentimento (Bickel, 1986). Significa apenas que a Corte, tendo anunciado seu princípio, e tendo exigido uma medida de conformidade inicial, retoma sua postura de receptividade passiva às queixas dos litigantes. O tribunal se colocou em posição de se envolver em um diálogo contínuo com as instituições políticas, deixando a elas a tarefa de dizer ao tribunal quais expedientes de acomodação e compromisso consideravam necessários.

A função dos tribunais é mergulhar na tradição da sociedade, na história e no sedimento da história que é a lei e até mesmo no pensamento e na visão dos filósofos e poetas a fim de extrair pressuposições fundamentais da moralidade em evolução e da tradição (Bickel, 1986). Desse modo, o julgamento irá repousar em pressupostos fundamentais enraizados na história aos quais pode ser atribuída uma aceitação generalizada, visto que refletem e protegem os valores duradouros da sociedade.

Por isso considera-se (Bickel, 1986) que a Suprema Corte é a instituição mais adequada para fornecer uma regra de princípio no tocante ao direito constitucional; é responsabilidade da Corte e espera-se que as outras instituições se submetam a sua autoridade em relação a esse aspecto. Os juízes então, em razão dessa autoridade constitucional, moldam a visão da sociedade sobre seus princípios duráveis.

Em razão disso constata-se que através da revisão judicial a Suprema Corte funciona como uma corte de última instância, em que na vasta maioria dos casos sua posição prevalece, com uma aceitação de suas decisões quase que de forma tácita ou automática, ainda que não seja uma concordância “de bom grado”. Isso decorre do pressuposto de que seja o que for

estabelecido pelo tribunal esse é o certo, ainda que na verdade seja errado, pois apenas o tribunal deve falar em nome da constituição e suas doutrinas não devem ser questionadas (Bickel, 1986). Quando o tribunal fala ele deve ser obedecido, existindo uma boa ordem e submissão pacífica a sua autoridade.

A isso Lincoln apontou de modo a ridicularizar essa premissa que uma decisão da Suprema Corte se constitui como um “assim diz o Senhor” (Bickel, 1986), visão totalmente equivocada segundo ele pois a Corte pode estar errada e não existe nada de sagrado em suas decisões, os homens podem divergir dela de modo apropriado e fundamentado. O tribunal deve então explicar suas conclusões, justificá-las e relacioná-las com suas manifestações anteriores, a fim de que possa melhor se arranjar com os poderes executivo e legislativo e permitir espaço para uma acomodação ou mudança (Bickel; Wellington, 1957).

Por meio dessa tentativa de trazer mais clareza para as decisões e para instruir como devem ser as melhores e mais prudentes decisões dos tribunais, Bickel e Wellington (1957) advertem que é preciso perguntar o que o congresso pretendia, o que realmente tinha em mente ao redigir certa lei ou estatuto. O que devem fazer os juízes é se posicionarem da melhor forma possível, como se fossem aqueles que proferiram as palavras, e atribuir-lhes a forma como lidariam com a situação concreta, o que se constitui em tarefa de projeção e atribuição de significado que muitas vezes é uma reconstrução histórica desafiadora.

Essa advertência é importante porque pode o juiz perder de vista a distinção entre um propósito que pode ser razoavelmente imputado àqueles que proferiram as palavras da lei ou estatuto e um propósito que ele próprio agora detém ou gostaria que fosse enunciado pelo legislador (Bickel; Wellington, 1957). Existe o risco de que, ao convocar a projeção judicial e a imputação, alguns juízes, de forma deliberada ou não, interpretem isso como um convite direto e simples para impor suas próprias políticas ou opiniões, atribuindo-as ao congresso. Ao considerar a aplicabilidade de uma legislação, um tribunal toma sua decisão, independentemente de como o faça. No entanto, o congresso ainda pode ter a palavra final, caso deseje, sobre a questão, realizando uma reversão legislativa.

Portanto, para um exercício virtuoso e prudente de decidir ou não, Bickel e Wellington (1957) recomendam aos juízes que estudem o melhor que puderem os debates legislativos que acompanharam a promulgação da lei ou estatuto relativos ao caso sob sua jurisdição. Apesar disso, um risco ainda permanece. Os tribunais ainda tendem a recorrer a um conjunto de experiências que não são diretamente relevantes para o problema que estão enfrentando. Dada

a limitação de seus recursos e a natureza pontual de suas intervenções, eles só conseguirão compreender de maneira imprecisa ou incompleta as situações nas quais impõem suas decisões. Mesmo quando perceberem o problema, frequentemente será tarde demais, e sua resposta será excessiva, quando uma abordagem preventiva mais suave seria o mais adequado e recomendável, como é o caso do uso das virtudes passivas.

Para ser prudente e exercer a sabedoria inerente a sua condição, os juízes devem então saber fazer uma pausa, não invocar proibições constitucionais e dar uma oportunidade a uma segunda opinião mais bem informada (Bickel; Wellington, 1957). Não é necessário forçar uma devolução da questão para manifestação do congresso, de modo a ordenar um pronunciamento nos termos de sua responsabilidade constitucional, para que os tribunais inferiores possam ter mais segurança para atuar e decidir de modo mais organizado. Basta na maioria dos casos, de modo prudente e sutil, não enfrentar a questão constitucional essencial para a resolução da matéria, deixando espaço para acomodação e definições na sociedade e legislatura.

Esse modelo de decisão é também chamado na doutrina de *incrementalist approach*, em que a Suprema Corte decide caso a caso, sem a intenção de estabelecer normas gerais ou padrões fixos para juízos de ponderação (Suriani, 2018). Nessa perspectiva, os ministros não criam a lei como se fossem seus autores, mas a ajustam ao resolver disputas específicas, desenvolvendo gradualmente critérios a partir de casos semelhantes. Esse método limita o julgamento ao caso concreto, evitando generalizações amplas aplicáveis a situações futuras. Assim, reduz-se o risco e o custo de eventuais erros nas decisões e cria-se maior espaço para deliberações futuras e para a atuação de outros poderes políticos, ideia também muito próxima com o julgamento de um caso por vez no minimalismo judicial de Sunstein (1999).

Aguardar que um caso tenha condições fáticas e jurídicas mais favoráveis e bem desenvolvidas para decidir a questão, bem como reconhecer a relevância da matéria e que no futuro a discussão será bem-vinda na corte são estratégias para permitir a ação do maravilhoso mistério do tempo, de acordo com Bickel (1986). A discricionariedade da Corte faz com que ela muitas vezes opte por não intervir em questões relevantes para a sociedade, mantendo-se afastada das principais preocupações da população, adotando uma postura prudente a partir do uso das virtudes passivas e esperando um momento e um caso mais apropriados para se manifestar. Assim, a Suprema Corte busca preservar sua legitimidade perante a sociedade.

Diante dessa necessidade de preservar sua legitimidade perante a sociedade, uma importante questão que é central na teoria de Bickel (1986) é como conciliar – ou não – a revisão

judicial com a democracia representativa, visto que ele considera que ela é uma instituição desviante na democracia americana, que representa uma força contramajoritária dentro do sistema jurídico. A questão incômoda não pode ser ignorada: como e de onde nove advogados, ocupando cargos vitalícios, elaboram ou derivam princípios que estão preparados para impor sem recurso a uma sociedade democrática? Para responder a essa questão, passa-se a expor a seguir a respeito das considerações de Bickel sobre a dificuldade contramajoritária.

## **1.2 A DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA, A OPOSIÇÃO À DEMOCRACIA E A IDEIA DE UMA ACOMODAÇÃO TOLERÁVEL**

No que diz respeito à revisão judicial, Bickel (1978) ressalta que esse poder é menos perigoso que os demais, pois estaria sempre sujeito ao impacto e à ameaça do que chamou de dificuldade contramajoritária. O contramajoritarismo refere-se à tensão inerente a qualquer democracia, decorrente da possibilidade de o judiciário ter a prerrogativa de invalidar atos dos outros poderes (executivo e legislativo), que possuem legitimidade democrática por terem sido eleitos. Para Bickel (1986), a revisão judicial é o poder de interpretar e aplicar a constituição em questões de grande relevância, mesmo que isso vá contra a vontade de uma maioria legislativa, a qual, por sua vez, não tem meios para alterar a decisão judicial.

A dificuldade contramajoritária reside no fato de que a revisão judicial frustra a vontade de representantes do povo real do aqui e agora; ela exerce controle não em nome da maioria prevalecente, mas contra ela. Isso é o que realmente acontece e é a razão pela qual se pode acusar a revisão judicial de ser antidemocrática. As democracias representativas funcionam elegendo certos homens por certos períodos de tempo, e então emitem julgamentos periódicos sobre sua conduta em cargos públicos. É uma questão de imposição de mãos, seguida com o tempo por um processo de responsabilização — tudo por meio do exercício do direito de voto (Bickel, 1986).

A questão de um direito à revisão judicial não tem sido geralmente tratada pela corte em termos absolutos. O tipo de ação que se busca revisar e outras variáveis estatutárias e processuais têm sido frequentemente decisivas para prosseguimento ou não desse tipo de ação (Bickel, 1966). A Suprema Corte, geralmente limitada no tempo e nas circunstâncias a intervenção em casos que são levados a sua jurisdição, quando profere decisão considerada injusta, pode ter seu entendimento superado pela legislatura. Enquanto isso, deve permanecer inalterado o conteúdo desde o momento do pronunciamento judicial. As decisões judiciais

devem ser respeitadas, caso contrário o caráter judicial da corte seria anulado para torná-lo mero reflexo da opinião popular ou da paixão do dia (Bickel, 1955).

Desse modo Bickel faz uma defesa da instituição americana da revisão judicial, ainda que quando a Suprema Corte considere um ato executivo ou legislativo inconstitucional isso frustre a vontade dos representantes. O que diferencia a teoria da revisão judicial de Bickel de outras teorias propostas é sua ênfase na dimensão política do papel desempenhado pela Suprema Corte. Bickel compreende a política como um conjunto de técnicas prudenciais que oferecem flexibilidade para considerar questões de conveniência sem comprometer os princípios fundamentais, permitindo, assim, a existência de um governo orientado por esses princípios (Kronman, 1985).

Dentro do sistema jurídico americano existem outros agentes que podem atuar frustrando a vontade da maioria expressa da representatividade democrática, como é o caso do colégio eleitoral presidencial e o senado, que em alguns momentos da história. Entretanto, a revisão judicial é que exerce uma influência contramajoritária mais forte e pronunciada do que essas outras elementos do sistema de governo, mas a diferença entre eles, pelo menos neste aspecto, é de grau (mais intensidade) e não de tipo (Kronman, 1985).

Assim, como é possível que uma instituição contramajoritária possa ser justificada e defendida num regime de democracia majoritária e representativa? A resposta está na função considerada valiosa dos tribunais, o cargo ou função especial da suprema corte, que é de sua exclusiva qualidade para desempenhar. De acordo com Bickel, é responsabilidade especial da suprema corte agir como pronunciadora e guardiã dos valores duradouros da sociedade (Kronman, 1985). Estes mesmos valores entram nas deliberações dos poderes executivo e legislativo, mas quando a pressão por resultados imediatos é suficientemente forte e as emoções estão a floradas no debate público, os homens normalmente preferirão agir com base na conveniência em vez de ter uma visão de longo prazo, como deve ser a atuação da Suprema Corte.

Ely (2016) apresenta uma visão contrária, argumentando que não há razão para acreditar que os juízes sejam os mais capacitados para prever a evolução futura da opinião pública. Para ele, um juiz nomeado não tem nenhum fundamento para acreditar que seja mais competente nessa tarefa do que o legislativo, a ponto de declarar, com base em suas próprias previsões, que as ações deste sejam inconstitucionais. Além disso, essa ideia é claramente antidemocrática.

Segundo Bickel (1986), o governo deve atender não apenas a essas necessidades materiais imediatas que surgem em determinados momentos, mas também preservar valores duradouros. Para ele, apenas os tribunais – instituições que estão completamente afastadas do conflito atual de interesses e compostas por indivíduos que possuem tempo, treinamento e isolamento para adotar uma abordagem acadêmica na busca dos objetivos governamentais – são capazes de articular esses valores de maneira consistente e contínua. Por essa razão, a responsabilidade principal de cumprir esse papel deve recair sobre os tribunais, especialmente sobre a Suprema Corte. Ele expressa essa visão distinguindo decisões baseadas em princípios daquelas fundamentadas na conveniência.

Uma decisão da Suprema Corte sobre a constitucionalidade de uma ação de outro ramo do governo não pode, legitimamente, ser fundamentada, mesmo que parcialmente, em considerações de conveniência; os julgamentos constitucionais devem estar baseados exclusivamente em princípios (Kronman, 1985). No entanto, a distinção que Bickel traça entre julgamentos de conveniência e de princípio não é totalmente esclarecida. Enquanto os julgamentos de conveniência se concentram nos resultados imediatos, os julgamentos de princípio priorizam interesses mais amplos e duradouros. Embora muitos aspectos possam ser classificados como interesses da sociedade, simplesmente defini-los como os interesses de longo prazo é insuficiente, pois ignora a característica central que Bickel atribuía a tais julgamentos: seu foco em valores morais, em vez de necessidades materiais.

Segundo Bickel (1986), cabe à revisão judicial a tarefa de articular e revitalizar o que ele denomina a “unidade moral” da nação. Nesse sentido, a revisão judicial é intrinsecamente idealista, pois se dedica essencialmente à interpretação e à realização de ideais morais. Quando a Suprema Corte exerce o poder de revisão judicial ela está centralmente preocupada com a definição e o refinamento evolutivo dos ideais aspiracionais e suas decisões não se baseiam nas mesmas considerações de necessidade que figuram nas decisões dos demais poderes. Assim, os ideais sociais e os valores duradouros que a sociedade busca alcançar mesmo quando entram em conflito com necessidades imediatas, estão sob a proteção especial da suprema corte, que atua como intérprete e guardião desses valores.

A distinção entre princípio e conveniência pode ser vista como a diferença entre perspectivas de longo e curto prazo, mas é mais significativamente descrita como a diferença entre ideais e necessidades. Essa diferença entre princípios e ideais, por um lado, e conveniência e necessidades, por outro, é fundamental para Bickel, pois lhe proporciona a flexibilidade necessária para enfrentar, ou mais precisamente, dissolver a chamada

difficuldade contramajoritária. Na visão de Bickel, o povo americano pode ser compreendido como possuindo dois princípios fundamentais: a crença no governo baseado no consentimento e a crença em um processo contínuo de reforma moral que busca alinhar de forma mais plena a ordem social existente com um conjunto de valores gerais e duradouros (Kronman, 1985).

Bickel adota uma visão mais complexa e ambivalente de governo, na qual a revisão judicial pode ser legitimada independentemente das bases fundamentais do próprio majoritarismo. Bickel defende tanto o princípio majoritário quanto a busca por um sistema de valores básicos e duradouros, embora reconheça a tensão inerente entre esses dois compromissos.

As democracias operam com base na ideia central de que a maioria possui o poder final para substituir governantes e rejeitar políticas que não reflitam sua vontade, princípio fundamental para assegurar o consentimento dos governados. Muitos teóricos têm estado mais interessados no que poderia ser chamado de aspecto "interno" da revisão judicial, no processo de análise intelectual que leva e apoia um julgamento de validade ou invalidez constitucional. Entretanto, o aspecto "externo" da revisão judicial, o processo por meio do qual a busca idealista do tribunal por valores duradouros é acomodada aos elementos majoritários no esquema constitucional geral do qual a revisão judicial é a parte central para Bickel, pois engloba o problema político da acomodação (Kronman, 1985). O ponto central desse problema está em demonstrar como a filosofia moral, expressa por meio da revisão judicial, pode ser integrada a um sistema de governo que delega à maioria de representantes eleitos pelo povo a decisão sobre a maior parte das questões.

Segundo Bickel (1986), para isso cabe ao tribunal ser o "modelador e profeta" de um sistema de valores duradouros, através do uso do método próprio da filosofia moral, sendo prudente e fazendo uso das virtudes passivas, que não apenas reflita um consenso nacional existente, mas articule uma visão moral à qual se possa legitimamente aspirar. A visão, sem dúvida, deve estar sempre enraizada nas tradições morais e jurídicas da sociedade, mas não pode simplesmente reafirmá-las numa forma inalterada; deve levar essas tradições adiante, de modo baseado em princípios. Assim se evidencia a função educativa da Suprema Corte, que deve atuar como um professor num seminário nacional vital (Kronman, 1985).

Como uma instituição encarregada da responsabilidade de manter o compromisso com os princípios, deve ser evitada qualquer situação em que estes divergem do

consentimento. Mesmo decisões que foram submetidas ao processo eleitoral de alguma forma não são continuamente submetidas novamente, e certamente não são continuamente desfeitas. Uma vez executado o processo, uma vez definido pelo povo, inúmeras decisões permanecem para governar o presente e o futuro, apesar do que pode muito bem ser maiorias flutuantes contra elas em qualquer momento. Um alto valor é colocado na estabilidade, e isso também é um fator contramajoritário (Bickel, 1986). Essa valorização da estabilidade está relacionada com a ideia de consentimento, visto que o governo só é possível com base nele, e que a sua essência é o sentido de empreendimento comum fomentado por instituições que refletem e representam a sociedade.

O consentimento e estabilidade parecem refletir uma ideia de harmonia entre os poderes, mas a revisão judicial pode ter uma tendência ao longo do tempo a enfraquecer seriamente o processo democrático, porque ela expressa uma forma de desconfiança do legislativo. O legislativo está se acostumando a essa desconfiança e cada vez mais inclinado a justificá-la e a abandonar as considerações sobre restrições constitucionais entregando o assunto aos tribunais (Bickel, 1986).

Esse processo inicia um ciclo em que o povo torna-se descuidado quanto a quem enviar para a legislatura; com muita frequência, votam com muito entusiasmo em pessoas a quem não confiariam um assunto privado importante, e quando essas pessoas inaptas são descobertas aprovando leis tolas e ruins, e os tribunais intervêm e as desconsideram, o povo fica feliz que esses poucos cavalheiros mais sábios no banco estejam tão prontos para protegê-los contra seus representantes mais imediatos (Bickel, 1986).

Como a correção desses erros legislativos vem de fora (da Suprema Corte), o povo perde a experiência política, a educação moral e o estímulo que advém de lutar contra a questão da maneira comum e corrigir seus próprios erros. É por isso que Bickel (1986) considera que a revisão judicial é tão fundamentalmente contrária à teoria democrática que, em uma sociedade que em todos os outros aspectos se baseia nessa teoria, a revisão judicial não pode ser eficaz. Se a opinião pública, por exemplo, for tão displicente a ponto de sancionar toda e qualquer interpretação errônea da constituição ou abusos de poder que o ímpeto do momento incentivar os esforços para deter o poder abusivo serão insignificantes.

Os tribunais e o legislativo possuem distinções e atuações complementares no modelo proposto por Bickel que são relevantes para assegurar a manutenção da democracia e o consentimento político. Os tribunais, por exemplo, têm certas capacidades para lidar com

questões de princípio que as legislaturas e os executivos não possuem. Os juízes têm, ou deveriam ter, o lazer, o treinamento e o isolamento para seguir os caminhos do acadêmico (da filosofia moral) na busca dos fins do governo, conforme já exposto.

As leis e os estatutos lidam tipicamente com problemas abstratos ou vagamente previstos, enquanto tribunais estão preocupados com “a carne e o sangue” de um caso real (Bickel, 1986). Seu isolamento e o maravilhoso mistério do tempo dão aos tribunais a capacidade de apelar para as melhores naturezas dos homens, de evocar suas aspirações, que podem ter sido esquecidas no clamor do momento; é o que se chama de oportunidade para “o segundo pensamento sóbrio”. A Corte parece predestinada a longo prazo para ser uma voz da razão, encarregada da função criativa de discernir, articular e desenvolver princípios impessoais e duráveis.

Esses princípios e valores duráveis são essenciais para a estabilidade de um bom governo ao longo do tempo, como fruto do consentimento da sociedade ao exercício da autoridade por parte das instituições, consentimento esse sendo de fato legitimado por uma sociedade efetivamente influente, participante. É do interesse da maioria obter a concordância da minoria com a maior frequência e o maior grau possível. E sem dúvida o tribunal pode ajudar a promover essa concordância – consentimento – assegurando espaço de acomodação democrática àqueles que perderam uma luta política por um interesse momentâneo, por exemplo. O consentimento proporciona também um senso de continuidade, que deve ser uma das principais preocupações do tribunal, pois é a principal razão do lugar que ele ocupa, representando a vontade nacional contra o particularismo local, apesar de que não por meio da responsabilidade eleitoral (Bickel, 1986).

Como o governo deve servir não apenas às necessidades materiais imediatas, mas também aos valores duradouros. Esses valores não se apresentam prontos, eles sempre têm um passado e devem ser continuamente derivados, enunciados e vistos em aplicação relevante (Bickel, 1986). Assim, a função dos juízes se conecta com uma busca do sentido e intenção original do legislador, a fim de que esses valores duradouros sejam enunciados. O objetivo é descobrir o significado, verificar e dar efeito à intenção de seus criadores e das pessoas que a adotaram e os juízes devem se colocar, tanto quanto possível, na condição daqueles que elaboraram e adotaram as leis (Bickel, 1955).

Encontrar o entendimento original, como aplicar a própria constituição, é um ato de percepção histórica (Bickel, 1955), dirigido à finalidade de proteger e preservar valores

duradouros da sociedade, que se constituem de certo modo numa projeção para o futuro. Disso se conclui que as decisões judiciais atuais (independentemente de sua origem) inevitavelmente terão um impacto significativo nos valores da maioria de amanhã. As "previsões" feitas por aqueles que detêm o poder frequentemente se concretizam, mesmo quando o que está sendo "previsto" é a opinião pública. Em razão disso, Ely (2016) expressa advertência ao apontar que isso implica que a Corte não pode alegar neutralidade de valores ao justificar que está "buscando valores no futuro", pois é muito provável que, na realidade, esteja impondo seus próprios valores ao futuro. Assim, os juízes da Suprema Corte acabam, inevitavelmente, contribuindo para moldar esse futuro; e, ao moldá-lo, eles estão, de fato, moldando o presente através da imposição dos seus próprios valores. E esses valores que a Corte irá considerar como fundamentais para a sociedade são na verdade restritos a seus interesses, podendo negligenciar como importantes, mas não fundamentais, outros direitos. Isso porque

A experiência nos diz que, na verdade, haverá sim uma distorção sistemática na escolha de valores fundamentais pelos juízes, uma distorção que privilegia (o que, aliás, não surpreende) os valores dos profissionais liberais da alta classe média, da qual provém a maioria dos juristas, dos juízes e também dos filósofos. As pessoas costumam achar que o que é importante para elas é importante para todos (Ely, 2016, p. 78)

Conclui-se então que a atividade de revisão judicial por parte da Suprema Corte, sob o pretexto de proteger e resguardar valores da sociedade, ainda pode se constituir num exercício muito expansivo do poder de decidir, indo muito além da resolução do caso concreto e impondo valores pessoais a particulares. Sobre essa expansão da atividade judicial e suas limitações, passa-se a expor a seguir.

## 2 A EXPANSÃO DA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL E SUAS LIMITAÇÕES

No contexto internacional, como resposta ao nazismo e ao fascismo, e diante de uma profunda desconfiança na democracia de massas, foram elaboradas constituições e criados tribunais constitucionais robustos. Isso faz parte do fenômeno da judicialização da política, que pode ser entendido como a transferência massiva para os tribunais de algumas das mais centrais e polêmicas controvérsias políticas, dilemas morais e questões de política pública em uma democracia (Hirschl, 2009).

Havia uma forte crença popular de que direitos garantidos judicialmente funcionam como forças de mudança ou progresso social, independentes das restrições impostas a todo poder político. Isso se disseminou no Brasil sobretudo com grandes operações contra a corrupção que foram amplamente televisionadas, como a do Mensalão, e se alcançou um status sagrado no discurso público.

Entretanto, é importante destacar que “quanto mais disfuncionais ou paralisados forem o sistema político e suas instituições decisórias em uma dada comunidade, mais provável será a presença de um poder judiciário expansivo” (Hirschl, 2009, p. 27). A disfuncionalidade institucional pode ser uma causa ou o fator de impulso da judicialização ocorrida aqui.

Além disso, é ingênuo pensar que apenas exista “uma estrutura constitucional favorável ao ativismo judicial, nem juízes ‘famintos por poder’ ou tribunais constitucionais agressivos” (Hirschl, 2009, p. 26) como condições suficientes para a judicialização da megapolítica. A realidade é que essa expansão judicial se sustenta com um suporte tácito ou explícito de agentes políticos dotados de influência, a quem interessa que tribunais constitucionais possam se manter com essa atuação; trata-se de um suporte institucional que muitas vezes é oculto.

Esse suporte dado por grupos políticos muitas vezes serve para transferir grandes questões polêmicas para as decisões judiciais como parte de uma estratégia maior de transmissão de autoridade e omissão. Isso porque

ao transferir autoridade decisória política para o Judiciário, esses políticos conseguem evitar a tomada de decisões difíceis ou potencialmente impopulares que fazem parte da própria tarefa pública para a qual foram eleitos — que é a de tomar, de forma responsável, decisões políticas difíceis, de princípio, mesmo quando essas decisões não são populares junto ao eleitorado. Jogando pelas regras do “redirecionamento de culpa”, as legislaturas dão prioridade aos seus interesses de curto prazo (conseguir

apoio eleitoral, evitando decisões difíceis e frequentemente impopulares) em detrimento da sua responsabilidade política (Hirschl, 2009, p. 35).

Observe-se que esses assuntos possuem natureza clara e puramente política e são esses que Hirschl (2009) considera como categorias integrantes da judicialização da “política pura”, que abrange a discussão judicial sobre processos eleitorais. São situações delicadas porque muitas vezes a constituição é silente sobre detalhes de algumas dessas questões, que se constituem com frequência como demandas muito centrais da política de uma nação.

Os tribunais são colocados na posição de decidir sobre essas pautas apesar dos grandes riscos políticos que as envolvem, gerando muitas vezes desgastes e embates que são muito prejudiciais. A combinação desses riscos com a escassez de disciplina constitucional minuciosa ou específica acaba resultando em impasses democráticos constantes em razão de avanços judiciais para além de sua esfera de atuação.

Para auxiliar na explicação sobre esse fenômeno de expansão judicial, faz-se recurso à teorização de Maus (2010) sobre o judiciário na Alemanha, principalmente na figura do Tribunal Constitucional. Apesar de se tratar de um país distinto, a descrição é bastante similar ao contexto americano.

O ponto de partida de Maus (2010) é o de que o judiciário vem aumentando progressivamente suas funções num movimento em que procura substituir funcionalmente a figura de “pai” que a monarquia desempenhava. Isso se deu porque com a ausência de um rei na Alemanha abriu-se espaço para uma lacuna na função de “censor moral” da sociedade.

Utilizando conceitos da psicanálise de Freud, Maus acredita que a sociedade contemporânea, órfã dessa figura paterna e com desconfiança das instituições políticas, transfere sua soberania e suas expectativas para o poder judiciário. Essa figura do “pai” representa, no caso, o papel do “superego coletivo” de uma “sociedade órfã”, carente de tutela.

Essa cessão da soberania popular se expressa com maior força no controle jurisdicional de constitucionalidade, centrado nas cortes supremas. Os juízes, por sua vez, atribuem a soberania à constituição, cuja interpretação final lhes é monopolizada.

O efeito mais preocupante desse modelo se torna a consolidação de um estado judicial, no qual o judiciário avoca para si a condição de instância moral da sociedade, constituindo-se como um corpo profissional que reforça sua posição como o centro da consciência social, ou superego da sociedade.

Como pressuposto dessa ideia, Maus (2010) caracteriza a sociedade órfã: a que promove infantilização dos sujeitos e coletividades que, assim, podem ser mais facilmente dirigidos e transformados em objetos administrados pela legalidade objetiva.

Essa direção e controle é exercida pelo judiciário. Para explicar essa relação, Maus traça um histórico de como esse poder assume traços de uma veneração religiosa por parte da população, e faz com que haja uma ascensão do juiz real, como uma espécie de profeta. A inclusão da moral no direito fez com que ela direcionasse cada vez mais a interpretação do juiz.

Com a multiplicação do uso de conceitos com maior carga moral e abstrata, diante da escassez e objetividade constitucional americana, tem-se pontos de acesso dessas representações morais no judiciário. Dessa forma a justiça se eleva à condição de instância moral superior da sociedade, e as outras organizações e instituições democráticas passam a se submeter a ela, gerando uma imunização da jurisdição contra possíveis críticas que ela mesma sofreria.

Por meio desses processos judiciais, o cidadão conseguiria conhecer o que é efetivamente proibido e aprender a deduzir o que seria permitido numa visão para o futuro, para além da central vinculação à lei. Com isso a “a liberdade do indivíduo se transforma em um produto da atividade judicial decidida caso a caso”, e gera uma expectativa de que o judiciário se afirme e funcione cada vez mais como instância moral.

Segundo Maus (2010), pode haver um culto quase religioso do judiciário por parte da população, e ele vai assumindo cada vez mais traços de uma consciência portadora da tradição. Assim, ele atua menos como guardião da constituição e mais como conservador da história de sua própria jurisprudência, a qual se reporta verdadeiramente de forma autorreferencial. Esse é o movimento que gerou a ascensão do judiciário à posição de última instância da consciência social.

No modelo do judiciário como superego, há, na verdade, a formação da vontade democrática (os representantes eleitos) sendo substituída pela interpretação de conteúdos constitucionais soberanos e predeterminados. Nela, o tribunal constitucional e os tribunais de instância inferior por meio de suas competências sempre detêm a última palavra frente a esforços políticos e sociais alternativos de interpretação.

Apesar de um contexto histórico que antecedeu e motivou esse fenômeno diferente, é possível traçar muitos paralelos com a realidade americana. A ascensão do tribunal

constitucional alemão como superego da sociedade, que Maus (2010) chama de “reino dos juízes” tem bastante semelhança com diversas eras consideradas mais ativistas da Suprema Corte americana.

A obra *The least dangerous Branch*, de Alexander Bickel (1986), foi motivada exatamente por um contexto de ativismo judicial por parte da Suprema Corte americana, no período da corte Warren. A respeito desse contexto, passa a expor a seguir.

## **2.1 A EXPANSÃO INTERPRETATIVA NA REVISÃO JUDICIAL: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ORIGINALISMO E O NÃO INTERPRETATIVISMO**

Nos sistemas de *civil law*, as cortes supremas foram, em geral, concebidas com o propósito de corrigir interpretações inadequadas da lei, seja por meio de revisão ou cassação. Partindo do princípio de que a lei é suficiente para reger a vida social e de que os juízes devem se submeter exclusivamente a ela, a principal função da corte suprema seria corrigir decisões que não a aplicam corretamente. Cabe, portanto, a essa corte a responsabilidade de garantir a uniformidade do direito, ou seja, definir o sentido apropriado do texto legal em face de determinadas circunstâncias fáticas e em um contexto histórico específico (Marinoni, 2016). Dessa função emerge, naturalmente, a necessidade de conferir estabilidade às interpretações jurídicas definidas pela corte. Assim, a corte suprema passa a desempenhar um papel de atribuição de significado ao direito, reconhecendo-se que o poder judiciário colabora com o legislativo na concretização e no desenvolvimento do ordenamento jurídico.

Já no sistema do *common law*, há uma distinção sobre o modo de tomada de decisão pelas cortes supremas. Na definição do sentido do direito, destacam-se os fundamentos que sustentam a interpretação dada à lei no contexto do caso concreto. O foco recai sobre as razões de decidir, ou mais especificamente, sobre os motivos determinantes que embasam a solução adotada ou a interpretação atribuída à lei, conferindo-lhes importância central (Marinoni, 2016). Antes de analisar as etapas do julgamento que levam à formação do precedente, é importante esclarecer a diferença entre *ratio decidendi* e *obiter dicta*. Essa distinção sempre foi aplicada no sistema de *common law*.

A *ratio decidendi* é a base essencial para a resolução da questão jurídica ou o significado dado ao texto legal, sendo o resultado necessário para um caso específico ou

recurso; já o *obiter dictum* refere-se a tudo aquilo que não está relacionado diretamente à atribuição de significado ao direito ou às justificativas que a sustentam; trata-se de questões que não fazem parte do aspecto que fundamenta a decisão (Marinoni, 2016). As passagens que são *obiter dicta* podem surgir de diferentes maneiras, como aquelas que não têm conexão com o desfecho do caso, que não se relacionam com os fatos específicos ou que abordam pontos não discutidos pelas partes envolvidas. No sistema jurídico dos Estados Unidos, o tipo mais comum de *dicta* são declarações da corte sobre questões que não foram efetivamente decididas ou que não faziam parte do objeto principal da decisão, numa espécie de decisão expansiva ou ativista.

Quando se considera a distinção entre o texto e a norma judicial, atribuindo à corte suprema a responsabilidade de interpretar e desenvolver o direito, a decisão que estabelece o sentido do direito por meio das melhores razões passa a ser parte integrante da ordem jurídica e um instrumento para promover a igualdade. No contexto do *common law*, afirma-se então que a *ratio decidendi* de um caso é qualquer regra de direito, expressa ou implícita, tratada pelo juiz como um passo necessário para alcançar sua conclusão (Marinoni, 2016).

Quando a estrutura da decisão requer apenas a conexão entre os fatos e a norma prevista na lei, que deve ser identificada e declarada por meio de uma análise lógica, a principal preocupação deve ser com a conclusão do raciocínio decisório, e não com as "razões de decidir" ou com a justificativa. Em outras palavras, a decisão não define o "sentido do direito", mas apenas declara a "vontade concreta da lei". Por outro lado, a decisão que estabelece o sentido do direito para criar um precedente é diferente daquela que se limita a regular um caso específico. O papel do juiz que define o sentido do direito, portanto, se projeta para o futuro, vinculando não só sua posição pessoal, mas também a regulação de casos futuros (Marinoni, 2016).

A partir dessas compreensões iniciais sobre as decisões das supremas cortes no *common law*, é importante destacar que no sistema americano estava aberta a opção de criar um sistema de tribunais federais de primeira instância e dele retirar os casos surgidos nos tribunais estaduais que envolvessem questões de construção da lei federal. Ou talvez retirar para ele apenas essas questões e devolver os casos ao sistema estatal, uma vez que as questões tenham sido decididas.

Os tribunais estaduais estão sujeitos à autoridade de revisão dos tribunais federais na construção de estatutos e tratados. Da mesma forma, deveriam estar sujeitos à autoridade de revisão dos tribunais federais quando interpretam a constituição. Além disso, seria inadequado

conferir poderes aos juízes estaduais enquanto tribunais de primeira instância para interpretar e aplicar a constituição na transmissão da validade dos estatutos federais, sem dar poderes também aos juízes federais, nos casos que lhes são diretamente dirigidos (Bickel, 1986).

Qual é o sentido de permitir que juízes federais funcionem como porta-vozes da constituição em casos provenientes de tribunais estaduais, mas não em casos originados no próprio sistema federal? Segue-se que a cláusula de supremacia se dirige especificamente apenas aos juízes estaduais, porque quanto a eles poderia ter havido alguma dúvida, embora fosse considerado certo que a constituição federal seria vinculativa e seria interpretada e aplicada por juízes federais.

Assim, os fins de uniformidade e de reivindicação da autoridade federal são atendidos, sem recurso a qualquer poder do judiciário federal para estabelecer o significado da constituição. Em qualquer debate sobre a força da tradição, isto é o que pode ser dito contra as reivindicações da revisão judicial.

Essa revisão judicial é um instrumento atual de governo. Representa uma escolha que os homens fizeram e, em última análise, deve ser justificada como uma escolha de seu próprio tempo. Quais são os elementos de escolha? A dificuldade fundamental é que a revisão judicial é uma força contramajoritária no sistema americano. Existem várias maneiras de abordar essa realidade; Marshall fez isso quando falou em impor, em nome do povo, os limites que eles estabeleceram para as instituições de um governo limitado (Bickel, 1986).

O próprio Marshall seguiu Hamilton (1788), o qual negou que a revisão judicial implicasse uma superioridade do poder judicial sobre o poder legislativo – negou, por outras palavras, que a revisão judicial constituísse controle por uma minoria não representativa de uma maioria eleita. “Isso apenas supõe”, segundo Hamilton (1788), “que o poder do povo é superior a ambos; e que onde a vontade da legislatura, declarada em seus estatutos, se opõe à vontade do povo, declarada na constituição, os juízes deveriam ser governados por estes últimos e não pelos primeiros”.

Mas a palavra “povo” assim usada é uma abstração. Não necessariamente sem sentido, mas sempre carregada de emoção. Uma abstração que oculta a realidade de que quando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo ou a ação de um parlamentar eleito frustra a vontade dos representantes do próprio povo do aqui e agora; exerce controle não em nome da maioria dominante, mas contra ela (Bickel, 1986). Isso é o que realmente acontece. Essa questão é a razão pela qual Bickel afirma que a revisão judicial é antidemocrática.

Certamente nenhuma democracia funciona por meio de contagens contínuas da ampla gama de atividades governamentais diárias. As democracias representativas funcionam elegendo determinados homens para determinados períodos e, em seguida, julgando periodicamente a sua conduta em cargos públicos. É uma questão de imposição de mãos, seguida no tempo por um processo de responsabilização – tudo por meio do exercício do direito de voto. Espera-se, no entanto, que os governantes eleitos deleguem algumas das suas tarefas a homens por si designados, que não são diretamente responsáveis nas urnas. O todo funciona sob escrutínio e crítica públicas – mas não em todos os momentos ou em todas as partes.

O que se entende por democracia, portanto, é muito mais sofisticado e complexo do que a tomada de decisões em assembleia municipal por meio de mãos levantadas. É também verdade que mesmo as decisões que foram submetidas de alguma forma ao processo eleitoral não são continuamente reapresentadas, e certamente não são continuamente desfeitas.

Uma vez executado o processo e uma vez apresentado pelo povo, permanecem inúmeras decisões para governar o presente e o futuro, apesar do que possa vir a ocorrer, conferindo de certa forma um elevado valor à estabilidade, que é também um fator contramajoritário. No entanto, embora a democracia não signifique uma reconsideração constante das decisões uma vez tomadas, significa que uma maioria representativa tem o poder de realizar uma inversão (Bickel, 1986).

É verdade, também, que o processo de refletir a vontade de uma maioria popular na legislatura é desviado por várias desigualdades de representação e por todos os tipos de hábitos e características institucionais, que talvez tendam mais frequentemente a favor da inércia. No entanto, deve ser lembrado que os estatutos são o produto da ação coordenada do legislativo e do executivo, e que o executivo numa democracia às vezes representa uma parcela do eleitorado muito diferente e, portanto, tende a sanar as desigualdades de sobre e sub-representação.

Refletir um equilíbrio de forças na sociedade para efeitos de um governo estável e eficaz é mais complexo e menos certo do que meramente assegurar a cada cidadão o seu voto igual. Além disso, impurezas e imperfeições, se existirem, numa parte do sistema não constituem argumento para o afastamento total da norma desejada noutra parte.

Um fator complicador muito mais importante é a proliferação e o poder do que Madison (1788) previu como “facção”, e o que na linguagem popular sempre foi depreciado como os “interesses” ou os “grupos de pressão”. Não há dúvida de que os grupos operam vigorosamente no processo eleitoral, e com certeza procuram e obtêm acesso e uma participação efetiva no

processo de decisão legislativo e executivo. Talvez constituam também, em certa medida, uma imperfeição.

Mas não se afirma que foram capazes de capturar o processo governamental, exceto combinando-os de alguma forma, e assim capturando ou constituindo uma maioria. Tendem frequentemente a ter uma composição majoritária e a estar sujeitos a influências majoritárias mais amplas. E o preço daquilo que vendem ou compram na legislatura é determinado no mercado eleitoral bienal ou quadrienal. Para Robert A. Dahl, pode ser que as próprias eleições e a competição política que as torna significativas, "não contribuam para o governo por maiorias de uma forma muito significativa", pois não estabelecem muitas políticas (Kronman, 1985).

No entanto, são um dispositivo crucial para controlar os líderes. E se o controle for exercido por grupos de vários tipos e tamanhos, todos procurando de várias maneiras alcançar os seus objetivos, de modo que se tenha um "governo das minorias" em vez do governo da maioria, continua a ser verdade, no entanto, que apenas governam as minorias que podem comandar os votos da maioria dos indivíduos na legislatura que pode comandar os votos da maioria dos indivíduos no eleitorado.

Em prosseguimento, é possível observar também que existem outros meios para além do processo eleitoral, embora subordinados e subsidiários, de tornar as instituições do governo receptivas às necessidades e desejos dos governados. Portanto, pode-se inferir que a revisão judicial, embora não seja responsável, pode ter formas de ser responsiva. Mas não se pode depreciar a função central atribuída na teoria e na prática democrática ao processo eleitoral; nem se pode negar que o poder de decisão política das instituições representativas, nascido do processo eleitoral, é a característica mais distintiva do sistema.

A revisão judicial vai contra essa característica. Portanto, não decorre da natureza complexa de um sistema democrático que, porque os almirantes e generais e os membros, por exemplo, do Conselho da Reserva Federal ou desta ou daquela agência administrativa não são eleitoralmente responsáveis, os juízes que exercem o poder de revisão judicial também não precisam ser responsáveis (Bickel, 1986), e em nenhum dos casos há um conflito sério com a teoria democrática.

No exemplo citado, almirantes, generais e similares são, na maioria das vezes, responsáveis perante funcionários que são eleitos e por meio dos quais a linha passa diretamente para uma maioria. O que é mais significativo é que as políticas que adotam são ou deveriam ser apenas intersticiais ou técnicas e são reversíveis por maiorias legislativas.

Assim, desde que tenha havido uma delegação significativa por parte da legislatura aos administradores, que seja mantida dentro dos limites adequados, o poder essencial da maioria está lá, e sente-se que está lá – um fato de grandes consequências.

Assim, não será útil comparar a revisão judicial à função legislativa geral dos juízes. Neste paralelo citado, os juízes são de fato algo como funcionários administrativos, pois as suas decisões também são reversíveis por qualquer maioria legislativa – e não raramente são revertidas. A revisão judicial, no entanto, é o poder de aplicar e interpretar a constituição, em questões de maior importância, contra a vontade de uma maioria legislativa, que é, por sua vez, impotente para afetar a decisão judicial (Bickel, 1986).

Considerando o exposto, a forte ênfase está na ideia relacionada de que um governo coerente, estável e moralmente sustentável só é possível com base no consentimento, e que o segredo do consentimento é o sentimento de empreendimento comum promovido por instituições que refletem e representam a sociedade, e que esta pode cobrar.

Foi sugerido que o congresso, o presidente, os estados e o povo desde o princípio da constituição consentiram no exercício de revisão judicial pela Suprema Corte. Mas a própria constituição incorpora um veto de uma minoria extrema. O argumento passa então a basear-se na primeira lei do judiciário, cujas disposições relativas à jurisdição dos tribunais federais continuam em vigor até hoje. No entanto, a lei do judiciário pode ser lida como uma concessão do poder de declarar leis federais inconstitucionais apenas com base numa conclusão prévia e independente de que tal poder deve existir (Bickel, 1986). E mesmo que a lei do judiciário tenha concedido este poder, como certamente concedeu o poder de declarar ações estatais inconstitucionais, isso equivalia a uma expressão da opinião do primeiro congresso de que a constituição implica revisão judicial.

Isto está muito longe de consentir com um poder livremente continuado pela decisão ou aquiescência da maioria em cada geração. O argumento não avança um passo em direção à justificação do poder por outros motivos que não os históricos. Uma outra dificuldade crucial também deve ser enfrentada. Além de constituir um controle contramajoritário sobre o legislativo e o executivo, o controle judicial pode, num sentido mais inato, ter uma tendência ao longo do tempo para enfraquecer seriamente o processo democrático.

Isso porque a revisão judicial expressa uma forma de desconfiança no legislador (Bickel, 1986). Os legisladores estão a habituar-se a esta desconfiança e estão cada vez mais inclinados a justificá-la e a abandonar as considerações de restrições constitucionais – certamente no que

diz respeito à extensão exata destas restrições – entregar esse assunto aos tribunais. E o que é pior: eles adquirem o hábito de presumir que tudo o que possam fazer constitucionalmente eles podem fazer – como se a honra, o tratamento justo e a honestidade comum não fossem relevantes para as suas atuações.

O povo durante todo esse tempo torna-se descuidado quanto a quem envia ao legislativo; muitas vezes eles votam alegremente em homens a quem não confiariam para um assunto privado importante, e quando se descobre que essas pessoas inadequadas aprovam leis tolas e ruins, e os tribunais intervêm e as ignoram, as pessoas ficam felizes por esses poucos cavalheiros mais sábios no tribunal estarem tão prontos a protegê-los contra os seus representantes mais imediatos (Bickel, 1986).

Deve-se lembrar que o exercício do poder de revisão judicial, mesmo quando inevitável, é sempre acompanhado de um grave mal, a saber, que a correção dos erros legislativos vem de fora, e o povo perde assim a experiência política, a educação moral e o estímulo que advêm do combate à questão da forma habitual e da correção dos seus próprios erros.

A tendência de um recurso comum e fácil a esta grande função, agora demasiado comum, é diminuir a capacidade política do povo e amortecer o seu sentido de responsabilidade moral (Bickel, 1986). Até hoje, em quantas centenas de ocasiões o congresso aprova uma medida que considera oportuna, tendo testado a consideração de sua constitucionalidade (ou seja, de sua aceitabilidade em princípio), apenas para abandonar a tentativa na confiança declarada de que o tribunal corrigirá erros de princípio, se houver?

Pode muito bem acontecer, como foi sugerido, que qualquer diminuição do nível de desempenho legislativo seja atribuível a muitos outros fatores para além da revisão judicial. Embora o legislativo seja soberano e possa legalmente fazer tudo o que quiser, as suas práticas são mais gentis, mais contidas e menos invasivas dos direitos daqueles que estão sob a sua atenção e atuação.

Em prosseguimento, outra controvérsia é apresentada. A revisão judicial é tão fundamentalmente contrária à teoria democrática que, numa sociedade que em todos os outros aspectos se baseia nessa teoria, a revisão judicial não pode ser eficaz (Bickel, 1986). Paga-se o preço de uma grave contradição interna nos princípios básicos do nosso governo, o que é inconveniente e perigoso.

Ausente a instituição da revisão judicial, o juiz Hand afirmou que

Em uma sociedade tão dividida que o espírito de moderação se foi, nenhum tribunal pode salvar; que numa sociedade onde esse espírito floresce, nenhum tribunal precisa ser salvo; que numa sociedade que foge à sua responsabilidade, impondo aos tribunais o cultivo desse espírito, esse espírito acabará por perecer (citado por Bickel, 1986).

Mais de um século antes de o juiz Hand tecer essa consideração, o juiz Gibson, da Pensilvânia, na sua época talvez o mais hábil oponente do estabelecimento da revisão judicial, afirmou que

uma vez que a opinião pública seja tão corrupta a ponto de sancionar toda má interpretação da constituição e abuso de poder que a tentação do momento possa ditar, e o partido que possa acontecer de ser predominante rirá dos esforços insignificantes de um poder dependente para prendê-lo em seu curso (citado por Bickel, 1986).

Esses são alertas de que sob nenhum sistema o poder dos tribunais pode ir longe para salvar um povo da ruína; a principal proteção da sociedade estaria em outro lugar. Estas são, em linhas gerais, as principais dúvidas que devem ser enfrentadas se a doutrina da revisão judicial quiser ser justificada em princípio. É certo que essas dúvidas se aplicarão com menor ou maior força às diversas formas de exercício do poder.

No momento a discussão está em grande escala e buscou-se uma justificação de princípio, independentemente dos apoios históricos e da continuidade da prática. A busca deve ser por uma função que possa envolver a elaboração de políticas, mas que seja diferente das funções legislativas e executivas.

É preciso que seja particularmente adequada às capacidades dos tribunais, o que provavelmente não será realizado em outro lugar se os tribunais não o assumirem. É necessário que possa ser exercida de modo a ser aceitável numa sociedade que geralmente partilha um senso de empreendimento comum, que será eficaz quando necessário, e cuja execução pelos tribunais não diminuirá a qualidade do desempenho dos outros departamentos, retirando-os da dignidade e do peso de sua própria responsabilidade.

Não será possível satisfazer plenamente tudo o que é dito contra a revisão judicial. Não é assim com questões de governo. Só é possível preencher o outro lado da balança com julgamentos compensatórios sobre as necessidades reais e o funcionamento real da sociedade e, claro, com as “suas próprias porções de fé e esperança; então podemos estimar até que ponto a agulha se moveu” (Bickel, 1986).

Assim, observa-se que muitas ações do governo têm dois aspectos: os seus efeitos práticos imediatos, necessariamente intencionados, e a sua influência talvez não intencional ou não apreciada em valores que consideramos ter interesse mais geral e permanente (Bickel, 1986).

É uma premissa que deduzimos não apenas do fato de uma constituição escrita, mas da história e de um julgamento moral da sociedade, que o governo deve servir não apenas àquilo que se concebe de tempos em tempos como sendo as necessidades materiais imediatas, mas também a certos valores duradouros.

Isto é, em parte, o que se entende por governo sob a lei. Mas tais valores não se apresentam prontos. Eles sempre têm um passado, é claro, mas devem ser continuamente derivados, enunciados e vistos em aplicações relevantes. E resta questionar qual instituição do governo – se houver alguma em particular – deveria ser a pronunciadora e guardiã de tais valores.

Homens em todas as esferas da vida pública são capazes ocasionalmente de perceber este segundo aspecto das questões públicas. Às vezes, eles também são capazes de basear as suas decisões nele; essa é uma das coisas que gostamos de chamar de agir com base em princípios.

Contudo, muitas vezes não o fazem, especialmente quando participam em assembleias legislativas. Então, quando a pressão por resultados imediatos é suficientemente forte e as emoções estão suficientemente evidentes, os homens normalmente preferem agir com base na conveniência em vez de ter uma visão de longo prazo.

Possivelmente os legisladores sejam tão capazes como outros homens de seguir o caminho dos princípios, onde o caminho é claro ou, pelo menos, discernível (Bickel, 1986). O sistema americano, contudo, como todos os sistemas seculares, exige a evolução dos princípios em circunstâncias novas, e não apenas a sua aplicação mecânica.

Não apenas o respeito pela regra dos princípios estabelecidos, mas o estabelecimento criativo e a renovação de um corpo coerente de regras baseadas em princípios – é isso que os legisladores provaram estar mal preparados para proporcionar à sociedade. Inicialmente, grande confiança na decisão baseada em princípios foi depositada nos senadores e no presidente, que têm mandatos mais extensos e deveriam ser eleitos apenas indiretamente.

No entanto, o senado e o presidente foram concebidos com menor conexão, e não como divorciados da responsabilidade eleitoral e do mercado político. E assim, mesmo então, poderia ter sido sentida a necessidade de uma instituição que se mantivesse completamente à parte do atual conflito de interesses e que, na medida em que fosse humanamente possível, se preocupasse apenas com os princípios.

Não se pode saber se as legislaturas são o que são porque há a revisão judicial, ou se há a revisão judicial e ela é considerada necessária porque as legislaturas são o que são. No entanto, é também discutível que a separação parcial das funções legislativas e judiciais – que não pretende ser absoluta – seja benéfica em qualquer caso, porque torna possível que os desejos de vários grupos e interesses relativos a resultados imediatos se manifestem (Bickel, 1986).

Pode ser considerado apropriado que em algum lugar do governo, em algum estágio do processo de elaboração de leis, tais necessidades sentidas encontrem expressão inequívoca. Além disso, e mais importante ainda, os tribunais têm certas capacidades para lidar com questões de princípio que os órgãos legislativos e executivos não possuem.

Os juízes têm, ou deveriam ter, a capacitação necessária para seguir os caminhos de um estudioso na prossecução dos fins do governo. Isto é crucial para definir os valores duradouros de uma sociedade e não é algo que as instituições possam fazer bem ocasionalmente, embora funcionem na maior parte com um conjunto diferente de engrenagens.

Essa atividade requer um hábito mental e costumes institucionais inabaláveis. Outra vantagem dos tribunais é que as questões de princípio nunca têm para eles o mesmo aspecto que tinham para o legislativo ou o executivo. Afinal, os estatutos tratam normalmente de problemas abstratos ou vagamente previstos; os tribunais estão preocupados com “a carne e o sangue” de um caso real (Bickel, 1986).

Isto tende a modificar e talvez a ampliar a visão de todos. Também fornece um campo de provas extremamente salutar para todas as abstrações; conduz a pensar coisas, não palavras, e, portanto, à evolução do princípio por meio de um processo que testa à medida que cria. Aqui reside uma discussão muito relevante ligado à questão da interpretação: as distinções entre originalismo (interpretativismo) e não-interpretativismo.

O originalismo pode ser descrito como a teoria que busca uma interpretação da constituição em consentâneo com o seu “sentido original”; assim, o originalismo indica que o texto constitucional, e, conseqüentemente, toda e qualquer interpretação de certo modo possui um sentido estático (Ericksen, 2019).

O conceito de sentido estático refere-se à ideia de que o texto constitucional é significativo por si só, não apenas para a época em que foi escrito, mas também para as futuras gerações e além. A estática-semântica presente no texto constitucional assegura que o

significado original seja o mais adequado para servir como base teórica e fundamento para qualquer decisão judicial ou interpretação jurídica que possa surgir.

É fundamental entender que o exame do originalismo se baseia na visão expressa por Scalia (1989, p. 849) de que suas implicações são as menos prejudiciais, ou seja, conforme suas próprias palavras, o originalismo representa "um mal menor" (*a lesser evil*). Diversas definições fundamentais de originalismo estão disponíveis, uma das quais o caracteriza como uma abordagem interpretativa (O'Neill, 2007, p. 112), uma estratégia de interpretação do texto constitucional com base nos princípios estabelecidos "originalmente" no próprio documento linguístico e textual.

A partir dessa descrição básica, torna-se evidente que o texto constitucional contém o significado fundamental a ser interpretado pelo intérprete jurídico. Essa breve contextualização está alinhada com a visão de Scalia (2016, p. 23) sobre o papel do significado original no âmbito do originalismo, que não se curva às intenções presumidas pelos legisladores quanto ao uso de suas palavras e expressões.

Além disso, o originalismo prioriza a interpretação literal das palavras e frases estabelecidas na constituição e essa abordagem do que constitui originalismo pode ser resumida em três princípios fundamentais (Ericksen, 2019). O primeiro princípio sustenta que o texto legal deve ser interpretado de acordo com seu significado original. O segundo princípio afirma que o significado original de um termo valorativo (de importância axiológica) deve ser entendido em linha com as aplicações gerais que ele teria tido na época de sua promulgação, por meio da análise semântica. Além disso, o último princípio fundamental propõe que um termo valorativo em um texto legal deve ser interpretado de acordo com as interpretações comuns na época de sua promulgação.

O primeiro aspecto é autoexplicativo, porém os outros dois parecem bastante similares e devem ser mais claramente diferenciados. O segundo aspecto destaca a importância de comparar a compreensão original durante a promulgação com sua interpretação contemporânea, enfatizando a necessidade de alinhamento entre ambas. Por outro lado, o terceiro aspecto baseia sua interpretação no contexto histórico da promulgação, reconhecendo a possibilidade de que certos grupos sociais tenham tentado distorcer o significado original ao longo do tempo. Assim, é crucial resgatar diretamente o contexto histórico para compreender plenamente o sentido original, sem necessariamente relacioná-lo diretamente ao tempo presente.

Uma outra descrição útil do originalismo o caracteriza como um conjunto de ideias e práticas que atribuem a autoridade do conteúdo das disposições legais aos seus significados originais, tal como interpretados atualmente à luz do momento em que o texto constitucional foi promulgado (Primus, 2008, p.186). Segundo essa definição, o originalismo não é estritamente uma teoria, mas sim uma coleção de referências teóricas e diretrizes práticas que derivam da autoridade constitucional contida nos significados originalmente propostos desde a concepção do texto constitucional.

Prosseguindo com a análise conceitual do originalismo, é necessário apresentar uma definição mais clara e acessível. De acordo com essa abordagem, o originalismo postula que a única fonte válida de princípios e normas constitucionais reside na interpretação original do texto da constituição em si (Goldford, 2005, p. 99). Em sua essência, o originalismo pode ser visto como uma abordagem que busca compreender o texto constitucional por meio da investigação do seu significado original, utilizando métodos históricos para delimitar esse entendimento.

Um pioneiro no uso do termo "originalismo" foi Paul Brest (1981, p. 90), ao descrever essa abordagem como aquela que busca conectar a autoridade do texto constitucional ou as intenções de seus redatores. Essa citação marca uma das primeiras referências acadêmicas do termo "originalismo" (às vezes também chamado de "interpretação originalista" posteriormente), embora expressões como entendimento original, intenções originais ou compreensão original já fossem empregadas em decisões judiciais anteriores.

Além disso, a expressão "sentido original" (um dos fundamentos do originalismo) foi introduzida em uma decisão judicial de 1966 na Suprema Corte americana, durante o caso *Harper vs. Virginia State Bd. of Elections* (Ericksen, 2019). Desde então, esses termos têm sido cada vez mais empregados para descrever as restrições constitucionais impostas à capacidade interpretativa e criativa dos juízes em relação ao próprio texto da constituição.

Em outras decisões do mesmo tribunal, o termo "originalista" foi primeiramente introduzido em 1995 no caso *Roper vs. Simmons*, por meio da opinião do Juiz Scalia. O termo "originalismo", por sua vez, surgiu em 2005, no caso *Van Orden vs. Perry*, conforme destacado na decisão proferida pelo Juiz Stevens (Ericksen, 2019). É importante ressaltar que nestes exemplos históricos, a utilização da terminologia relacionada ao originalismo foi feita em oposição aos posicionamentos interpretativos predominantes, os quais favoreciam a evolução modificativa da interpretação constitucional.

Essa abordagem do originalismo (às vezes chamada de "originalismo do significado original" ou "do significado público original") é apoiada pelo juiz Antonin Scalia, conforme mencionado anteriormente, e ganhou destaque na Suprema Corte americana em suas decisões mais recentes (Bennett; Solum, 2016, p. 31). Ela se concentra principalmente no textualismo mais rigoroso e em uma ampliação do significado semântico das cláusulas operativas, em oposição a interpretações teleológicas (Scalia; Garner, 2012, p. 427). A expressão "significado original" — um dos pilares do originalismo — foi mencionada em uma decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos pela primeira vez em 1966, no caso *Harper v. Virginia State Bd. of Elections*. Já o termo "originalista" foi empregado em um julgamento da mesma Corte apenas em 1995, no caso *Roper v. Simmons*, em um voto de Scalia (Ericksen, 2019).

O originalismo pode ser definido como a teoria que propõe interpretar a constituição de acordo com o seu "significado original". Essa abordagem sustenta que o texto constitucional, assim como qualquer interpretação derivada dele, possui um significado fixo e imutável. Esse conceito de significado estático implica que o texto da constituição é autossuficiente, sendo aplicável não apenas ao contexto da época em que foi elaborado, mas também às gerações subsequentes e às futuras (Ericksen, 2019).

Optar por seguir estritamente o significado semântico expresso no próprio texto constitucional limita a possibilidade de interpretações inovadoras que buscam ideais alheios ao contexto histórico em que o texto foi redigido. Em outras palavras, sob a ótica do originalismo, apenas duas referências são consideradas igualmente válidas: o texto constitucional em si ou sua interpretação original contextualizada. Qualquer outra abordagem que ultrapasse ou se afaste desses parâmetros será considerada inconstitucional e injustificada.

Porém, o originalismo busca evitar uma interpretação mecânica do direito, pois sua base no sentido original é ancorada em uma abordagem tradicional e histórica, distanciando-se assim da ideia de reprodução técnica (Ericksen, 2019). A ênfase na investigação histórica dentro do originalismo é o que o diferencia de uma mera aplicação mecânica do texto legal. Isso significa que as disposições semânticas do texto eliminam a necessidade de interpretações externas teleológicas e evitam cair na armadilha de considerar o texto como a única fonte, sem levar em conta outros fundamentos tradicionais mais amplos do próprio originalismo.

Considerando que o cerne fundamental do originalismo é aderir estritamente ao significado original da constituição, as consequências práticas para a interpretação judicial dependem da especificidade do texto em questão e de sua história. Embora alguns acadêmicos

tenham sugerido o declínio do originalismo (Maltz, 1994, p. 15), essa alegação é imprecisa e enganosa.

O originalismo mencionado neste contexto focaliza o significado que foi estabelecido pelo texto em si. Em outras palavras, o texto é considerado o meio através do qual o intérprete expressa o significado, sem a necessidade de se preocupar com as expectativas em relação à aplicação do texto, as possíveis consequências das disposições constitucionais, ou mesmo as motivações individuais por trás da adoção do texto fornecido (Whittington, 2013, p. 74).

O originalista tem como principal preocupação a identificação da regra ou do princípio constitucional que estava em vigor no momento da redação do texto, em vez de se concentrar em como os indivíduos daquela época esperavam que a regra fosse aplicada ou nos motivos que os levaram a advogar pela adoção dessa regra (Ericksen, 2019). À primeira vista, para críticos menos familiarizados com a teoria originalista, pode parecer que o termo "sentido original" (ou "sentido originário", como às vezes é chamado) sugere uma interpretação rígida por parte do intérprete (ou do aplicador do direito, de forma mais ampla), semelhante ao que ocorre na exegese jurídica, por exemplo.

Em outras palavras, o sentido original parece ser algo rígido, inflexível, predefinido e limitado, sem espaço para qualquer interpretação além do que é explicitamente apresentado. No entanto, a indeterminabilidade inerente à investigação histórica (ou sua derivação) é o método que impede essa rigidez na interpretação do direito em casos específicos (Lipkin, 2000, p. 597).

O originalismo, como método hermenêutico, fundamenta-se em uma leitura textual da constituição, buscando, por meio de suas técnicas, capturar a intenção original dos responsáveis pela elaboração do texto constitucional. O historicismo e a força das tradições na interpretação das normas jurídicas são características do originalismo. Na abordagem interpretativista, que se identifica com o originalismo, a revisão judicial tem como finalidade proporcionar uma interpretação da constituição entendida como o documento jurídico original e fundamental, visando integrar seus preceitos à prática constitucional e jurídica de forma ampla e coesa (Figueira; Bastos, 2020).

Portanto, é evidente que o originalismo representa uma abordagem à interpretação constitucional que não limita o papel do aplicador do direito a uma mera aplicação técnica e mecânica da letra da lei (Perry, 2002, p. 206). Em contrapartida, uma perspectiva não-

originalista prioriza a busca pela "verdade" do conteúdo "histórico-constitucional" (Dworkin, 1986, p. 225), em vez de se ater estritamente aos princípios originais.

A ideia de intenção original não consiste em algo a ser descoberto, mas em algo a ser construído. Nesse sentido, a noção de intenção original não serve como ponto de partida para uma teoria de revisão judicial, pois é um conceito aberto, sem uma definição clara da melhor escolha. Além disso, não há consenso sobre o significado de intenção individual, tampouco existe um conceito definido de intenção coletiva ou uma convenção estabelecida acerca do que se entende por intenção original (Dworkin, 2005).

Apesar disso, o originalismo busca evitar qualquer aplicação automática ou mecânica do direito, já que seu foco está em uma premissa tradicional e histórica, distante da ideia de mera reprodutibilidade técnica. Nesse contexto, o originalismo se concentra no significado fixado pelo texto, considerando-o o meio pelo qual o conteúdo deve ser interpretado pelo intérprete. Assim, não se trata de atender às expectativas relacionadas à aplicação prática do texto, às possíveis consequências das disposições constitucionais ou às motivações específicas que levaram à sua formulação (Ericksen, 2019).

O originalismo fundamenta-se na proteção das leis existentes, limitando a introdução de inovações no sistema político por meio de decisões judiciais. Opondo-se a alterações no ordenamento jurídico, essa corrente considera que tais inovações, voltadas a modificar ou estabelecer novos parâmetros, comprometem gravemente o texto constitucional, desconsiderando sua legitimidade sob o argumento de novas demandas sociais ou do chamado processo de mudanças sociais (Ericksen, 2019). Segundo essa perspectiva, tais mudanças não seriam adequadamente acompanhadas pelos poderes mais diretamente responsáveis por elas, como o legislativo e o executivo; essa é também uma preocupação com a harmonia entre os poderes e a acomodação democrática, nos mesmos termos de Bickel.

Como uma doutrina hermenêutica com implicações políticas, o originalismo visa fortalecer o processo político democrático. Nesse sentido, busca devolver ou preservar as oportunidades de decisão para os processos eleitorais ou legislativos, abrangendo uma ampla gama de casos complexos. No entanto, em relação às decisões das cortes supremas em questões constitucionais, sempre que se enfrenta a necessidade de realizar escolhas baseadas em valores, essas devem estar vinculadas ao significado original do texto constitucional, e não refletir as preferências pessoais dos integrantes do tribunal que emitirão a decisão (Ericksen, 2019). Esse

é mais um ponto de aproximação do originalismo com o pensamento de Bickel a respeito da atividade judicial.

A restrição defendida pelo originalismo apresenta traços característicos de uma verdadeira autocontenção judicial; a autocontenção funciona como um verdadeiro mecanismo de prevenção contra o ativismo judicial, ao buscar evitar que os intérpretes do direito utilizem seu papel técnico-político para impor, de forma unilateral e antidemocrática, suas próprias visões e preferências (Ericksen, 2019). As decisões políticas do judiciário (*policy-making*) frequentemente assumem um caráter político mais ativo do que aquele observado em uma "não decisão". No entanto, pode-se argumentar que a ideia de autocontenção é, em muitos casos, ilusória, visto que os agentes políticos frequentemente preferem ou intencionam que questões políticas sensíveis e complexas sejam resolvidas por órgãos jurisdicionais, como cortes constitucionais, em vez de serem debatidas e decididas nas instâncias legislativas, como seria o esperado em um ambiente democrático.

A partir dessa compreensão detalhada, passa-se a uma análise complementar sobre os termos tendo como suporte teórico para essa discussão e distinção conceitual a obra de Ely (2016). De início Ely adverte que o debate constitucional está dominado por uma falsa dicotomia entre o interpretacionismo e o não-interpretacionismo, sendo essa uma antiga disputa na teoria constitucional.

Para ele, o choque existe entre a corrente que acredita que deve se voltar para as intenções dos legisladores e constituintes e os que acreditam que os tribunais devem "ter autoridade para corrigir e reavaliar as opções valorativas do legislativo", sendo ambas as teorias preocupadas em demonstrar a invalidade de sua oponente. Segundo Ely, nenhuma delas compatível com os pressupostos democráticos do sistema americano, o que faz com que ele já se proponha a elaborar uma terceira teoria do controle judicial de constitucionalidade.

Para deixar mais claro, é possível compreender essas duas categorias com uma certa aproximação terminológica do positivismo e jusnaturalismo, contudo essa nomenclatura não é adotada para evitar confusões conceituais. O interpretacionismo pode ser identificado quando "os juízes que decidem as questões constitucionais devem limitar-se a fazer cumprir as normas explícitas ou claramente implícitas na constituição escrita", numa espécie de aproximação com o positivismo (Ely, 2016, p. 3).

Já o não interpretacionismo acredita que "os tribunais devem ir além desse conjunto de referências e fazer cumprir normas que não se encontram claramente indicadas na linguagem

do documento", numa aproximação com o jusnaturalismo (Ely, 2016, p.3). Uma observação importante é que Ely considera que ativismo e autocontenção estão presentes nas duas correntes; além disso, ele considera um equívoco afirmar que há correlação necessária entre o interpretacionismo (positivismo) e o conservadorismo político.

Essa dicotomia está diretamente relacionada com a própria questão da atuação judicial e do exercício do poder político e democrático. Isso porque o poder das instituições representativas de direcionar o curso da ação política é a marca distintiva do sistema democrático, e o controle judicial de constitucionalidade choca-se justamente contra essa característica.

Essa discussão de assimila à ideia de Bickel a respeito do antagonismo entre a revisão judicial e o exercício democrático, bastante explorada em sua obra. Dando seguimento ao raciocínio, Ely (2016, p.8) considera que os tribunais "fora do âmbito da jurisdição constitucional se limitam a preencher as lacunas que o poder legislativo deixou nas leis que aprovou ou, então, a tomar conta de uma área que o poder legislativo, de caso pensado, entregou ao judiciário para que a desenvolvesse".

Com isso se introduz a problemática central do controle judicial de constitucionalidade no sistema americano: fora da jurisdição constitucional as decisões judiciais podem ser anuladas ou invalidadas por nova lei ordinária, numa espécie de *backlash* ou reversão legislativa. Contudo, quando se verifica que a corte invalida "ato dos poderes políticos com base na constituição, no entanto, ela está rejeitando a decisão dos poderes políticos, e em geral o faz de maneira que não esteja sujeita à correção pelo processo legislativo ordinário" (Ely, 2016, p. 8).

A constituição americana ao determinar eleições para o congresso e a forma republicana de governo deixa claro o seu compromisso com a democracia representativa, o que, de modo similar aos Federalistas, era apontado como altamente compatível com o espírito americano. Considera-se essencial que o governo seja derivado da sociedade como um todo, e não de uma pequena parcela ou de uma classe favorecida.

Há uma tendência do povo americano e das próprias emendas constitucionais ratificadas posteriormente a aumentar o controle popular sobre o governo, demonstrando que os americanos jamais teriam desejado uma aristocracia. Esse é um grande compromisso entre os americanos.

Nesse contexto, se apresenta uma recorrente dificuldade do não interpretacionismo (quando os tribunais vão além do claramente escrito): a democracia majoritária (governo de acordo com o consentimento da maioria dos governados) é o cerne de todo o sistema americano e eles não sabem negar/se posicionar em defesa da acusação de que seu pensamento é contrário a isso. Nessa esteira, Ely (2016) considera que a tarefa mais difícil continua sendo criar meios de proteção das minorias da tirania da maioria sem incorrer numa contradição flagrante com a ideia de um governo majoritário.

Sobre esse aspecto ressaltam-se aspectos positivos na escola interpretacionista, visto que dá importância a estabelecer limites ao governo da maioria de forma prévia, por ser mais seguro e mais prudente. Essa antecipação permite uma tomada de decisões “sem controvérsias específicas ou problemas políticos particulares com as paranoias e paixões que os acompanham” (Ely, 2016, p. 13).

Isso também é considerado como mais democrático porque as limitações prévias ao governo da maioria são estabelecidas de antemão com base nos próprios valores e intenções originais da constituição, que já foi avaliada e ratificada pelo povo e esses valores vêm dele. Logo, as limitações são impostas pelo próprio povo e “nessa hipótese, quem controla o povo não são os juízes, mas a constituição - o que significa que, na verdade, o povo controla a si mesmo” (Ely, 2016, p. 13).

Já o não interpretacionismo entrega aos juízes, que não foram eleitos nem possuem (ou devem ter) representatividade política, a missão de definir quais os valores, incluindo sua extensão e alcance, que devem ser incorporados, estendidos ou postos fora do alcance do controle majoritário. Aqui reside o cerne da chamada dificuldade contramajoritária, que será um ponto central na abordagem de Bickel.

Assim, torna-se claro que o originalismo reflete uma abordagem à interpretação constitucional que transcende a mera aplicação técnica e mecânica da letra da lei. Por outro lado, uma visão não-originalista enfatiza a busca pela essência histórico-constitucional (Dworkin, 1986, p. 225), em vez de se limitar rigidamente aos princípios originais.

De forma geral, Ely (2016, p. 4) argumenta que a distinção entre o interpretacionismo e sua contraparte reside na ideia de que os atos relacionados aos poderes legislativo e executivo só podem ser considerados nulos com base em uma inferência cuja premissa subjacente seja claramente identificável na constituição. É amplamente aceito pelos dois lados do debate que

se a inferência completa não puder ser encontrada na constituição, isso constitui um ponto de concordância.

Portanto, o impasse abordado por Ely pode ser elucidado da seguinte maneira: uma interpretação estrita das cláusulas constitucionais como entidades autônomas, ao ser submetida a uma análise rigorosa, revela sua inadequação em capturar plenamente o verdadeiro propósito de certas disposições. No entanto, ao buscar fontes externas para complementar as lacunas do texto constitucional, sem transformar a Suprema Corte em uma mera instância de controle legislativo, não se encontra uma solução viável (Ely, 2016).

Segundo Ely, embora seja comum pensar que apenas essas opções são adequadas para abordar o problema da legitimidade da jurisdição constitucional, elas não são as únicas, uma vez que impor valores não é a única solução para a necessidade de interpretar a constituição. Ely (2016) fundamenta sua tese na ideia de que a constituição americana sempre teve como objetivo primordial preservar a liberdade. No entanto, o cerne de sua investigação reside na maneira como esse objetivo foi perseguido ao longo do tempo.

Uma resposta para essa questão é fornecida por uma extensa gama de garantias processuais, juntamente com um sistema ainda mais complexo destinado a garantir que, ao tomar decisões de natureza substancial, o processo decisório seja acessível a todos em condições de equidade relativa. Os responsáveis pelas deliberações têm o dever de considerar os interesses daqueles que serão impactados por suas decisões.

Assim, a estratégia adotada para preservar a liberdade, um dos principais objetivos da constituição americana, não consistiu em estabelecer um conjunto fixo de direitos substanciais que receberiam proteção permanente. Em vez disso, Ely (2016) argumenta que a constituição parte do pressuposto sensato de que, em uma democracia representativa, a maioria nunca irá ameaçar seus próprios direitos. Portanto, o documento visa garantir que essa maioria efetiva não trate sistematicamente outros grupos minoritários de forma pior do que trata a si mesma.

Considerando isso, a constituição organiza o processo decisório para garantir, em última análise, que os interesses de todos sejam representados de maneira eficaz, seja diretamente ou de forma representativa, no momento da decisão substantiva. Além disso, busca-se assegurar que os processos de aplicação da lei aos casos concretos não se desviem ao ponto de introduzir, na prática, uma discriminação que teoricamente não é tolerada.

Portanto, a constituição americana sempre enfatizou questões fundamentais e estruturais. De acordo com Ely (2016), o que a diferencia, juntamente com os Estados Unidos em si, é sua ênfase no processo de governo em detrimento de uma ideologia dominante. Uma análise cuidadosa da constituição americana revela que a escolha e ponderação de valores substantivos são em grande parte atribuídas ao processo político.

A constituição demonstra duas preocupações principais: o processo em um sentido estrito, evidenciado pela aplicação da justiça procedimental na resolução de disputas individuais; e o processo em um sentido amplo, assegurando uma participação abrangente nos processos e distribuições governamentais (Ely, 2016).

Com base na premissa fundamental em relação à constituição americana, Ely (2016) propõe uma perspectiva sobre o controle judicial de constitucionalidade que se orienta pela ideia de participação e visa fortalecer a representatividade. Ele sustenta essa perspectiva com dois argumentos. Primeiramente, ele argumenta que uma abordagem do controle judicial de constitucionalidade que prioriza a promoção da representação, em contraposição àquela que busca proteger valores, não é incongruente com os princípios implícitos do sistema democrático representativo americano; pelo contrário, ela os fundamenta integralmente.

Essa perspectiva reconhece como inaceitável a afirmação de que os juízes nomeados e com mandatos vitalícios representam de forma mais precisa os valores convencionados do que os representantes eleitos pelo povo. Ela sugere, em vez disso, que os mecanismos pelos quais o sistema garante que os representantes cumprirão efetivamente seu papel fundamental de representação da população devem ser constantemente avaliados e aprimorados (Ely, 2016).

O segundo argumento, por sua vez, ao contrastar esta abordagem do controle judicial de constitucionalidade com sua contraparte mencionada anteriormente, abarca responsabilidades para as quais pode-se razoavelmente argumentar que os tribunais, com sua especialização em procedimentos legais e sua distância do cenário político, estão mais capacitados e em uma posição mais favorável para desempenhar do que as autoridades políticas (Ely, 2016).

De acordo com Ely, a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos em casos complexos como *Lochner v. New York*, *Brown v. Board of Education of Topeka* e *Roe v. Wade* foi fundamentada em disposições normativas de textura aberta da constituição (Castro, 2020). Como discutido anteriormente, Ely argumenta que a essência da constituição dos Estados Unidos e do sistema de democracia representativa que ela estabelece se concentra primariamente no processo de governança, em vez de em uma ideologia específica. Isso explica

sua dedicação às questões constitucionais e à implementação de um controle procedimental da constitucionalidade.

De modo diverso, um dos proeminentes defensores dessa abordagem, criticada por Ely, é Ronald Dworkin, que argumenta que princípios morais são intrínsecos à interpretação lógica das disposições constitucionais. Essa teoria merece uma análise mais detalhada. Segundo Dworkin, o direito abrange não apenas regras, mas também princípios. Enquanto as regras podem ser consideradas válidas ou inválidas com base nos fatos que regulam, em caso de conflito entre elas, a determinação da regra válida é feita por critérios hierárquicos, de especificidade e cronológicos (Dworkin, 2002).

A essência da teoria de Dworkin se baseia em um tipo de argumentação caracterizado por Ely como não interpretacionista. Esse argumento sustenta que a corte é uma instituição encarregada de tanto a evolução quanto a aplicação dos princípios fundamentais da sociedade, delineando assim sua função constitucional de afirmar princípios e determinar valores. A partir dessa premissa, emergem duas ideias-chave: a de que a filosofia moral constitui o cerne do direito constitucional e a de que há uma maneira correta de exercer essa filosofia (Ely, 2016).

Desse modo, constatou-se que há bastante proximidade na temática e na perspectiva de Ely e Bickel. Após ampla compreensão da matéria e suas respectivas distinções e repercussões, passa-se a outros aspectos centrais da teoria de Alexander Bickel sobre sua visão política e as consequências dessa visão no comportamento e atuação dos juízes durante a atividade de revisão judicial.

## **2.2 UMA IDEIA DE PRUDÊNCIA, CONSENTIMENTO E PROGRESSO: DA POLÍTICA PARA A SUPREMA CORTE**

O cerne do governo democrático para Bickel, e a moralidade que o distingue de todo o resto, é que ele se baseia no consentimento. E o segredo do consentimento é apenas em parte uma questão de controle, de reserva de poder de uma maioria para se levantar contra decisões que a desagradam.

É, talvez mais importante, o sentimento partilhado por todos de que os seus interesses foram defendidos no processo de tomada de decisão, independentemente do resultado. O governo por consentimento exige que nenhum setor da sociedade se sinta alienado das instituições que governam.

Isto significa que as instituições não devem representar apenas uma maioria numérica, que é, de qualquer forma, uma quantidade mutável e incerta, mas devem refletir o povo em toda a sua diversidade, para que todo o povo possa sentir que os seus interesses particulares e mesmo os preconceitos, que todas as suas diversas características, foram utilizadas no processo de tomada de decisão.

Para garantir que as instituições representativas reflitam a diversidade de "nossa grande e heterogênea República", deve-se antes de tudo levar em conta o fato enfatizado por Madison (a quem Bickel se refere frequentemente e sempre com aprovação) de que "as pessoas tendem a agir politicamente não apenas como indivíduos, mas em grupos" (Kronman, 1985).

Como observou o juiz Harlan na sua dissidência no caso Reynolds Sims, "as pessoas não são cifras" (citado por Bickel, 1986). Elas não são seres fungíveis, jurídicos, totalmente indistinguíveis uns dos outros, mas seres que, além de quaisquer direitos e privilégios universais que possuam, também têm ligações locais específicas, conexões históricas e interesses profissionais e outros que os unem mais ou menos estreitamente a vários outros indivíduos com quem muitas vezes consideram útil e gratificante colaborar para a realização de algum bem comum.

Se os grupos que os indivíduos formam em virtude da sua história, localização e interesses forem ignorados no desenho das instituições representativas de uma sociedade – isto é, se essas instituições forem concebidas como representando indivíduos em abstrato, despojadas de todas as suas relações sociais e econômicas mais determinadas, de modo que a única coisa que pode distinguir um grupo de outro é a sua dimensão numérica relativa - então nada pode garantir que as opiniões de todos os grupos relevantes serão representadas ou terão uma consideração justa nos processos deliberativos do governo.

Na opinião de Bickel, o resultado provável de ignorar a importância de grupos ou facções na vida política americana seria exatamente o oposto – a exclusão de pelo menos alguns grupos do processo de autogoverno e o seu consequente desencanto com ele. Só uma insistência contínua na importância das comunidades de interesse e de opinião que se situam, por assim dizer, a meio caminho entre o indivíduo e a jurisdição abrangente do Estado territorial pode garantir que se alcance uma verdadeira "democracia participativa, em que o acesso ao processo de governo está continuamente disponível para todos os grupos" (Kronman, 1985).

Para que um governo democrático sobreviva às tensões dos conflitos políticos rotineiros, deve haver uma crença generalizada na sua legitimidade. A legitimidade, por sua

vez, exige que os processos deliberativos do governo sejam abertos a todos os grupos ou facções.

Uma segunda e igualmente importante condição de estabilidade, de acordo com Bickel (1978), é alguma acomodação ao fato de que indivíduos e grupos “têm opiniões, preferências e interesses que variam em intensidade (e não apenas em seu conteúdo ou assunto), exigindo assim graus variados de respeito e tolerância por parte dos outros, mesmo que esses outros constituam uma maioria.”

Se os processos políticos não fornecerem nenhum mecanismo para registrar a intensidade das preferências concorrentes, aqueles cujas preferências são extremamente fortes, embora constituam uma minoria, podem sentir que todo o peso da sua posição não foi devidamente comunicado aos seus oponentes e, neste sentido específico, que a sua posição em si não foi ouvida de forma justa - uma conclusão que poderá minar a moral política de quem detém o poder no momento.

Contudo, para levar em conta a intensidade da preferência, é preciso fazer ajustes importantes na posição que Bickel chama com desaprovação de "majoritarismo intransigente", assim como é preciso fazer ajustes nesta posição para garantir que as instituições representativas reflitam a natureza dividida da ação política. Para medir a intensidade da preferência, é preciso adotar alguns meios de ponderação dos votos, e qualquer estratégia deste tipo compromete necessariamente o compromisso com o igualitarismo estrito do padrão “uma pessoa, um voto”.

Sem esse tipo de compromisso, contudo, a paz e a estabilidade do sistema político ficarão comprometidas, pois o consentimento do qual depende a legitimidade do sistema será provavelmente, a longo prazo, retirado por qualquer minoria insatisfeita que o sinta. Isso porque a minoria acreditará que não recebeu o devido respeito que acredita que a especialidade das suas preferências e interesses lhe confere o direito.

Muitos aspectos do sistema americano de governo (entendendo-se este termo, num sentido amplo, como incluindo tanto a sua estrutura constitucional formal como certas práticas de longa data de tipo mais informal) ajudam a minimizar as fontes potenciais de descontentamento que Bickel identifica e, assim, a aumentar a probabilidade de que governo continue a ser um governo “legítimo e estável” “ao qual é dado o consentimento geral”.

Na incapacidade pretendida de qualquer grupo, incluindo a maioria, de sempre conseguir tudo o que deseja, e a capacidade pretendida de muitos grupos, todos eles minorias,

de exercer vetos, reside algumas peculiaridades. Uma grande vantagem deste arranjo, de acordo com Bickel, é que permite a expressão, por meio do exercício do poder de veto, “não apenas de desejos e preferências, mas de intensidades que nenhuma votação pode registrar”.

Nesse sentido, a multiplicação de poderes e de oportunidades para afirmar influência e controle político traz consigo o perigo de impasse e paralisia nos processos de governo. Isto é particularmente verdade se várias minorias diferentes possuírem, cada uma, poder de veto, de modo que as ações só podem ser empreendidas se houver consenso pleno (ou quase consenso) relativamente à sua conveniência.

Na maior parte, porém, o sistema americano tem sido capaz de manter este perigo dentro de limites moderados - em grande parte devido ao sistema bipartidário historicamente consolidado e evoluído. Se fosse adotado, em vez disso, um sistema multipartidário o resultado de acordo com Bickel não seria favorável, visto que o domínio de dois grandes partidos permite alcançar uma política de coligação e acomodação melhor, com governos moderados e um regime estável e em vez de uma política de fragmentação ideológica e carismática (Kronman, 1985).

Essa concepção de Bickel está ligada a sua ideia de democracia americana, uma concepção que é justamente baseada na prudência. Para compreender ou reformar com sucesso o sistema de governo americano, é preciso, na opinião de Bickel, apreciar os detalhes dos seus arranjos institucionais e ter em conta as complexidades sociais em que esses arranjos estão inseridos. Isso porque

as instituições de um governo secular e democrático geralmente não se anunciam como mistérios. As reformas dentro de uma sociedade precisam ser implementadas em pequenos passos. Acima de tudo, a reforma política requer uma certa “inventividade na adaptação de velhos acordos aos objetivos atuais”, sem mudanças globais [...] o segredo da reforma bem sucedida é um gradualismo progressivo do mesmo tipo que caracterizou o crescimento do direito consuetudinário (Kronman, 1985).

A tolerância ao compromisso e a ênfase nos detalhes institucionais que caracterizam a teoria do governo democrático de Bickel baseiam-se, no fundo, numa atitude que ele próprio descreve como um fascínio pelo mundo, uma compreensão apreciativa da sua complexidade e da resistência que oferece às ideias, que é partilhada por todos os homens práticos interessados em aperfeiçoar a democracia americana.

O que estes "homens práticos" possuem, claro, é prudência - a virtude judicial preeminente e, como é possível acrescentar agora, também a virtude política preeminente.

Bickel rejeita como filosóficos românticos aqueles que promovem reformas institucionais abrangentes com o objetivo de alcançar uma maior aproximação a alguma concepção ideal, e vastamente simplificada, de democracia representativa (Kronman, 1985).

Várias vezes ele cita a referência depreciativa de Madison aos “políticos teóricos” que são motivados por um desejo de reduzir “a humanidade a uma perfeita igualdade em seus direitos políticos”, um programa que ignora as realidades da história e da existência social, especialmente o fato de os homens formarem facções ou grupos que não podem (e na verdade não devem) ser vistos simplesmente como agregações de indivíduos de outra forma idênticos.

Numa frase de Edmund Burke que Bickel gostava de citar, a constituição de um Estado não é um “problema de aritmética” — nem de filosofia (citado por Kronman, 1985). O que é necessário para a manutenção bem-sucedida de uma constituição madura é a prudência. Posteriormente Bickel passou a conceber a ideia de prudência em termos ainda mais amplos, não apenas como um pré-requisito para um julgamento responsável ou para uma reforma democrática, mas como a base para toda uma tradição de pensamento político.

A premissa da visão de prudência para Bickel é que a reforma gradual no quadro das instituições existentes é quase sempre preferível a modos de mudança mais bruscos e descontínuos, que procuram substituir todo um quadro por outro, a exemplo de revoluções. Apesar disso, às vezes as instituições tornam-se tão corruptas e injustas que não resta outra alternativa moralmente tolerável, exceto sua completa abolição.

Entretanto, mudanças revolucionárias não são isentas de custos. Qualquer novo regime deve depender, segundo Bickel, por certo tempo mais de princípios do que de costumes, e a maleabilidade das ideias, juntamente com os impulsos que as encorajam, fazem dos primeiros anos de um governo revolucionário um período especialmente perigoso, em que florescem os despotismos.

O prudente vê a revolução como um remédio extraordinário, a ser utilizado apenas quando todos os outros corretivos falharem, e mesmo assim não com espírito de empolgação e com muita expectativa, mas com preocupação e apreensão.

Quase tão destrutiva é também a tendência de examinar os problemas políticos comuns a partir da perspectiva inebriante e apaixonada daqueles que estão envolvidos no extraordinário trabalho da revolução. Também contra isto a prudência nos adverte, enfatizando o valor das instituições existentes e a virtude da reforma progressiva. Essa defesa não significa abraçar o

status quo de uma forma mecânica e apática, mas apenas insistir na cautela contra o perigoso ímpeto das emoções entre os revolucionários.

É por isso que Bickel (1986) faz uma defesa do isolamento e do “maravilhoso mistério do tempo” a fim de permitir aos tribunais a capacidade de apelar às melhores naturezas dos homens, de evocar as suas aspirações, que podem ter sido esquecidas no clamor do momento. Isto é o que se chamou de oportunidade para “um segundo pensamento sóbrio”.

Portanto, os tribunais, embora possam de certa forma diminuir os esforços do povo e dos legislativos para se educarem, são também uma grande e altamente eficaz instituição que funciona como um instrumento educacional. Os juízes “são inevitavelmente professores num seminário nacional vital” (Bickel, 1986). De acordo com essa ideia, nenhum outro ramo do governo americano está tão bem equipado para conduzir um seminário, e um seminário deste tipo pode contribuir muito para evitar que a sociedade fique tão dividida que nenhum tribunal seja capaz de salvá-la.

Assim a Corte parece predestinada, no longo prazo, não apenas pela tradição do direito anglo-americano, mas também pelos fatos concretos de sua posição na estrutura das instituições americanas, a ser uma voz da razão, encarregada da função criativa de discernir novamente e de articular e desenvolver princípios impessoais e duráveis (Bickel, 1986).

Para isso uma corte suprema então não pode operar sem um mecanismo recursal que lhe dê a autoridade para selecionar casos realmente significativos para o avanço do direito. A racionalidade na atuação da corte exige que, desde o início do julgamento, sejam estabelecidos os fundamentos legais que serão debatidos pelo colegiado. Isso não é apenas para evitar dúvidas sobre o foco da deliberação, mas também para garantir que a discussão seja conduzida de maneira racional, evitando a abordagem de questões irrelevantes e também adotando uma postura mais autocontida (Marinoni, 2016), como é a intenção de Bickel ao proteger os valores duradouros da sociedade.

Uma ideia de universalidade, ou seja, uma exigência de que um argumento que valida uma conclusão seja capaz de sustentar o mesmo resultado em situações semelhantes, deve ser uma regra para as decisões judiciais, a fim de promover os valores e princípios da sociedade. Se a decisão da corte suprema é uma regra derivada da interpretação, ela deve ser capaz de regular todas as situações similares; assim, a universalidade do precedente é essencial para evitar a arbitrariedade (Marinoni, 2016).

Não há dúvida de que a total coerência com a teoria democrática não foi estabelecida. O cerne da fé democrática é o governo pelo consentimento dos governados. A premissa adicional não é incompatível com que a boa sociedade não só querará satisfazer as necessidades imediatas do maior número, mas também se esforçará para apoiar e manter valores gerais duradouros; esse é o cerne da teoria de Bickel.

Bickel considera que as instituições eleitas estão mal preparadas, ou não tão bem preparadas como os tribunais, para desempenhar essa última tarefa. Isso baseia-se no pressuposto de que as próprias pessoas, por meio da ação direta nas urnas, são certamente incapazes de sustentar um sistema funcional de valores gerais especificamente aplicados.

Mas isso se assume o tempo todo, sendo uma democracia representativa e deliberativa. Questões de oportunidade geralmente não são submetidas a referendo direto. Nem deveriam as questões de princípio, que exigem uma deliberação ainda mais intensa, ser submetidas desta forma. A referência de políticas específicas ao povo para a decisão inicial é, com poucas exceções, uma falácia ou o caminho daqueles que usariam as formas de democracia para fins não democráticos.

Não é assim que vivem as democracias em funcionamento. As democracias vivem de acordo com a ideia, central no processo de obtenção do consentimento dos governados, de que a maioria tem o poder final para deslocar os decisores e rejeitar qualquer parte da sua política; com essa ideia, a revisão judicial deve alcançar alguma consonância (Bickel, 1986).

Considerando-se um governo democrático sob a lei, para que a massa crítica não seja alcançada deve haver uma acomodação, um grau de concordância entre os elementos divergentes. Havendo divergência que tenha sido verificada, caso o povo persista, e tendo este sido educado, se insistir, não deverá esta opinião vencer todos os princípios fundamentais, exceto um - que é o princípio que deve vencer? Estaria a sociedade suficientemente segura da validade permanente de qualquer outro princípio para estar pronta a impô-lo contra uma maioria consistente e determinada, e poderia fazê-lo por muito tempo? Não tem o povo o direito à revolução pacífica, pois certamente, com o tempo, possuirá a capacidade para uma revolução sangrenta?

Sobre esses questionamentos, tem-se que a premissa da democracia é igualitária e, como escreveu Muller, todo aluno brilhante do segundo ano sabe como abrir buracos nela (Bickel, 1986). No entanto, como também afirma o Muller, não existe “nenhum padrão universal de superioridade”; não existem balanças seguras nas quais pesar todas as virtudes e capacidades

relevantes dos homens, e muitos homens podem corretamente afirmar serem melhores cidadãos do que o especialista ou o gênio.

Além disso, e mais significativamente, todos os homens são de fato iguais no que diz respeito à sua estrutura comum e ao seu destino comum. Assim, repetindo a visão do juiz Hand, o governo deve ser o seu empreendimento comum. Quem pensará que é moral ou sábio, em última análise, dirigir a vida dos homens contra a vontade da maior parte deles?

Para colocar a revisão judicial em concordância com tais pressupostos se exige uma análise mais detalhada do funcionamento real do processo em diversas circunstâncias. As sugestões preliminares podem ser apresentadas considerando que a regra de princípio imposta pelo tribunal raramente é rígida, que o tribunal tem meios de persuadir antes de tentar coagir e que, ao longo do tempo, uma opinião sustentada que vai contra a lei constitucional do tribunal pode conseguir a sua anulação, diretamente ou por desuso (Bickel, 1986).

Pode ainda acontecer que, se o processo for devidamente conduzido, um aspecto da vontade popular atual – não apenas a intemporal e mística – encontre expressão na decisão constitucional. O resultado pode ser uma acomodação tolerável com a teoria e a prática da democracia.

Esta investigação sobre uma justificativa geral da revisão judicial não pode terminar sem levar em conta um argumento muito sugestivo e perspicaz, que enfatiza que o tribunal desempenha não apenas uma função de verificação, mas também de legitimação (Bickel, 1986). Assim, a revisão judicial significa não só que o tribunal pode considerar uma ação legislativa inconstitucional, mas também que pode validá-la como estando dentro dos poderes concedidos constitucionalmente e como não violando as limitações constitucionais.

Afirma-se ainda que a função de legitimação seria impossível de ser desempenhada se a função de verificação também não existisse: qual é a vantagem de uma declaração de validade de uma instituição que é, por hipótese, obrigada a validar tudo o que é apresentado? A verdade é que a função legitimadora é um subproduto inevitável, mesmo que não intencional, do poder de verificação. O que se segue é definir qual é a natureza desta função legitimadora e qual a sua necessidade. O juiz Black cita a história do intelectual francês que, ao chegar ao porto de Nova York, exclama: “É maravilhoso respirar o doce ar da legitimidade!”; ele afirma essencialmente que o que enchia os pulmões do francês, o que lhe cheirava tão diferente da sucessão de impérios e repúblicas de curta duração endêmicos na sua terra natal, era o doce odor da Suprema Corte dos Estados Unidos (citado por Kronman, 1985).

Contudo, é muito mais simples e mais próximo da realidade tanto da experiência americana como da francesa começar com a proposição de que a legitimidade chega a um regime que é considerado bom e que se provou como tal às gerações passadas, bem como nas gerações anteriores.

Um tal governo deve ter princípios e ser responsável; mas deve ser sentido como sendo um sem ter deixado de ser o outro e, a menos que seja responsável, não pode de fato ser estável e não é moralmente suportável. Muito possivelmente, houve governos que foram eleitoralmente responsáveis e ainda assim não conseguiram alcançar a estabilidade.

Mas isso não quer dizer que o teriam alcançado tornando-se menos responsáveis – isto é, divorciando os defensores dos seus princípios do processo eleitoral. A legitimidade, sendo a estabilidade de um bom governo ao longo do tempo, é fruto do consentimento para ações específicas ou da autoridade para agir; o consentimento para o exercício da autoridade, aprovado ou não em cada caso, de uma população tão unificada quanto possível, mas o mais importante, de uma maioria presente (Bickel, 1986).

Muito provavelmente, a estabilidade da república americana deve-se em grande parte a um modelo de sociedade que possui uma “unidade moral” que foi seriamente quebrada apenas com a extensão da escravidão. Esta unidade torna possível uma sociedade que aceita os seus princípios do alto, sem lutar por eles.

Mas o consenso é também uma limitação ao tipo de princípios que serão aceitos (Bickel, 1986). É precipitado atribuir o sentido americano de legitimidade à instituição da revisão judicial. Este último é mais próximo do fruto do primeiro, embora a "unidade moral" deva ser manifestada, deve ser renovada, aguçada e posta em prática - e esta é uma função que a revisão judicial pode exercer.

Sem dúvida, é interesse da maioria obter a aquiescência da minoria tão frequentemente e no maior grau possível. E não há dúvida de que o tribunal pode ajudar a obter aquiescência, assegurando àqueles que perderam uma luta política que estava em jogo apenas um interesse momentâneo, e não um princípio fundamental. No entanto, se questiona se será razoável supor que a maioria desejaria ver-se controlada de vez em quando apenas para ter uma instituição que, quando opta por seguir a vontade da maioria, seja capaz de ajudar a apaziguar a minoria derrotada.

O poder de controle deve encontrar a sua própria justificação particularmente num sistema que, em vários aspectos importantes, oferece salvaguardas políticas prodigiosas à minoria. Assim, a função legitimadora da revisão judicial não pode ser aceita como uma justificação independente para ela.

No entanto, existe. Não só a Suprema Corte é capaz de gerar consentimento para medidas legislativas ou executivas controversas, como tem o poder mais sutil de acrescentar um certo ímpeto a medidas que a maioria adopta de forma bastante hesitante (Bickel, 1986). Há momentos em que a maioria pode, devido a fortes sentimentos minoritários, inclinar-se no final a negar-se a si mesma, mas quando se trata de adotar uma medida com mais firmeza a minoria acaba por aceitá-la porque o tribunal - pretendendo talvez não tal consequência - declarou-a consistente com o princípio constitucional.

Esta tendência esbarra no problema de que a revisão judicial irá diminuir a capacidade política do povo e amortecer o seu sentido de responsabilidade moral (Bickel, 1986). Posteriormente, esse ponto será retomado com uma consideração que deveria fazer com que o tribunal se abstivesse de vez em quando. Mas a Suprema Corte enquanto força legitimadora da sociedade dispõe de um artifício menos palpável, porém com maior impacto.

No sistema americano o símbolo da nacionalidade, da continuidade, da unidade e do propósito comum é a constituição, sem referência particular ao que exatamente significa nesta ou naquela aplicação. A utilidade de tal símbolo é comum. A Grã-Bretanha - o Reino Unido, e talvez até a *Commonwealth* - é a demonstração histórica mais poderosa da eficácia de um símbolo, concretizada na pessoa da coroa.

O presidente, no sistema americano, cumpre um pouco esta função, mas apenas de forma muito marginal, porque a personificação da unidade deve estar acima da batalha política, e nenhum presidente pode cumprir o seu cargo enquanto permanece acima da batalha (Bickel, 1986). Os presidentes eficazes foram necessariamente homens de poder e, por isso, coube em grande parte à suprema corte concretizar o símbolo da constituição.

Tendo em mente que isto é apresentado como uma observação e não como justificação, é certamente verdade que o tribunal tem sido capaz de desempenhar o papel em parte - mas apenas em parte - em virtude do seu poder de revisão judicial. O tribunal é visto como um continuum. Nunca é, como outras instituições, renovado de uma só vez. Nenhuma ou duas mudanças no tribunal, mesmo que incluam o advento de um novo presidente da Suprema Corte, podem ser tão imediatamente importantes como uma mudança na presidência.

No geral, os movimentos do tribunal não são repentinos nem subitamente afetados por novas nomeações. A continuidade é uma das principais preocupações do tribunal, pois é a principal razão do lugar dele na preferência da sociedade. Sem dúvida, a função simbólica da corte não seria possível e não teria atingido o estágio que se vê agora, se não houvesse o exercício do poder de revisão judicial (Bickel, 1986).

Difícilmente a Corte poderia personificar a constituição, a menos que finalmente tivesse autoridade para falar dela. Mas tal como o símbolo se manifesta hoje, parece nem sempre depender de revisão judicial. Às vezes parece ter tanto a ver com o mandato vitalício dos membros da Corte como com o fato do longo serviço governamental de alguns deles, não apenas na Corte em si; em suma, com a impressão total de continuidade personificada.

Os altos membros da Corte são testemunhas da realidade e da validade do nosso presente - distraído, improvável, ilegítimo como muitas vezes parece - porque nas suas pessoas se asseguram a sua ligação com o passado que também testemunharam e no qual foram membros do establishment e estes já foram arautos de algo escandalosamente novo (Bickel, 1986). Isto é verdade não apenas para aqueles que são construtivos e criativos; é verdade para os juízes que se opõem a tudo o que não é como eles conheciam.

Assim, a discussão anterior sobre a origem e a justificativa da revisão judicial tem lidado em sua maior parte e indiscriminadamente, com o poder dos tribunais federais de derrubar a legislação federal e com o poder desses tribunais de repassar as ações dos estados.

Existem, é claro, diferenças. Muitos juízes e comentaristas que questionaram o poder de revisão judicial da legislação federal concederam livremente o mesmo poder quando exercido no que diz respeito a ações estatais. É vital como se vê que alguma agência federal tenha autoridade para declarar e aplicar a lei federal aos estados membros da federação. É evidente que, para garantir a plena eficácia, uma parte substancial deste poder deve ser exercida por um órgão judicial.

No entanto, continua a ser verdade que quando o tribunal invalida a ação de uma legislatura estatal, está a agir contra a vontade da maioria dentro da jurisdição dada; além disso, também promete impedir a ação da maioria sobre o assunto em questão em todo o país (Bickel, 1986). O tribunal representa a vontade nacional contra o particularismo local; mas não o representa, como faz o congresso, por meio da responsabilidade eleitoral.

A necessidade de efetivar a superioridade da lei federal sobre a lei estadual não é uma justificativa suficiente para a revisão judicial das ações estaduais nos casos em que a lei federal em questão é constitucional e, portanto, elaborada por juízes. Também neste aspecto, portanto, a função deve ser apoiada pelas outras razões já expostas. Isto não quer dizer, contudo, que não haverá casos em que pareça justificável exercer a revisão judicial com mais vigor contra os estados do que contra o legislativo ou executivo federal, e casos que exijam também menos vigor.

Ao tratar do seu estabelecimento e justificação, a revisão judicial foi abordada num certo sentido, como se não se soubesse mais sobre ela do que o que abordado no caso *Marbury v. Madison*. Isto é, foi tratado de forma ampla, como o poder de derrubar, por motivos constitucionais, tanto a legislação federal como a estadual, bem como a ação executiva.

Para tratar sobre esse assunto da revisão judicial Bickel ressalta como exemplo uma era bastante peculiar. Como muitos dos seus antecessores, Earl Warren, décimo quarto presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, deu o seu nome a um período, deixando sua marca e, assim como a Suprema Corte possui sua história dividida por “eras”, sendo que Warren se fez conhecido por características peculiares que tornaram sua atuação bastante distinta.

Os juízes da corte Warren aventuraram-se a identificar um objetivo necessariamente grandioso – buscar uma sociedade igualitária. Esses juízes foram guiados por este objetivo, tal como uma própria visão de uma nação, sustentando a crença e uma ideia de progresso aptos a mover a história, validando o curso de suas ações e impactando as próximas gerações (Bickel, 1978).

Assim como o juiz Marshall que tinha uma espécie de “lousa em branco” a seu favor, eles apostaram no futuro mesmo que para isso tivessem que usar na lousa tanto a borracha quanto o giz; contudo a borracha foi usada seletivamente, porém com frequência, pois o que caracterizou a corte Warren foi a ideia de progresso (Bickel, 1978). Havia, portanto, uma descontinuidade – aberta ou disfarçada – nas especificidades, mas havia também uma aspiração a uma consistência transcendente com um passado preferido, uma luta pela fidelidade a uma verdadeira linha de avanços. E então a corte Warren “imaginou o passado e lembrou o futuro”.

Ao contrário dos extremos a que essa era chegou em sua atuação judicial, Bickel considerava que o poder de revisão deve ser concebido estritamente como um poder judicial, bastante diferente e distinto das funções dos ramos políticos do governo. No desempenho das suas funções limitadas, os tribunais devem ser astutos para não exercerem pressão sobre os

poderes próprios dos outros departamentos do governo, nem para limitarem o seu poder discricionário (Bickel, 1978).

Deve-se permitir o jogo pleno e livre considerando a ampla margem de considerações que se dirigem apenas ao julgamento prático de um órgão legislativo. Além disso, cada ação dos outros departamentos incorpora uma decisão implícita da sua parte de que estava dentro do seu poder constitucional agir como agiram. O judiciário deve dar o máximo respeito a esta determinação, mesmo que seja tácita.

Isso significa que uma lei só poderia ser considerada inconstitucional quando aqueles que têm o direito de fazer leis não apenas cometeram um erro, mas cometeram um erro muito claro - tão claro que não está aberto a questões racionais (Bickel, 1986). Afinal, a constituição não é um documento legal com a natureza de um título de propriedade ou algo semelhante, a ser lido atentamente e interpretado com finalidade técnica, mas uma complexa carta de governo, voltada para exigências futuras imprevisíveis.

Na maioria das vezes, os homens razoáveis divergirão sobre a sua construção adequada. A constituição deixa aberta uma gama de escolhas e julgamentos, de modo que qualquer escolha que seja racional é constitucional (Bickel, 1986). O tribunal, exercendo o poder de revisão judicial, deverá ser o árbitro final do que é racional e permissível, mas não deverá ter qualquer preocupação adicional com as escolhas políticas.

Ao determinar se uma escolha de política legislativa ou executiva é racional e, portanto, constitucional, o tribunal é confrontado, estritamente falando, com três inquéritos; ou talvez seja mais exato dizer, com três terços de um problema (Bickel, 1986). A constituição estabelece dois sistemas de governo limitado constituídos por instituições que devem ser circunscritas por limitações mais particulares dentro do geral.

Assim, a primeira questão deve ser se o assunto tratado pelo executivo ou legislativo, estadual ou federal, pode ser relacionado com a esfera de ação que lhe foi atribuída. As concessões constitucionais de poder incorporam e implicam ampla sobreposição de propósitos, sendo improvável, portanto, que não se encontre um chefe de poder que se enquadre, seja no que é enumerado para o governo federal, seja no que é reservado e não vedado aos estados.

No entanto, este é apenas um primeiro e de certo modo formal passo de análise, pois os objetivos estão implícitos em todos os poderes conferidos a ramos limitados do governo – objetivos amplos e de longo alcance, porém não ilimitados em si. Segue-se, portanto, um terço

do problema estreitamente relacionado e mais difícil, que é saber se uma determinada ação legislativa ou executiva é racionalmente adequada para levar a cabo os objetivos de um chefe de poder constitucional.

Na medida em que a escolha necessária de valores está implícita na linguagem constitucional ou na tradição para a qual essa linguagem é uma abreviação, e é considerada aceitável nessa base, a análise racional pode servir como uma ferramenta adequada (Bickel, 1986). Mas à medida que o tempo passa, cada vez menos escolhas relevantes e decisivas serão adivinhadas a partir da tradição da fundação da sociedade americana.

Os problemas tornaram-se radicalmente diferentes daqueles conhecidos pelos fundadores, e foi preciso fazer escolhas de valores que são efetivamente novos, mantendo ao tempo a continuidade com a tradição. Qualquer coisa que ainda possa ser chamada de “construção” da constituição escrita tem se tornado cada vez menos suficiente.

E assim nem sempre foi possível estar convencido de que o que é racional é constitucional. Isto está muito longe de admitir, contudo, a atual insuficiência do princípio de que o que é irracional é inconstitucional, visto que não é preciso ser um legislador lunático para promulgar medidas que são irracionais (Bickel, 1986). Basta uma legislatura mais estimulada do que normalmente, muito atenta ao propósito evidente no momento, agindo sob forte pressão, apressada, cansada, preguiçosa, equivocada ou, na verdade, ignorante.

Portanto, o exercício firme e persistente da revisão judicial desencoraja a consideração de problemas constitucionais na legislatura. Uma limitação da função de revisão poderia contribuir para deliberações mais sólidas e fundamentadas no processo legislativo, contudo isto está muito longe de alimentar ilusões sobre a prática atual (Bickel, 1986). Essa não é a única ou principal base para as regras; sem exercer o seu poder final, o tribunal tem os meios, como se verá adiante, de dirigir a atenção legislativa para questões de princípio. E há algo a ser ressaltado sobre a atuação relativamente livre, em algum estágio da formação da política, de um processo que registra um equilíbrio de vontades e de interesses.

A regra do erro claro visa a acomodação com a teoria da democracia representativa (Bickel, 1986). Ela parte da compreensão de que os tribunais não são órgãos representativos e não foram concebidos para serem um bom reflexo de uma sociedade democrática. Assim passa a ser possível a elaboração de políticas mantendo a função judicial distinta da legislativa e, portanto, passível de ser justificada.

É uma ferramenta conceitual para extrair de uma questão pública típica um elemento de princípio, distinto de uma série de escolhas permitidas que podem ser feitas por razões de conveniência (Bickel, 1986). Mas a regra não conduz indiretamente a uma abdicação total do poder de revisão judicial.

Bickel (1986) cita como exemplo o caso *Wieman v. Updegraff*, com decisão proferida em 1952 e aponta que a distinção relevante não é entre racionalidade e loucura, mas entre racionalidade e vontade, ou, talvez seja significativo dizer, entre racionalidade e emoção descontrolada. Não é absurdo assumir a posição de que nesse caso, como foi decidido, o serviço público deve ser mantido livre de qualquer mancha de deslealdade, e que excluir dele mesmo pessoas possivelmente inocentes é não correr absolutamente nenhum risco. Essa é uma atitude sensata e zelosa.

Mas não é racional e nem sequer é ponderado. É governado por uma emoção intensa – a ansiedade, neste caso – e não passará no teste de um julgamento ponderado baseado em inferências permitidas extraídas da experiência humana comum. Tal julgamento variará de acordo com o que se conhece da experiência humana relevante. Deve ser um julgamento informado e pode mudar à medida que se torna mais bem informado. Mas irá discriminar entre suposições arbitrárias e cálculos de probabilidade.

Em qualquer caso, este é o julgamento independente a ser feito pelo tribunal e, a menos que se tenha uma visão cínica da capacidade humana de raciocinar, é um julgamento possível e que responderá a descrições de “correto” ou “errôneo”. É evidente, no entanto, que a decisão desse caso deixou intocado outro problema implícito: a saber, se sob quaisquer circunstâncias é permitido a um estado fazer da “lealdade” um padrão de emprego público.

Assim ficou evidente uma discussão sobre se a escolha de valores concorrentes se reflete na ação legislativa e executiva, e é esta escolha que o tribunal deve considerar à luz do seu próprio julgamento de valor. Contudo, o que é crucial “não é a natureza da questão, mas a natureza da resposta que pode ser validamente dada pelos tribunais” (Bickel, 1986). Para os tribunais, a resposta pode não partir da conveniência.

Ele insiste que a Corte deve ser desinteressada, isto é, em primeiro lugar e mais obviamente, os juízes devem manter-se afastados da política partidária do momento. Em segundo lugar, devem estar livres das pressões desviantes do ego. Em terceiro lugar, e mais importante, os valores que a Corte defende devem ter um conteúdo superior a qualquer preocupação do momento.

A função da revisão judicial surge no contexto limitado dos casos, com certeza; mas embora o tribunal não deva superar a limitação, deve superar o caso. Entretanto, a troca da expressão por “neutralidade” pode servir melhor, visto que uma regra de decisão que certamente se qualificaria como suficientemente neutra é como o princípio do erro claro.

Mas é preciso admitir que é necessário mais. Certamente não se nega que as disposições constitucionais sejam dirigidas à proteção de certos valores ou que o desenvolvimento de princípios de uma disposição específica esteja relacionado com o valor ou os valores assim envolvidos.

A exigência de neutralidade é que um valor e sua medida precisam ser determinados por uma análise geral que não dê peso aos acidentes de aplicação, encontrando um escopo que seja aceitável qualquer que seja o interesse, grupo ou pessoa que possa afirmar a reivindicação (Bickel, 1986). Da mesma forma, também, quando há conflito entre valores com proteção constitucional, exigindo a sua ordenação ou a sua acomodação, o princípio para resolução deve ser neutro.

### **2.3 A TENSÃO LINCOLNIANA E A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO JUDICIÁRIO PARA PROMOVER VALORES DURADOUROS**

Em sua obra, Bickel oferece uma defesa da instituição peculiarmente americana de revisão judicial. O argumento de Bickel conta com uma famosa afirmação de que a revisão judicial (constitucional) pela Suprema Corte das ações dos outros ramos do governo é uma “força contramajoritária em nosso sistema” e, portanto, “uma instituição desviante na democracia americana” (Bickel, 1986).

Em razão disso, Bickel considera que quando a Suprema Corte considera um ato executivo ou legislativo inconstitucional, isso frustra a vontade dos representantes do povo real do aqui e agora e exerce controle, não em nome da maioria predominante, mas contra ele (Bickel, 1986). Muitas vezes se alega que a Corte fala em nome do povo em algum sentido mais elevado ou mais abstrato, como é recorrente no Brasil a ideia de um papel do STF de “empurrar a história” ou promover o progresso social. Entretanto, permanece o fato de que o poder de revisão judicial da Suprema Corte dá a uma minoria não eleita e numericamente bastante pequena um veto efetivo sobre a maioria atual.

A revisão judicial apesar de ser a principal não é, contudo, a única característica do esquema constitucional americano que representa uma dificuldade contramajoritária. O colégio eleitoral presidencial, o senado e os exigentes requisitos requeridos para emendar a constituição também apresentam potencial de frustrar a vontade claramente expressa de uma maioria (Bickel, 1986). A revisão judicial pode exercer uma influência contramajoritária mais forte e evidente em relação a esses outros exemplos citados, mas a diferença entre eles é de nível de influência e não de categoria.

Assim, implicitamente se levanta uma questão – como qualquer instituição com atuação contramajoritária pode ser justificada e conciliada com um regime baseado na democracia majoritária? Contudo, para responder a esse questionamento tem-se uma outra problemática intrínseca a essa discussão: qual deve ser a função, especialmente da Suprema Corte, que os tribunais estão exclusivamente qualificados para desempenhar.

A fim de elucidar essa questão dentro da teoria de Bickel, passa-se a considerar o "cargo" ou "função" especial da revisão judicial. A dificuldade contramajoritária é o ponto de partida para a análise sobre o papel da Suprema Corte no sistema constitucional americano. De acordo com Bickel (1986), é responsabilidade especial da Suprema Corte (e, em menor grau, dos tribunais inferiores) agir como “o pronunciador e guardião” dos “valores duradouros” da sociedade. Estes mesmos valores entram nas deliberações dos poderes executivo e legislativo, entretanto, quando a pressão por resultados imediatos é suficientemente forte e as emoções estão muito envolvidas, os homens normalmente preferem agir com base na conveniência em vez de ter uma visão de longo prazo.

Esse contexto de pressões é inevitável e é por isso que o governo não deve servir simplesmente às necessidades materiais imediatas, mas principalmente a certos valores duradouros. Nessa conjuntura Bickel (1986) sustenta que apenas os tribunais, que estão totalmente à parte desse conflito de interesses e são compostos por seres humanos prudentes, com o treinamento e o isolamento suficientes para buscar os objetivos do governo é que são adequados para articular esses valores de uma forma contínua e consistente. Portanto, é aos tribunais – e, acima de tudo, à Suprema Corte – que a principal responsabilidade por o fazer deve ser atribuída.

Bickel expressa esta concepção da função especial da Suprema Corte ao distinguir julgamentos “de princípios” dos “convenientes”. A princípio não há nada de errado com a conveniência em si, embora em qualquer decisão específica as considerações de princípio

também possam desempenhar um papel significativo ou mesmo determinante. A raiz dessa discussão é o papel dos princípios no governo democrático. Para Bickel (1961) nenhuma sociedade boa e viável pode existir sem princípios e esses afetam as políticas de conveniência.

Uma decisão da Suprema Corte que considere que uma ação de um dos outros ramos do governo é ou não constitucional não pode, de acordo com Bickel (1986), basear-se legitimamente, ainda que somente em parte, em considerações de conveniência; os julgamentos constitucionais devem basear-se apenas em princípios, a fim de que a prudência de fato seja exercitada.

Embora desempenhe um papel importante na sua defesa da revisão judicial, a distinção que Bickel estabelece entre julgamentos de conveniência e de princípio não é profunda e adequadamente explicada. Ao introduzir esses termos Bickel utiliza-os para marcar a diferença entre perspectivas dos julgamentos de conveniência, preocupados com resultados imediatos, e dos julgamentos de princípio, que enfatizam interesses mais gerais e permanentes.

Mas meramente definir os interesses com os quais os julgamentos de princípio estão preocupados como de longo prazo da sociedade é insuficiente porque não abrange nem traz à tona necessariamente um marco central de tais julgamentos – a ênfase em valores morais duradouros (princípios) em vez de necessidades materiais. De acordo com Bickel (1986), cabe à revisão judicial articular e renovar o que ele chama de “unidade moral” da nação. Num sentido importante, a revisão judicial é sempre idealista, pois está essencialmente preocupada com a interpretação e implementação de ideais morais.

No sistema de governo americano os poderes executivo e legislativo estão em grande parte preocupados com a satisfação das necessidades existentes, embora também desempenhem um papel na formação da autoconsciência moral do povo. O ponto questionável, porém, é que não se costuma considerar ilegítimo que essas decisões se baseiem em questões de carência ou escassez.

Entretanto, quando a Suprema Corte exerce o poder de revisão judicial imagina-se que ela está apenas centralmente preocupada com a definição e o refinamento evolutivo dos ideais da sociedade, atrelados à ideia de progresso. Julga-se inapropriado que decisões constitucionais se baseiem nas mesmas considerações de necessidade que figuram muito propriamente, nas decisões dos demais poderes.

Há, portanto, um sentido em que os ideais sociais, os valores duradouros, estão sob a custódia especial, embora não exclusiva, do tribunal - o declarador e guardião desses valores. Este talvez seja o principal aspecto que Bickel pretende enfatizar quando aponta o processo de revisão judicial como um processo de princípio e o diferencia das deliberações legislativas, por exemplo. Assim, a distinção de uso entre princípios e ideais de conveniência e necessidades é importante para Bickel porque lhe dá a margem de manobra necessária para resolver, ou, mais exatamente, para dissolver, a dificuldade contramajoritária. Esta dificuldade surge porque a revisão judicial parece inconsistente com “o cerne da fé democrática, a crença de que o governo legítimo deve ser feito pelo consentimento dos governados e que apenas o autogoverno pode sustentar um sentimento de envolvimento num empreendimento comum” (Bickel, 1986).

Contudo essas perspectivas não são excludentes, pois um compromisso com o autogoverno não é incompatível com a premissa de que uma boa sociedade não só deseja satisfazer as necessidades imediatas do maior número, mas também se esforçará para apoiar e manter valores gerais duradouros. O povo americano, portanto, na opinião de Bickel (1986), é guiado por dois princípios básicos fé — fé no princípio do governo por consentimento e fé num processo de reforma moral contínua que procura alinhar mais completamente a ordem social existente com um esquema de valores gerais duradouros.

A primeira destas crenças encontra expressão na confiança central nas instituições eleitorais, baseada na ideia de que a maioria tem o poder final para mudar os seus representantes e rejeitar qualquer parte da sua política. Entretanto essa crença quando em convívio com o modelo de revisão judicial esbarra no conflito com a democracia na supracitada dificuldade contramajoritária.

Ely (2016) argumenta que a única função legítima da revisão judicial é promover o funcionamento de outras instituições mais representativas. Entretanto, Bickel (1986) propõe uma solução bastante distinta: em vez de tentar conciliar a revisão judicial com a democracia, ele delineia uma concepção de governo mais complexa e ampla, na qual uma legitimidade independente e diversa das premissas básicas da própria ideia política de uma maioria pode ser atribuída à revisão judicial.

Não é novidade a ideia de uma suprema corte como guardião de valores fundamentais, com decisões baseadas em princípios. A principal e mais original contribuição de Bickel para a teoria constitucional, entretanto, reside no problema da acomodação democrática. Grande parte

dos teóricos se preocupou com um aspecto “interno” da revisão judicial, em traduzir o processo de raciocínio jurídico que conduz e sustenta uma decisão de validade ou inconstitucionalidade.

Bickel contudo vai concentrar a sua atenção num aspecto "externo" – o processo por meio do qual a busca da Suprema Corte por valores duradouros é acomodada aos elementos majoritários no esquema constitucional geral do qual a revisão judicial é apenas uma parcela. Assim é estabelecida a referida ideia de uma legitimidade independente para o processo de revisão judicial (Kronman, 1985).

Aqueles que se interessaram principalmente pelo aspecto interno da revisão judicial tenderam a negligenciar este problema político de acomodação; e isso é suficiente apenas para definir os elementos constitutivos e os métodos de aplicação do argumento constitucional. Contudo, se, em vez disso, há uma tentativa de explicar como os argumentos de princípios (traduzidos em valores duradouros) da Suprema Corte podem ser acomodados à teoria e prática da democracia num regime que é em grande parte majoritário, tem-se uma notável distinção dentro da teoria constitucional.

O cerne dessa questão é demonstrar como a própria revisão judicial, ao dar vazão a esses valores morais, pode ser conciliada e se encaixar num sistema de governo que permite que grande parte das questões sejam decididas por uma maioria de representantes eleitos pelo povo, em vez de “guardiões platônicos”.

Segundo Bickel (1986), cabe aos tribunais serem os “modeladores e profetas” de um sistema de valores duradouros, que não apenas reflita um consenso nacional existente, mas articule uma visão moral à qual seja legítimo aspirar. Essa visão deve estar enraizada nas tradições morais e jurídicas, mas não pode simplesmente reproduzi-las de forma inalterada. Deve levar essas tradições adiante, de um modo baseado em princípios, identificando sua trajetória moral e o ideal aspiracional – de certa forma, uma ideia de progresso.

Contudo nem sempre essas manifestações judiciais encontram acolhimento perante a sociedade. Quando uma decisão da Suprema Corte anula a vontade da maioria dos representantes, não só se verifica uma espécie de ressentimento ou rejeição, mas questiona-se também a autoridade pela qual alguns poucos ditam princípios a muitos num governo democrático.

Entre a função educativa da Suprema Corte e o compromisso do povo americano com o governo majoritário se evidencia uma tensão, denominada por Bickel de “lincolniana”, que

deve ser evitada. Ela ocorre porque os ramos executivo e legislativo do governo, que agem com o consentimento do povo não adotam simplesmente apenas as políticas que coincidem com a visão de progresso do tribunal da moralidade nacional em evolução (Kronman, 1985).

Para uma instituição encarregada da responsabilidade e do compromisso com princípios duradouros como é o caso da Suprema Corte, qualquer situação em que esses princípios não estão amparados pelo consentimento é um perigo a ser evitado, uma vez que mesmo os princípios mais verdadeiros não podem sobreviver por muito tempo sem ampla aceitação (Kronman, 1985).

Tal instituição tem assim o motivo mais forte possível para usar qualquer influência que possua para alinhar melhor os princípios e a opinião popular. No sistema de governo americano isso é mais delicado no caso da Suprema Corte, que Bickel (1986) considera o ramo “menos perigoso”, cujos poderes expansivos para definir o rumo moral da sociedade são confrontados pela sua impotência para impor esse rumo face à dissidência popular.

É esse o cerno da denominada “tensão lincolniana”, o choque entre princípio e consentimento, visto que Lincoln considerava que o governo de princípios com o consentimento dos governados deveria ser mantido. É nesta tensão lincolniana, segundo Bickel (1986), que o sistema democrático de governo existe e dentro dele, também, que a instituição da revisão judicial deve desempenhar o seu papel. Esse papel é subdividido em duas partes, sendo a interna em que ocorre a definição e o refinamento dos princípios, também denominada por Bickel de uma prática da arte do possível no esforço para alcançar esses princípios.

Esta arte, cujo domínio é essencial para o aspecto externo da revisão judicial, é uma forma de sabedoria ou compreensão que apenas alguns possuem e que, naqueles que a possuem, fornece orientação razoavelmente confiável na escolha das estratégias de acomodação. Talvez não se saiba como adquirir ou ensinar esta arte, mas ela é claramente distinta das competências intelectuais exigidas no próprio processo de definição de princípios.

Uma segunda implicação da descrição de Bickel da tensão lincolniana diz respeito à maneira como os princípios e o consentimento, os ideais morais e as necessidades declaradas de uma maioria popular devem ser acomodados. Os princípios podem, evidentemente, ser complexos – podem ter exceções, ressalvas e qualificações, e estar sujeitos a normas de ordem superior para a resolução de conflitos entre princípios concorrentes.

Conforme explicitado anteriormente, Bickel chama essa tensão entre princípio e consentimento de lincolniana. O ensinamento da vida de Lincoln é que o governo de princípios com o consentimento dos governados deve ser mantido (Kronman, 1985). Continuam a ser necessários compromissos com os valores da sociedade, principalmente porque soluções baseadas unicamente em princípios colidem com preconceitos generalizados, que nenhum governo baseado no consentimento poderia desconsiderar, tal como não poderia sacrificar os seus objetivos por eles. Nessa tensão lincolniana que o sistema democrático de governo existe, e dentro dele também que a instituição da revisão judicial deve desempenhar o seu papel (Bickel, 1986).

A chave para entender como a tensão lincolniana pode ser reduzida a um nível aceitável, sem abandonar os princípios ou negligenciar as realidades e necessidades materiais, está no que Bickel chama de virtudes passivas, exercidas pelo tribunal. De maneira mais restrita, essas virtudes passivas se referem a técnicas de não-decisão. De forma mais ampla, são práticas de sabedoria e modalidades de prudência, cujo domínio e aplicação adequados são essenciais para o trabalho do tribunal. Esse esforço busca aliviar a tensão lincolniana, criando uma acomodação progressivamente aprimorada entre as demandas de princípio, de um lado, e as pressões e necessidades materiais das instituições existentes, de outro (Kronman, 1985).

Afinal, o tribunal existe nessa tensão lincolniana entre princípio e conveniência. Ele desempenha plenamente o seu papel podendo invalidar a legislação com base em um princípio, legitimar a legislação ou não fazer nenhuma das duas coisas (Bickel, 1961). Nesse exercício o tribunal deve exercer prudência na promoção dos princípios, a fim de não negligenciar as suas responsabilidades educativas. É missão do tribunal como um professor não só orientar aos seus alunos (a sociedade, receptora de suas decisões) como devem comportar-se, mas também se esforçar para garantir que as suas instruções sejam inteligíveis ou que os seus alunos estejam dispostos para segui-las.

Um educador responsável terá sempre em conta as atitudes e crenças dos seus alunos, pois elas representam o ponto de partida a partir do qual começa necessariamente qualquer processo de desenvolvimento moral ou intelectual. A forma de acomodar essas crenças sem comprometer a independência dos princípios - o significado aspiracional - dos objetivos em questão é um problema de pedagogia que todos os professores, incluindo a Suprema Corte, devem enfrentar e resolver, e o dilema que isso coloca, no caso do tribunal, é a essência da tensão lincolniana (Kronman, 1985).

De acordo com Bickel (1986), toda complexidade num princípio deve ser ela mesma baseada em princípios, isto é, deve ter sido introduzida por uma razão moral semelhante àquela que levou à adoção do próprio princípio em primeiro lugar, e não simplesmente porque a opinião popular assim o exige.

Assim, nunca é princípio limitar ou estender uma norma constitucional meramente para refletir opiniões majoritárias existentes, mesmo que a limitação ou extensão seja formulada em termos gerais que lhe deem uma aparência de princípio. Isto significa que, se o tribunal quiser manter o seu compromisso com os princípios, não poderá resolver a tensão lincolniana por meio do expediente simples e conveniente de ajustar os princípios que anuncia para se adequarem à estimativa do próprio tribunal sobre o que a maioria das pessoas quer ou está disposta a aceitar.

Na opinião de Bickel (1986), a corte nunca deve aspirar apenas a refletir ou reproduzir; deve também liderar ou educar, e isto exige que encontre alguma forma de diminuir a tensão lincolniana sem adaptar deliberada e antecipadamente os seus princípios para garantir a sua aceitação. O valor educativo de um princípio depende da sua qualidade aspiracional; se não tem a pretensão de levar a sociedade adiante ou de melhorá-la, não tem poder para instruir – aí reside a ideia de progresso.

Ao mesmo tempo, porém, o tribunal deve exercer prudência na promoção de princípios, e essa é uma habilidade ou capacidade distinguível do talento para o raciocínio moral que o aspecto interno da revisão judicial exige. Na verdade, se o tribunal não agir com prudência ele negligencia as suas responsabilidades educativas, como faz qualquer “professor que simplesmente diz aos seus alunos como devem comportar-se, sem fazer um esforço para garantir que as suas instruções sejam inteligíveis ou que os seus alunos estejam dispostos para segui-los” (Kronman, 1985).

Um educador responsável terá sempre em conta as atitudes e crenças dos seus alunos, pois elas representam o ponto de partida a partir do qual começa necessariamente qualquer processo de desenvolvimento moral ou intelectual. Mas estas atitudes e crenças não podem ser tidas em conta apenas por meio da definição de objetivos educacionais relevantes que se adaptem a elas.

Precisamente como acomodar essas crenças sem comprometer a independência de princípios - o significado aspiracional - dos objetivos em questão é um problema de pedagogia que todos os professores, incluindo a Suprema Corte, devem enfrentar, e o dilema que isso coloca, no caso do tribunal, é o centro da tensão lincolniana.

A chave para compreender como a tensão lincolniana pode ser reduzida a um nível tolerável sem repudiar os princípios ou renunciar a toda preocupação com as necessidades humanas reside, segundo Bickel (1986), no exercício pelo tribunal daquilo que ele chama de “virtudes passivas” que, num sentido estrito, são consideradas como técnicas de não decisão.

As virtudes passivas são melhor compreendidas como formas de sabedoria prática, modalidades de prudência, cujo domínio e exercício adequado são essenciais para o aspecto externo do trabalho do tribunal - seu esforço para aliviar a tensão lincolniana, criando uma acomodação continuamente melhorada entre as reivindicações de princípio, por um lado, e as pressões e necessidades de pessoas e instituições existentes, por outro.

É importante ressaltar que os ramos legislativo e executivo do governo, e o público em geral, são competentes para falar sobre questões de princípio, embora tendam mais tipicamente a preocupar-se com questões de conveniência. Ao oferecer uma solução parcial ou reversível para um problema constitucional, uma solução que revela a sua própria incerteza relativamente a princípios envolvidos, o tribunal convida os outros ramos do governo e a sociedade a levarem a uma consideração de princípio e a abordarem o problema com o mesmo espírito.

Se o convite for aceito, o tribunal poderá ser instruído pelas “leituras responsivas” da constituição que esses outros atores oferecem como resposta. Independentemente do seu resultado, uma colaboração deste tipo tem grande valor educativo, uma vez que tende a confirmar a importância dos princípios em instituições mais tipicamente orientadas para a conveniência.

Isto, por sua vez, reduz a tensão lincolniana naquela que é talvez a forma mais desejável – por meio do diálogo dos princípios, em vez da sua imposição unilateral à sociedade. Embora o tribunal atue como organizador e, em última análise, como juiz neste diálogo, outras instituições políticas e sociais são encorajadas a participar numa base de respeito mútuo assegurado pelo compromisso comum de todos com a ideia de uma constituição baseada em princípios.

Se o tribunal não tivesse escolha senão “fazer” - decidir os méritos de cada controvérsia constitucional que lhe é apresentada - uma conversa deste tipo seria impossível, deixando o tribunal com as alternativas insatisfatórias de impor o seu próprio julgamento por decreto ou validar opinião predominante com conotações de princípio.

O aspecto interno da revisão judicial deve ser baseado em princípios; o aspecto externo precisa e na verdade não deveria ser, pois é, em grande medida, um processo político que não exige nem a clareza reflexiva nem a sabedoria acadêmica, mas a habilidade com a arte do compromisso com os princípios (Bickel, 1978).

Esse compromisso é expresso por meio do uso da prudência, que é uma forma distinta de sabedoria e, embora tenha certas qualidades em comum com os processos intelectuais envolvidos na formação de julgamentos de princípios, não é em si um processo deste tipo nem pode ser reduzido a um.

Assim verifica-se que um juiz da Suprema Corte tem uma tarefa diferente de um acadêmico, e o desempenho da tarefa do juiz requer uma capacidade que um filósofo pode, mas certamente não precisa, possuir. Com base nessa distinção tem-se que o objetivo da justiça então é reduzir a tensão lincolniana, ajudando a sociedade a concretizar os seus ideais aspiracionais de uma forma mais completa e eficaz em direção ao progresso.

Outra característica do juiz que é bastante relevante para o exercício dessa função é que ele também deve possuir considerável paciência e estar preparado para conviver com acomodações temporárias enquanto as linhas de um acordo satisfatório gradualmente tomam forma; ele deve até estar preparado para submeter-se, em última análise, à vontade do povo.

Sem esta combinação especial de atitudes temperamentais e capacidades intelectuais, que juntas constituem a virtude da prudência, o juiz não terá orientação no exercício das virtudes passivas e será incapaz de explorar as vantagens de tempo que elas conferem; como resultado, é provável que fracasse na procura de uma acomodação satisfatória entre a realidade do mundo e os princípios constitucionais.

A prudência, então, é a excelência judicial distintiva, a qualidade especial que os juízes da Suprema Corte (e, em menor grau, todos os juízes) devem possuir para terem sucesso na tarefa que é mais caracteristicamente sua. Bickel (1986) assim contrasta a ideia de prudência com uma atitude judicial caracterizada por uma cegueira para a complexidade e uma impaciência com o compromisso, um perfil que ele acreditava ter sido bastante característico da corte Warren.

A antítese da prudência, tal como Bickel a concebeu, é uma espécie de abstração, uma insistência em princípios sem levar em conta as complexidades historicamente condicionadas das instituições reais, acompanhada por um desinteresse geral nos processos de acomodação

necessários para alinhar a teoria e a prática. Isso porque para um juiz a abstração – entendida como uma atitude intelectual – é uma falha ou deficiência. Na verdade, se a prudência é a virtude judicial preeminente, então a abstração pode ser considerada apropriadamente como o seu vício correlato.

Portanto, a questão é que o trabalho do tribunal, mesmo num contexto perfeitamente real com controvérsia totalmente desenvolvida, não é resolver questões sobre as quais os processos políticos se colocam num impasse, mas fazer o que puder para quebrar esse impasse, para que as instituições políticas possam tomar a sua decisão antes que o tribunal seja obrigado a emitir um julgamento sobre a sua validade, agindo com prudência (Bickel, 1961).

### 3 AS VIRTUDES PASSIVAS COMO TÉCNICAS DE AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL

#### 3.1 A VIRTUDE DA PRUDÊNCIA COMO ESTRATÉGIA DE AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL: A OPÇÃO PELO NÃO JULGAMENTO

O conceito de "autocontenção" judicial remonta ao caso *Marbury v. Madison*, julgado em 1803 pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Nessa decisão, que conferiu à Corte o poder de revisão judicial, também foi estabelecido o princípio de "autolimitação" no julgamento de questões políticas. Essa postura visava preservar e assegurar a sobrevivência institucional da Corte em meio à acirrada disputa entre federalistas e republicanos (Leal; Schoenherr, 2024).

Por meio da técnica da autocontenção processual, equivalente às virtudes passivas propostas por Bickel, que consistem em estratégias processuais para evitar decisões de mérito, o tribunal se abstém de enfrentar diretamente questões substanciais. Exemplos dessa abordagem incluem o instituto do *certiorari* (característica da tradição do *common law*) e o simples adiamento de julgamentos, permitindo mais tempo para o amadurecimento do debate sobre as controvérsias envolvidas (Leal; Schoenherr, 2024).

Abordando a realidade brasileira, Luís Roberto Barroso (2012) defende que as práticas de autocontenção judicial geralmente refletem uma postura de limitação na interferência em atos dos outros poderes. Dessa perspectiva, emergem alguns aspectos principais: agir com cautela (equivalente à prudência de Bickel) ao aplicar a constituição em casos que não estejam claramente dentro de seu escopo expresso, aguardando ou solicitando a manifestação do legislador e adotar critérios mais rigorosos nos processos que visam à declaração de inconstitucionalidade.

Como estratégias que refletem a postura judicial em suas decisões cita-se as virtudes ativas e as virtudes passivas, estas sendo o foco da teoria de Bickel. A ideia de virtudes ativas parte da premissa de uma postura de ação do tribunal, entretanto uma ação mais fraca; é o caso por exemplo da promoção de audiências públicas em litígios constitucionais e a declaração do estado de coisas inconstitucional (Leal; Schoenherr, 2024).

Virtudes passivas se opõem às ativas justamente por essa postura de passividade ou inércia, em contraposição à conduta expansiva ou ativista do tribunal, como era o caso da corte Warren que motivou as reflexões de Bickel à época de sua obra. O cerne das virtudes passivas é permitir que determinados assuntos tenham sua discussão amadurecida na sociedade e na política (na legislatura) antes de proferir uma decisão com definitividade e que adentre no mérito da questão constitucional principal.

Bickel (1986) ensina que o processo político, na prática, não se baseia exclusivamente em teorias ou ideologias, mas se apoia amplamente na prudência, buscando um equilíbrio entre princípios morais e sociais e as complexidades da realidade. Quando essas questões chegam ao âmbito judicial, a atenção é intensificada. Por isso, ele defende que, em determinados casos, os tribunais deveriam adotar práticas associadas às chamadas virtudes passivas, entendidas como estratégias de abstenção de julgamento. Essas virtudes passivas estão relacionadas à capacidade das cortes de exercerem sabedoria prática, identificando, com prudência, os aspectos externos de suas funções. Alguns exemplos dessas virtudes passivas são o *certiorari*, a doutrina das questões políticas e o “*stays in hand*” (Bickel, 1986), o “*second look*” (Calabresi, 1982) e o “*one case at time*” (Sunstein, 1999), que, apesar de desenvolvidos por teóricos distintos, possuem similaridades em sua construção. Portanto, para Bickel as virtudes passivas são estratégias processuais para, dentro dos casos judiciais, a Suprema Corte adotar uma postura de não decisão ou uma postura autocontida, decidindo sem adentrar no mérito da questão constitucional ou de forma mais rasa.

A virtude passiva do “*stays in hand*” refere-se à estratégia da Corte de adiar o julgamento de um caso “segurando” a ação, com o objetivo de evitar impactos negativos significativos, seja na opinião pública ou nas relações com outros poderes, como o legislativo (Leal; Schoenherr, 2024). Essa abordagem visa mitigar o risco de uma reação adversa (*backlash*) que possa surgir, por exemplo, diante de uma decisão judicial. Assim, mesmo que o pronunciamento da Corte seja legítimo, ela pode optar por postergar sua decisão, baseando-se em uma avaliação política para identificar o momento mais oportuno para agir. Essa postura possibilitaria ao tribunal aproveitar o maravilhoso mistério do tempo, permitindo que, com um período mais prolongado, o debate amadureça; dessa forma, a decisão poderia ser tomada de maneira mais “prudente”, conceito fundamental para Bickel (1986).

A virtude passiva do *second look*, de modo diverso, não implica em silêncio ou omissão judicial. Nessa virtude a jurisdição se manifesta provisoriamente pela inconstitucionalidade, por exemplo, evitando um aprofundamento nas discussões sobre

princípios ou direitos constitucionais. O objetivo é abrir espaço para que o próprio legislador, sob um “segundo olhar”, delibere sobre a matéria e promova eventuais reformulações legislativas em relação à questão identificada como inconstitucional (Leal; Schoenherr, 2024).

Uma das principais faculdades do judiciário, que falta no legislativo e que adapta os tribunais à função de desenvolver e aplicar princípios constitucionais, é que o julgamento dos tribunais pode ocorrer mais tarde, depois que as esperanças e profecias expressas na legislação tenham sido testadas no funcionamento real da sociedade (Bickel, 1986). O julgamento dos tribunais pode ser obtido em casos concretos que exemplifiquem as consequências reais de ações legislativas ou executivas, e o contexto às vezes difícil e complexo de uma controvérsia real leva a necessidade de decisões mais sólidas e duradouras, que reflitam os valores da sociedade e possam obter uma aceitação.

Permitir que o tribunal apele a um segundo pensamento mais sóbrio e prudente evita o conflito entre ele e qualquer maioria legislativa, além de aumentar as chances de o tribunal obter aceitação de seus princípios. O lapso de tempo em razão do *stays in hand* ou do *second look* favorece o tribunal e pode na verdade fazer com que a própria decisão legislativa alcance resultados em todo o país com mais consistência e antes de qualquer decisão judicial que venha a ser tomada (Bickel, 1986).

É totalmente diferente em seus efeitos tomar uma decisão por parte do poder executivo ou legislativo, ou por meio de um agente público, que se constitua como uma conduta ilegal ou inconstitucional, em relação a tomar essa mesma decisão através do tribunal. Bickel (1961, p.9) alerta para esse perigo citando um exemplo de um caso em que

a construção judicial da cláusula do devido processo legal que sustentará esta ordem é um golpe muito mais sutil à liberdade do que a promulgação da ordem em si. Uma vez que uma opinião judicial racionaliza tal ordem para mostrar que ela está em conformidade com a constituição, ou melhor, racionaliza a constituição para mostrar que a constituição sanciona tal ordem, o tribunal validou para sempre o princípio [...]. Cada repetição incorpora esse princípio mais profundamente em nossa lei e pensamento e os expande para novos propósitos. [...] Um comandante militar pode ultrapassar os limites da constitucionalidade e isso é um incidente. Mas se revisarmos e aprovarmos no tribunal, esse incidente passageiro torna-se a doutrina da constituição. Aí tem um caráter degenerativo próprio, e tudo o que ele criar será à sua própria imagem (Bickel, 1961).

Por isso é preferível a acomodação democrática em que a própria sociedade e o legislativo tomam decisões do que a tomada de uma decisão ativista por parte da Suprema Corte, afinal, as técnicas de não fazer são a coisa mais importante que se faz (Bickel, 1986). Os fatos consumados, os negócios e interesses envolvidos e a aceitação popular são elementos que

podem fundamentar uma decisão de abster-se de proferir julgamento constitucional, permitindo tempo e espaço para a acomodação democrática.

Outro fator relevante é o momento do litígio constitucional em si, considerando não simplesmente a maturidade do caso, mas da questão jurídica em sua essência. A depender do contexto político e histórico e de como está a relação da Corte com as instituições representativas do governo, pode ser que ainda não haja por exemplo discussão suficiente da matéria nos tribunais inferiores, nem indicações de que existe um consenso a ser formado na opinião pública. É importante observar esses fatores pois a qualquer momento o congresso pode invalidar o ato jurisdicional através de uma nova lei (Bickel, 1986).

O único julgamento adequado que pode levar a uma abstenção de decisão é que a constituição tenha confiado a determinação da questão a outra agência do governo que não os tribunais (Bickel, 1986). Portanto, quando a Corte declina a jurisdição de um caso como político ou quando, tendo assumido o caso, declina julgar os méritos desta ou daquela questão nele no mesmo fundamento, o que ela faz é assumir a posição de que o assunto em questão é confiado à atuação de outro poder.

No cerne dessa posição está o debate sobre o papel do princípio em um governo democrático. Permitir que um caso siga seu curso regular na sociedade, no legislativo ou nos tribunais inferiores proporciona tempo não apenas para o amadurecimento do julgamento, mas também para que as partes reflitam de forma construtiva sobre suas posições e responsabilidades. A necessidade de permitir que a matéria seja bem explorada e discutida nas instâncias inferiores é importante para evitar um pronunciamento amplo e mais profundo da Corte numa primeira decisão. Não se trata de emitir uma decisão baseada em impulso, intuição, preferências subjetivas ou sentimentos irracionais. Em uma instituição que simboliza a razão e a decência, a alternativa ao princípio não é o capricho ou a mera conveniência, mas sim a prudência (Bickel, 1986).

As decisões sobre o momento de julgar, a necessidade e a extensão do julgamento frequentemente ajudam a compreender as divisões internas no tribunal. O tribunal está destinado, a longo prazo, a ser uma voz da razão, encarregada da tarefa criativa de redescobrir, articular e desenvolver princípios impessoais e duradouros (Bickel, 1961). A questão central não envolve apenas quais princípios serão aplicados e de que forma, mas também o momento apropriado e as circunstâncias em que devem ser considerados.

A jurisprudência do tribunal pode estabelecer doutrinas que, em essência, refletem uma abordagem geral sobre o momento e os limites do papel judicial. Essas doutrinas determinam que os tribunais não devem emitir declarações gerais ou abstratas, como pareceres destinados apenas a orientar outros órgãos do governo. A doutrina das virtudes passivas, por exemplo, foca na gestão do momento oportuno para a decisão, fundamentando-se na ideia de que essa prática é essencial para permitir que a Corte estabeleça um diálogo construtivo com a sociedade e com as instituições políticas, visando alcançar uma solução que seja compatível com os princípios aplicáveis.

Além disso, os tribunais não podem oferecer pareceres, mesmo em casos concretos, que sejam de natureza consultiva, pois tais decisões carecem de caráter definitivo, não exercendo autoridade final sobre a resolução do caso. Em cenários onde não existe uma legislação específica, mas há a invocação direta de um direito fundamental, por exemplo, para solucionar um desacordo moral razoável e atender a uma demanda concreta de direito material, a princípio, não há justificativa para a Corte intervir. O papel de uma Suprema Corte incumbida de proteger a constituição, não deve ser confundido com a responsabilidade de resolver todas as questões constitucionais envolvidas na solução de um caso específico (Marinoni, 2022). Ainda que a Corte possa garantir a tutela de um direito isso não implica necessariamente em resolver imediatamente todos os detalhes relacionados a sua implementação, o que é diferente da mera opção por não decidir e aguardar passivamente.

A Corte tem a possibilidade de adotar uma abordagem minimalista ao decidir, deixando uma parcela significativa dos debates morais para serem discutidos pela sociedade e solucionados pelo parlamento (Sunstein, 1999). Além disso, pode optar por não atribuir eficácia vinculante à sua decisão. Esse tipo de postura evita o uso de um mecanismo de “forçar a democracia”, nos termos de Sunstein, ao pressionar o legislador a enfrentar diretamente a questão apresentada à Corte.

A estratégia de optar por não vincular de forma obrigatória todos os juízes e tribunais, e consequentemente evitar impor uma conduta específica à sociedade, pode ser considerado um uso prudente e responsável do poder judicial. Tornar uma decisão obrigatória ou vinculante para todos os tribunais e para a sociedade pode dificultar o progresso do debate público e, como resultado, impactar negativamente o processo democrático. A Corte também pode decidir um caso com o objetivo de indicar uma direção para futuras deliberações, sem, contudo, inibir o desenvolvimento natural das discussões entre os magistrados, os tribunais e a própria sociedade.

Portanto, constata-se que uma decisão que promove e protege princípios nem sempre exige a implementação imediata de medidas executivas ou decisões estruturais subsequentes. Logo, optar por não impor de imediato medidas coercitivas, não exigir a adoção de comportamentos específicos ou sequer estabelecer prazos para o cumprimento das condutas e práticas esperadas, pode ser interpretado como um gesto de prudência, conferindo legitimidade a uma decisão mais comedida (Marinoni, 2022).

Trata-se de proferir decisões mais rasas de modo a garantir que o significado da constituição deva estar conectado ao povo e, por isso, não pode ser dissociado do debate público e do diálogo com as demais instituições do estado. Nesse contexto, é relevante lembrar que a Justice Ruth Bader Ginsburg em uma conversa acadêmica com o professor Geoffrey Stone na Chicago Law School, admitiu que, quarenta anos após a decisão histórica de *Roe v. Wade*, talvez tivesse sido mais adequado que a Suprema Corte se abstinhasse de decidir e permitisse que a questão do aborto fosse definida por meio de discussões públicas e do curso natural do processo democrático (Marinoni, 2022). Isso alerta para a necessidade de se autoconter especialmente nesses casos que são social ou politicamente bastante controvertidos, ou seja, nas palavras de Bickel, ser prudente.

É inegável que a prudência, conforme descrita na doutrina de Bickel, justifica a escolha de não decidir, sendo uma postura tão racional quanto a afirmação de um princípio. Optar por não decidir pode ser tão adequado quanto proferir uma decisão de constitucionalidade ou inconstitucionalidade fundamentada em princípios. De acordo com Marinoni (2022), “quando o parlamento ainda não decidiu, abster-se de decidir é mais do que a melhor decisão, constituindo, em princípio, a única decisão possível”. Isso se evidencia especialmente quando os valores ainda não estão plenamente consolidados na sociedade ou quando as pessoas necessitam de tempo para alcançar um consenso.

A respeito desse modelo Bickel (1986) faz uma distinção entre princípio e conveniência, alertando que esses conceitos se relacionam aos dois objetivos das instituições políticas: proteger os valores duradouros da sociedade e alcançar resultados práticos e imediatos. O conceito de conveniência está atrelado a essa atuação do parlamento, que está vinculado aos objetivos de curto prazo e a interesses seus e da sociedade, enquanto que os princípios e valores que precisam ser consolidados e protegidos de modo duradouro e a longo prazo ficam sob encargo da Corte.

Quando a questão em litígio judicial está inserida em um consenso ou acordo moral mais amplo, situação em que, por se basear em premissas compartilhadas, a discussão pode ter grandes chances de levar a uma solução adequada, a Corte pode optar por não decidir quando possui indícios de que um outro consenso está prestes a se formar – na sociedade ou na legislatura.

### **3.2 AS VIRTUDES PASSIVAS COMO TÉCNICAS DECISÓRIAS E O MISTÉRIO DO TEMPO**

As virtudes passivas consistem em argumentos jurídicos – predominantemente de natureza processual, que se constituem em estratégias – que permitem à Corte abster-se de analisar um caso que lhe foi apresentado. Dessa forma, pode declarar-se incompetente para julgar, apontar a inexistência de legitimidade ativa por parte do requerente, alegar que a causa ainda não está suficientemente madura para decisão ou invocar a doutrina das "questões políticas". Os dois dispositivos mais comuns que o tribunal usa para recusar o exercício da jurisdição que é dada são as negativas do *writ de certiorari* e os indeferimentos de recursos por falta de uma substancial matéria federal (Bickel, 1961).

Bickel não oferece critérios ou diretrizes que orientem o tribunal sobre quando aplicar as virtudes passivas ou qual ferramenta específica utilizar nesse contexto. Essa decisão não estaria relacionada a conhecimentos acadêmicos, mas sim à habilidade de negociar compromissos e a uma "afinidade com os métodos", ou seja, ao exercício da prudência como uma prática distinta do julgamento baseado em princípios.

Para reduzir o impacto de decisões que contrariem as maiorias, Bickel (1986) propõe que a Corte recorra a estratégias retóricas para evitar assumir uma posição definitiva. Em outras situações, o tribunal pode optar por adiar uma decisão devido a incertezas, adotando medidas provisórias como resposta.

Esse poder exercido pela Corte não se limita às alternativas de preservar ou invalidar uma norma incompatível com os princípios; a Corte também possui a opção de não agir, permitindo que a tensão entre o princípio e a oportunidade persista sem comprometer o primeiro (Lima; Gomes Neto, 2018). Bickel destaca que essa abordagem se fundamenta na percepção de uma limitação institucional, refletida por diversos fatores que, em conjunto, evidenciam a

fragilidade interna de uma instituição que, em uma democracia madura, não responde eleitoralmente e carece de força para impor suas decisões.

No exercício da prudência o tribunal então age de modo estratégico em busca de suas responsabilidades, e diversos são os institutos jurídicos que são utilizados para proferir decisões mais rasas ou não decidir. Dentre eles cita-se “*cases and controversies*” (delimitação da temática de ordem constitucional), “*standing to sue*” (a prova do interesse da parte na solução do conflito), “*precedent*” ou “*stare decisis*” (a vinculação às decisões anteriormente proferidas), “*comity*” (esgotamento das instâncias prévias) e as “*political questions*” (deve-se demonstrar que se trata de um debate eminentemente jurídico) (Lima; Gomes Neto, 2018)

Segundo Bickel (1986), essas técnicas são ferramentas que permitem aos juízes delegar às instituições eleitorais a responsabilidade pela condução da política. Embora explore extensivamente essas virtudes passivas em sua obra, por meio de exemplos práticos e diferenciando as diversas abordagens, Bickel não oferece critérios claros ou princípios orientadores que possam auxiliar o tribunal a decidir quando utilizá-las ou qual técnica adotar em situações específicas.

O certo é que em algumas ocasiões o tribunal opta por adiar uma decisão devido a incertezas sobre o princípio orientador ou seu alcance. Apesar de os princípios constitucionais serem permanentes, sua aplicação pode gerar dúvidas quanto aos impactos futuros das decisões judiciais no contexto atual. Para lidar com essa incerteza, o tribunal adota soluções temporárias, permitindo observar a reação do público e das autoridades governamentais antes de consolidar seu entendimento. Dessa forma, em vez de apenas adiar o debate, a Corte assume um papel pedagógico, utilizando essas decisões preliminares como uma estratégia gradual de persuasão, para introduzir ideias que já estão sendo formuladas em sua versão definitiva.

Esse é um modo de agir que permite a ação do que Bickel chama de maravilhoso mistério do tempo. De acordo com o seu argumento essa abordagem estratégica do tribunal considera que o período subsequente à decisão seja utilizado para fomentar um diálogo ou "colóquio" entre os diferentes ramos do governo sobre os princípios em questão. Assim, ao optar por adiar a decisão, há a possibilidade de reduzir ou até eliminar a tensão lincolniana por meio desses diálogos, permitindo que o tribunal adquira uma compreensão mais aprofundada dos temas envolvidos, conduzindo a uma resolução mais adequada. Quando finalmente for decidir no futuro, é provável que o resultado seja amplamente aceito ou que os custos políticos

e/ou econômicos da decisão sejam significativamente reduzidos, pois o debate já teria amadurecido tanto na opinião pública quanto no âmbito legislativo (Lima; Gomes Neto, 2018).

Portanto, em diversas ocasiões a Suprema Corte pode optar por adiar a resolução de uma questão devido ao potencial de provocar agitação social. Nesse contexto, o momento em que a decisão é tomada pode ser determinante para sua qualidade e autoridade no futuro e a ação do maravilhoso mistério do tempo é muito positiva para promover acordos. Dessa forma, através de estratégias de autocontenção judicial é viável alcançar consensos significativos mesmo em meio a profundas divergências (Chueiri; Macedo, 2018).

Assim, a resolução dos casos deve se voltar para a avaliação da Corte sobre a sabedoria, a prudência e sobre o provável efeito, nas atuais circunstâncias sociais e políticas, do julgamento. É, conforme argumenta Bickel (1986), decididamente função da Corte proclamar metas de princípio, que possam de fato servir para assegurar os valores duradouros da sociedade e permitir espaço para acomodação democrática. Como dispositivos para decidir não decidir, passa-se a abordar algumas opções discutidas por Bickel que refletem influência da maturidade, importância da questão e adequação do momento, sendo por ele consideradas como virtudes passivas.

Considerando a necessidade do tribunal de se afastar de questões de conveniência e de necessidades materiais, Bickel aborda a doutrina das questões políticas como um importante instrumento para não decisão. Tendo como base o sentimento de falta de capacidade do tribunal para julgar, são também motivos para o uso dessa virtude a estranheza da questão e sua intratabilidade para resolução baseada em princípios, a pura importância da questão a ponto de desequilibrar o julgamento judicial e a vulnerabilidade interna do tribunal, a dúvida de uma instituição que é eleitoralmente irresponsável e não tem terra de onde tirar força (Bickel, 1986).

A função do tribunal, mesmo diante de uma controvérsia real, concreta e plenamente desenvolvida, não implica obrigatoriamente resolver questões em que os processos políticos estejam em impasse. Pode ser prudente aguardar até que as instituições políticas superem o impasse e tomem uma decisão inicial, sobre a qual o tribunal poderá então se pronunciar posteriormente com um julgamento.

Quando a questão é revelada como sendo de natureza eminentemente política ela não é passível de determinação judicial. Esse tipo de controvérsia diz respeito a questões que colocam os tribunais em relações imediatas e ativas com disputas partidárias. Da determinação de tais questões o tribunal deve se manter distante, visto que é hostil a um sistema democrático

envolver o judiciário na política do povo (Bickel, 1986). Se a legislatura falhou em exercer seus poderes, por meio dos quais os padrões de justiça são ofendidos, a solução, em última análise, está com o povo. Ademais, a qualidade do desinteresse é um dos principais fatores na formação de julgamentos baseados em princípios, qualidade essa que os juízes devem ter em relação às matérias políticas (Bickel, 1986).

Há também as doutrinas da imprecisão e da delegação, que estão relacionadas com a questão da clareza ou vagueza da linguagem dos estatutos e leis. Um estatuto vago delega a administradores, promotores, júris e juízes a autoridade de uma decisão difícil, visto que provavelmente será ampla e ativista, com grande impacto. Entretanto, para Bickel (1986) quanto mais fundamental a questão, quanto mais próxima ela estiver do princípio, mais importante será que ela seja decidida em primeira instância pelo legislativo. Ou seja, se a linguagem estiver imprecisa e for necessário apelar a conceitos vagos ou princípios, mais necessário será que o tribunal se afaste de uma decisão ampla, se autocontendo.

Delegação e imprecisão são virtudes que favorecem a separação de poderes. A fim de explicitar como essas doutrinas são úteis ao exercício da prudência Bickel (1986) se utiliza do conceito de adjudicação constitucional, em que se verifica a vontade das instituições políticas, agora e por um futuro indeterminado, ou que legitima a sua ação e as reforça, reunindo esforços, e em alguma medida direciona seu propósito, agora e no futuro. As doutrinas da imprecisão e delegação ao fazerem uso da adjudicação deixam as outras instituições, principalmente o legislativo, livres, e geralmente as convidam a tomar ou refazer suas próprias decisões para aplicação prospectiva a todos os casos semelhantes.

As virtudes da imprecisão e delegação partem do pressuposto de que o tribunal considera que se o legislativo fez alguma coisa a respeito de uma matéria ele já fez o suficiente, ainda que tenha sido muito pouco; apenas isso o tribunal já pode considerar por si só como “demais” (Bickel, 1986). Assim, as intervenções são evitadas e a autocontenção é praticada, mesmo que os juízes verifiquem que um estatuto não quis dizer nada além de projetar contornos gerais, com necessidade de serem detalhados posteriormente.

Bickel (1986) também considera que essas doutrinas só podem ser aplicadas depois que se tenha conhecimento acerca do que o legislativo pretendia com o estatuto que promulgou, considerando o uso comum das palavras e as intenções do legislador, mesmo que esse tipo de conclusão possa ser altamente falível na prática. Esse aspecto inclusive traz uma dificuldade na aplicação dessas doutrinas.

Outra virtude que é bastante central na obra de Bickel é o *writ of certiorari*, com exposição já introduzida em capítulo anterior. O *certiorari* é originário do direito inglês como uma prerrogativa real para corrigir injustiças em decisões das cortes populares, e evoluiu no sistema jurídico americano como um direito da parte interessada para solicitar que a Suprema Corte exercesse sua função revisora em casos específicos (Suriani, 2018). Nos Estados Unidos a reforma de 1891 (*Evarts Act*) instituiu os tribunais regionais federais, chamados *U.S. Courts of Appeals*, também conhecidos como circuitos, que passaram a funcionar como instâncias intermediárias entre a Suprema Corte e os tribunais federais de primeira instância (Maciel, 2007). Havia o intuito de dificultar o acesso das apelações obrigatórias, que diminuiriam bastante; em compensação o número de petições do *certiorari* aumentou, mesmo com a restrição de que o recurso só seria conhecido se tivesse concordância de pelo menos quatro dos nove juízes da Corte (Maciel, 2007).

O primeiro requisito para admissão era que a causa ou controvérsia, já decidida em última instância por tribunais estaduais ou federais, tivesse relevância substancial para o país como um todo. Na prática, essa análise de relevância era conduzida inicialmente pelos assessores dos juízes, profissionais altamente qualificados contratados por um período de um ano, que realizavam uma triagem preliminar. Em 1988 uma nova alteração na lei orgânica da magistratura promovida pelo congresso praticamente eliminou as apelações obrigatórias e atualmente o acesso recursal ocorre quase que exclusivamente por meio do *certiorari*, cuja aceitação depende de dois critérios principais: os requisitos objetivos previstos no regimento interno da Suprema Corte e, posteriormente, uma avaliação discricionária baseada na relevância subjetiva do caso, em grande parte feito pelos assessores (Maciel, 2007). Contudo, a ausência de publicidade e justificativa na negativa do *certiorari* suscita desconfiança sobre os motivos reais que levam os juízes a escolherem quais casos julgar, o que alguns doutrinadores consideram incompatível com os princípios de um sistema político democrático (Suriani, 2018).

Para Bickel (1986), as concessões e negações decorrem, além de outros fatores, de um julgamento da importância da questão e da adequação do caso. De acordo com seu entendimento a maioria das negativas de *certiorari* são meios neutros para não decidir, em que mesmo quando um caso aparenta estar bem desenvolvido ainda assim ele é rejeitado por alegação de falta de maturidade da causa. Na verdade, a alegação da falta de maturidade não é por si suficiente e independente, visto que não é o único fator decisivo para negativa, conforme já exposto. Existe a discricionariedade no rito de análise do aceite por parte dos juízes e seus assessores, além de que um caso pode estar maduro para um juiz, mas não para outro.

Outra virtude passiva que é considerada como derivada da teoria de Bickel é a técnica do *second look*, que reflete a postura da Corte em evitar decisões precipitadas, permitindo um diálogo mais aprofundado com a sociedade e as instituições públicas, com o objetivo de alcançar uma solução que seja adequada e compatível com os princípios fundamentais (Marinoni, 2022). Essa técnica não corresponde a uma notificação para que o legislativo tome medidas. A essência dessa abordagem reside em admitir, por meio de uma decisão, que a questão em discussão ainda não foi analisada de forma adequada ou suficientemente aprofundada.

O conceito de *second look*, tal como foi desenvolvido, está associado à doutrina de Guido Calabresi (1991). Essa abordagem sugere que os tribunais encaminhem de volta ao legislativo normas que sejam incompatíveis com o *common law*, mesmo quando não há um direito fundamental em questão. Contudo, diferentemente da recusa de admissão do *certiorari*, o *second look* não significa que a Corte se abstém de julgar. Nesse caso, há uma decisão sobre a constitucionalidade, mas sem uma análise aprofundada baseada em princípios ou direitos fundamentais.

Evitar o aprofundamento na análise fundamentada em princípios permite uma decisão provisória, mantendo aberto o espaço para futuras deliberações. Essa abordagem também encontra apoio no minimalismo proposto por Sunstein (1999). Ela reconhece que o legislativo pode reafirmar ou modificar a norma, promulgando outra, o que significa que a decisão de inconstitucionalidade terá efeito apenas até que o legislativo se manifeste. Por ser uma decisão temporária, o maravilhoso mistério do tempo exerce um papel essencial, orientando a conduta do tribunal conforme preceitua Bickel.

Propor um *second look* implica, essencialmente, encaminhar a questão para apreciação do legislativo, o que, em essência, também representa uma forma de não decidir completamente uma questão constitucional ou declarar a inconstitucionalidade de forma temporária. Essa técnica consiste em emitir uma decisão sem um aprofundamento teórico sobre e com base nos direitos fundamentais ou nos princípios, mas ainda assim, decidir de maneira provisória sobre a invalidade da lei ou do estatuto (Marinoni, 2022). Isso tem como objetivo promover o processo democrático e possibilitar que os representantes eleitos, com responsabilidade perante o povo, expressem sua posição.

É fundamental destacar a origem da preocupação da virtude do *second look*: o problema surge da indeterminação quanto ao significado de determinados dispositivos constitucionais e

da possibilidade de a Corte criar direitos ou invalidar leis, mesmo contrariando a vontade popular e o processo democrático (Marinoni, 2022). A técnica do *second look* busca assegurar a participação do legislativo no processo de definição do significado da constituição. O *second look* é adequado para evitar que os direitos sejam criados pela Corte na zona de penumbra de cláusulas constitucionais indeterminadas ou vagas.

Se não está claro o que o legislativo realmente deseja, não há razão para exigir um posicionamento imediato da Corte. Essa abordagem exige que o legislador trate de maneira explícita e transparente um tema que deve ser de sua competência, permitindo que a Corte tome uma decisão somente após a deliberação parlamentar. Assim, os representantes eleitos são incentivados a cumprir suas funções, garantindo sua responsabilidade perante o povo.

A Corte deve evitar emitir decisões quando a análise de uma lei em relação a cláusulas abertas da constituição exige maior debate público e uma nova apreciação legislativa. Nos casos em que há uma dúvida substancial quanto à constitucionalidade de uma lei em questões que ainda necessitam de deliberação, a Corte pode declarar a inconstitucionalidade de forma provisória, instando o legislativo a tomar uma posição. Destaca-se que Calabresi (citado por Marinoni, 2022) argumenta que aquilo que não está pronto para ser decidido não deve ser decidido.

Uma decisão provisória não enfrenta a questão constitucional de forma conclusiva ou detalhada; em vez disso, limita-se a um acordo teórico incompleto (Sunstein, 1999), podendo ser descrita como temporária, interlocutória ou não definitiva. Em sua essência, trata-se de uma deliberação que não esgota nem aprofunda o exame da questão constitucional subjacente.

Isso é importante porque a indefinição das normas constitucionais e a área de penumbra em torno dos direitos fundamentais não devem ser tratadas como competência exclusiva da corte suprema. As decisões proferidas nesse âmbito sempre implicam a construção de um significado constitucional. Nesse processo, cabe à corte, utilizando sua especialidade e qualificação, desempenhar um papel de colaboração, corrigindo eventuais erros ou precipitações na formulação das leis e na interpretação constitucional (Marinoni, 2022).

De modo complementar ao *second look* e às virtudes enunciadas até então, bem como de acordo com a teoria de Bickel, Leal e Schoenherr (2024) enunciam alguns institutos correlacionados às virtudes passivas abordadas, como *ripeness*, *mootness* e *standing*. A *ripeness* (ou causa prematura) prevê que a Suprema Corte não deve julgar um caso que ainda não está suficientemente maduro, ou seja, sobre um tema jurídico que, no momento em que chega ao

tribunal, ainda seria abstrato, sem um litígio concreto. Já a *mootness* (ou causa prejudicada) também está relacionada ao tempo do julgamento, mas de forma oposta à preocupação da *ripeness*, pois seu objetivo é evitar que se julgue uma disputa relacionada a um problema do passado, que já não tem mais impacto no presente. O *standing*, por sua vez, se refere ao requisito de que o litigante tenha um interesse pessoal suficiente na questão que está sendo discutida desde o início da ação, visando evitar que o tribunal se pronuncie sobre uma questão abstrata.

Após essas considerações, importantes críticas foram feitas Gerald Gunther (1964) sobre a teorização de Alexander Bickel, em que são apontados supostos vícios das virtudes passivas. Sobre esse aspecto, passa-se a expor e traçar algumas considerações. De início, tem-se que Gunther (1964, p. 24) aponta que

as "virtudes passivas" de Bickel são sedutoramente atraentes, em propósito e apresentação. Eles são oferecidos como meios para alcançar simultaneamente "uma regra de princípio abrangente e eficaz" e "a margem de manobra necessária para uma acomodação conveniente". A oferta é atraente, e há uma grande tentação de aceitá-la sem crítica. Mas a tentação deve ser resistida, pois, apesar do mérito de alguns dos componentes, a aceitação do pacote total seria letal.

Gunther (1964) acredita que, apesar da novidade à época da construção das virtudes passivas, na ênfase nos princípios como o principal e mais alto dever do tribunal reside a vulnerabilidade da tese de Bickel. Isso porque a adesão integral aos princípios segundo ele tem impactos desagradáveis nos processos judiciais, os quais Bickel não oferece respostas e nem cede, visto que não abandona as exigências que ele aponta de um julgamento baseado em princípios e, ao mesmo tempo, não resolve os problemas que ocorrem com essa adesão absoluta. De acordo com Gunther (1964), Bickel na verdade se esquivava de resolver e apenas traça rotas de fuga.

Os problemas decorrentes da adesão absoluta ao modelo das virtudes passivas são ocasionados pelo fato de que as análises e inferências feitas por Bickel se baseiam em percepções falhas do processo de decisão e adjudicação constitucional, que na verdade produzem diretrizes que não levam a uma acomodação democrática como ele próprio prevê, mas sim a uma rendição dos princípios à conveniência. Gunther (1964) considera que esse rigor tão grande em decidir apenas com base e para promover os princípios duradouros faz com que existam muitas leis e estatutos ruins que o tribunal simplesmente “não pode” invalidar com propriedade. Assim, a questão da legitimidade do tribunal para não interferência é bastante questionada, pois existe um forte impacto político e custos em razão de decisões da Suprema Corte que simplesmente fogem – por meio da rejeição – de desafios constitucionais sobre os

méritos de questões. Maiores são os impactos e custos quando se está diante de uma nítida falha da Suprema Corte em invalidar uma lei ruim, por exemplo.

Gunther (1964) acredita que é muito fácil julgar mal ou distorcer os impactos que os pronunciamentos do tribunal podem gerar, e que Bickel erra nesse ponto pois, segundo ele, trata-se apenas de uma confusão ou de um jogo de palavras apontar as questões que dão origem às diferenças de opinião acerca dos princípios na esfera política, que motivam uma postura de não interferência do tribunal. Gunther (1964) reconhece que a proposta de Bickel acerca das virtudes passivas merece séria atenção, visto que o levantamento feito por ele sobre essas técnicas foi ambicioso, o mais abrangente feito até então e possui bastante relevância, independente de atingir ou não os propósitos a que aspira.

Apesar disso, o cerne de sua crítica se concentra na questão acerca de quão adequadas e úteis são as prescrições de Bickel sobre as virtudes passivas para deter a intervenção da Suprema Corte, evitando decisões sobre os méritos constitucionais. Gunther (1964) reconhece o esforço de Bickel em abordar uma grande variedade de técnicas processuais, descrevendo e aplicando seus conceitos com habilidade, oferecendo novas percepções e esclarecimentos úteis; entretanto, o produto final é considerado “pouco persuasivo, profundamente perturbador e, em última análise, subversivo dos próprios valores que professa servir” (p.8).

Isso se deve a duas falhas principais na teoria de Bickel que são apontadas por Gunther (1964, p. 8):

Primeiro, as análises discretas dos variados dispositivos de evitação são muito influenciadas pelas premissas subjacentes e propósitos primordiais de Bickel: em sua ansiedade de ampliar a discricção da corte para não julgar, algumas das técnicas são submetidas a maiores tensões do que elas podem suportar. Segundo, [...] afirma uma amorfa autoridade para reter a adjudicação completamente - um poder muito mais amplo do que qualquer sugerido pelos exemplos dados por Brandeis, uma discricção muito mais ampla do que qualquer que pode ser justificada independentemente.

Ou seja, ele acredita que para fazer uso das virtudes passivas existe uma pressão muito grande decorrente do propósito final de Bickel, que é encontrar meios para acomodar as demandas de princípio às necessidades mais imediatas de conveniência e da política. Essa pressão faz com que as virtudes passivas sejam meros instrumentos para alcançar esse fim, e que por isso elas são utilizadas de forma indiscriminada e até mesmo com manipulação, em razão da ansiedade exagerada em se esquivar de assumir uma posição nessas matérias. Além disso, Gunther (1964) também considera que a autoridade da Suprema Corte em não decidir na verdade permite a ela ter um poder de escolha discricionário – e até mesmo bastante arbitrário – muito maior do que a pretensão idealizada de reduzir a amplitude de atuação da corte. Isto é,

ao propor que a corte tenha tantas possibilidades para escolher não decidir ou não interferir a proposta de Bickel acaba alargando demais os poderes e autoridade da corte, ao invés de promover sua autocontenção.

Contudo, Gunther, nesse aspecto, constrói uma percepção apressada acerca de um suposto perigo de esvaziamento do objetivo de promover a autocontenção das virtudes passivas. Esses vários dispositivos, métodos, conceitos, doutrinas e técnicas discutidos todos servem ao mesmo fim – são todas técnicas de não fazer ou dispositivos para dispor de um caso evitando o julgamento sobre a questão constitucional que ele levanta. Para Bickel (1986), esses métodos de não fazer podem ser classificados em uma escala de significância, sendo as doutrinas da delegação e imprecisão as que são muito relevantes. Entretanto, para ele nenhuma dessas técnicas está sempre disponível para uso, existem limites em sua aplicação. Bickel (1986) considera que a Corte possui autoridade judicial para selecionar a mais adequada dentre várias vias possíveis de (não) decisão, o que se constitui numa arma sensível e poderosa que, utilizada com sofisticação, complementa a discricionariedade da Suprema Corte quanto a quais casos irá enfrentar e em qual sequência.

Essa discricionariedade da Corte é limitada dentro da teoria de Bickel, visto que ele se preocupa que esse exercício da atividade dos tribunais seja feito com a mais excelente sabedoria prática possível, a prudência. Uma corte prudente dentro de sua teoria jamais será descontrolada e aleatória, exercendo suas funções com abuso de poder. Ademais, Bickel (1986) considera que cada uma das técnicas que se constitui em uma virtude passiva possuem um conteúdo próprio e um significado intrínseco, que servem também como limite para sua aplicação. Um exemplo já abordado anteriormente dessa limitação é a proposição de um critério por Bickel para orientar quando a Corte deve intervir, a regra do erro claro. Conforme enunciado, ao propor a regra do erro claro foi previsto que existem situações fáticas e jurídicas que exigem um pronunciamento explícito por parte da Corte, atuando como uma espécie de corte de correção. Nesse aspecto então não há razão para a crítica de Gunther.

Ainda assim, Gunther (1964) acredita que Bickel manipula suas técnicas para promover um precário e ilusório equilíbrio e uma falsa acomodação, visto que a prudência, a sabedoria e o princípio não servem para assegurar o cumprimento de seus objetivos. As virtudes de Bickel, segundo ele, são passivas apenas no nome e na aparência, pois se trata de uma grande variedade de intervencionismo descontrolado que está no cerne de seus dispositivos de autocontenção.

Outro suposto erro apontado por Gunther (1964) na construção das virtudes passivas por Bickel é que ela faz um agrupamento inadequado dos instrumentos da negativa do *certiorari* e dos indeferimentos de apelações por falta de uma questão federal substancial, para evitar pronunciamento sobre os méritos. O suposto exagero e o equívoco consiste no fato de que Bickel aponta esses dois instrumentos como os dispositivos mais comuns para alcançar as finalidades de autocontenção, mas os trata como se fossem a mesma coisa, e resultassem no mesmo tipo de decisão, quando na verdade não é assim.

O *certiorari* é provavelmente o instrumento mais declaradamente discricionário no sentido de motivação, ou falta dela, para negar sua jurisdição. Apesar disso, ele não é totalmente desprovido de padrões e possui um regramento próprio que estabelece o procedimento para sua análise e requisitos, ainda que frágeis, para sua concessão. Negar o *certiorari* significa exatamente não decidir de forma nenhuma, o que equivale ao silêncio judicial e obsta o prosseguimento da petição na Suprema Corte. Enquanto isso, o indeferimento de apelações se constitui na prática como uma decisão e não como silêncio, em que a Corte se pronuncia sim, porém de modo superficial, com base no argumento de que a questão ainda não está bem amadurecida nos tribunais inferiores e que ainda não existe um nível de maturidade da questão federal que justifique uma intervenção da suprema corte. Portanto, na prática essa distinção evidencia o equívoco de classificação das virtudes passivas feito por Bickel.

Com base nisso, Gunther (1964) aponta que Bickel com frequência faz uso manipulador de suas doutrinas de virtudes passivas, de modo a ocultar propositalmente que a jurisdição americana está fundamentada na constituição em seu art. III e nas promulgações do congresso, e que isso não é um domínio de guarda exclusiva do tribunal. No rol de técnicas elencadas como virtudes passivas por Bickel, esses e outros dispositivos servem para escolher os fundamentos para decidir um caso de forma rasa e superficial, sem adentrar nos méritos, e não servem para evitar a decisão em si, recusando jurisdição ou escolhendo não decidir. Portanto, trata-se de um erro técnico baseado nessa falta de distinção dos modelos decisórios, considerando que Bickel trata todas as virtudes passivas como se fossem uma coisa só quando na verdade não são; assiste razão a Gunther nesse aspecto, visto que algumas virtudes passivas resultam em não decisão e outras resultam em decisões superficiais.

Diante do exposto, Gunther (1964), mais uma vez, aponta que Bickel apenas traça rotas de fuga, propondo como solução rejeitar casos imediatamente diante de quaisquer desafios constitucionais que apareçam. Assim, o vício das virtudes passivas se evidencia, pois Bickel compromete os próprios princípios que ele pretende proteger; o ponto de partida da teoria das

virtudes passivas, que é a rigorosa insistência de que a decisão constitucional deve ser verdadeiramente baseada em princípios, dá grande importância a sua tese mas ao mesmo tempo se torna sua ruína.

Gunther (1964) conclui isso porque, mesmo reconhecendo que as virtudes passivas possuem importância e um lugar apropriado para seu uso, existe na verdade uma obrigação de interferir e decidir em alguns casos. Há um limite além do quais os instrumentos de evasão, as virtudes passivas, não podem ser pressionados, e é preciso ceder diante de problemas constitucionais sérios independente dos princípios, como é o caso do exemplo supracitado do estatuto ruim.

As críticas são bastante detalhadas e pertinentes, e se assemelham ao tipo de alerta que se fez em relação aos problemas gerados por decisões minimalistas, nos termos de Sunstein (2006). É relevante considerar que não deve haver aplicação geral e irrestrita desse modelo de virtudes passivas, visto que existem questões constitucionais que carecem de intervenção. Em razão da falta de decisão pode ocorrer insegurança jurídica ou multiplicação de processos judiciais nos tribunais inferiores, e muitas vezes é melhor assumir compromissos e tomar posição.

Ainda assim, a grande utilidade de muitas dessas técnicas que se constituem em virtudes passivas permanece, visto que envolvem o tribunal em colóquios com as instituições políticas, exercendo seu papel e sua razão de ser – evoluir para preservar, proteger e defender os princípios e valores duradouros da sociedade (Bickel, 1986). As virtudes existem e estão em uso para garantir uma boa e eficaz atuação do tribunal, ao mesmo tempo em que evitam o seu domínio total e oferecem a margem de manobra necessária para acomodação conveniente e necessária para manutenção da democracia.

O tribunal exerce uma função trina em relação aos estatutos e leis: ele verifica, legitima ou não faz nenhuma das duas coisas (Bickel, 1986). Entretanto, quando o tribunal se pronuncia de modo criativo e amplo ele frustra uma construção legislativa anterior, podendo se constituir numa criação judicial absurda ou irracional; no entanto, essa situação é distinta de quando ocorre uma simples mudança legal por iniciativa do próprio legislativo, ainda que seja também uma mudança absurda ou irracional. Exige-se que a legislatura viva de acordo com um certo padrão de racionalidade, mas elas são instituições políticas que de fato se constituem num fórum para choques de interesses e disputas de poder que produzem às vezes um vencedor e um perdedor, e às vezes um compromisso (Bickel, 1986). Mas de modo totalmente oposto, Bickel

compreende que a função do tribunal se contrapõe a isso e deve ser marcada pela prudência e pelo equilíbrio, tomando suas decisões de modo autoconsciente, inteligível, racional e sincera (Bickel, 1986).

Sobre esse aspecto Bickel (1986, p. 97) afirma que

uma vez que uma opinião judicial racionaliza uma ordem para mostrar que ela está em conformidade com a constituição, ou melhor, racionaliza a constituição para mostrar que a constituição sanciona tal ordem, o tribunal validou para todos os tempos o princípio [...] cada repetição incorpora esse princípio mais profundamente em nossa lei e pensamento e o expande para novos [...] esse incidente passageiro se torna a doutrina da constituição. Lá, ele tem um poder gerador próprio, e tudo o que ele cria será à sua própria imagem.

A partir dessa afirmação conclui-se que há um perigo em permitir e legitimar que a Corte possa atuar de modo expansivo e imprudente, interferindo nas decisões legislativas – o risco de que, pela própria posição que ocupa, o tribunal tenha poder demais para ser o agente promotor de mudanças constitucionais profundas e cada vez mais adquira mais espaço para expandir suas funções de modo prolongado no tempo. É por isso que Bickel (1986) considera que assim como os redatores da constituição já sabiam, não se pode esquecer hoje que não há garantia prática mais eficaz contra a arbitrariedade e a irracionalidade do que exigir que os princípios da lei impostos a uma minoria sejam impostos de forma geral. Ou seja, evitar que uma minoria (a Corte) possa sempre impor e criar regras e permitir que a maioria (a legislatura) possa impor regras de modo geral, representando a toda a sociedade.

### **3.3 O USO CONSTRUTIVO DO SILÊNCIO: UMA APROXIMAÇÃO COM O MINIMALISMO JUDICIAL DE CASS SUNSTEIN**

Durante os anos 1990, Cass Sunstein desenvolveu uma teoria na qual defendia que o judiciário deveria atuar de forma ativa para garantir as condições necessárias à implementação da democracia deliberativa, devendo o judiciário garantir a desobstrução de canais de comunicação (ampliando a liberdade de expressão), o acesso a mais informações, a proteção da igualdade política e da deliberação em si mesma (Chueiri; Macedo, 2018). No entanto, além desses pontos, ele argumenta que o juiz não deve adotar uma postura excessivamente ativa, pois isso poderia prejudicar a democracia e o autogoverno coletivo, que se baseiam em um debate livre e robusto. Com o tempo, sua defesa do minimalismo judicial se tornou mais radical, sugerindo um encolhimento ainda maior do papel do judiciário, especialmente em questões polêmicas.

Sunstein (1999) defende que os juízes adotem uma postura minimalista, optando por decisões restritas e superficiais, limitando seus pronunciamentos ao essencial para resolver os casos apresentados. Nessa abordagem os julgadores não devem ser ambiciosos e devem evitar se envolver em questões controversas que não sejam necessárias para a resolução do processo, decidindo "cada caso por vez" (*one case at a time*), sem a intenção de criar regras amplas para lidar com futuras demandas. Essa postura judicial abrange tanto aspectos procedimentais, como recomendações formais para que os juízes evitem usar argumentos filosóficos controversos em suas decisões, quanto aspectos substanciais, que envolvem a criação de pré-condições para o bom funcionamento de uma democracia constitucional.

O minimalismo, por um lado, busca estabelecer um ambiente de restrição judicial (no aspecto procedimental), utilizando argumentações rasas e estreitas, abordando os casos com o mínimo necessário de fundamentação, e por outro lado, visa promover uma deliberação democrática (no aspecto substancial), ou seja, buscar um equilíbrio entre a jurisdição e os outros poderes, com ênfase na promoção da responsabilidade das instituições políticas (Leal; Schoenherr, 2024). Independentemente das premissas (onde pode haver mais divergências), todos chegariam à mesma conclusão. A abordagem minimalista ao decidir cada caso por vez contribui para a convergência interna da jurisdição, além de fortalecer sua legitimidade democrática.

A perspectiva teórica de Cass Robert Sunstein, denominada de minimalismo judicial, trata-se de uma preferência por decisões judiciais que gozam de estreiteza, pois não vão muito além do problema em questão; se concentram nos detalhes do caso concreto e buscam ser superficiais, deixando aspectos mais profundos não decididos por compreensão de que falta ao tribunal informação suficiente para estabelecer regras amplas (Sunstein, 2006).

Essa preocupação é semelhante a de Bickel, visto que ambos se pautam por uma postura de autocontenção que pode ser positiva em muitos casos, porque evidencia cautela – e prudência – ao dar passos mais ambiciosos na interpretação do direito. Considerando que a função precípua do julgador é resolver o litígio concreto que envolve as partes do processo, é prudente que o juiz não esteja se ocupando sempre em querer dizer o direito para todo um grupo de pessoas estranhas à lide em um tempo futuro. Basta dizer o direito hoje ou amanhã para aqueles que provocaram a jurisdição.

A justificativa para essa teoria também é pertinente, pois revela preocupação com o exercício da deliberação democrática. Em questões jurídicas complexas, os minimalistas

expressam persistente precaução porque os juízes muitas vezes não possuem uma noção suficientemente abrangente das diversas situações em que regras amplas podem ser aplicáveis. É preciso que se atente ao fator distanciamento, que coloca juízes em posição ilegítima para produzir regras largas sobre matérias complexas de modo que possam representar efetivamente a população – a essência da dificuldade contramajoritária descrita por Bickel.

Por não estar suficientemente próximo dos cidadãos para ouvi-los e considerar suas posições é que se faz necessário prudência quanto aos reflexos potencialmente negativos de decisões que vão muito além da resolução do conflito em questão. Por isso, pôr em suspeição a profundidade e deixar questões relevantes não decididas pode se tornar um caminho assertivo em alguns casos, para abrir espaços de deliberação democrática aos cidadãos e seus representantes, o que é bastante valioso. Esse é exatamente a proposição de Bickel com o uso das virtudes passivas para favorecer a acomodação democrática entre os poderes.

Logo, percebe-se que decisões minimalistas podem refletir os limites institucionais do judiciário, além de expressar humildade e deferência com os outros poderes, em especial o legislativo. Entretanto, há críticas a esse modelo. Não é possível aplicar integralmente esse modelo decisório em todos os casos, porque isso pode muitas vezes gerar inconvenientes ao deixar questões não decididas. Pode ocorrer justamente o contrário: repetição de novas ações judiciais sobre o mesmo tema porque nas decisões anteriores não se fixou os contornos de forma abrangente para a matéria.

Contudo, como, segundo Sunstein (2006), a probabilidade de que nesses casos uma decisão ampla falhe é alta, pode ser melhor permitir a continuidade do processo de deliberação no espaço representativo da sociedade, no legislativo. Assim, é possível evitar um possível rechaço social à decisão judicial, de maneira que os prejuízos do dissenso sejam reduzidos.

É importante fazer menção que essa teoria também é criticada, por exemplo por meio de Robert Post e Reva Siegel, que fazem defesa do constitucionalismo democrático. Segundo Post e Siegel (2007), em contraposição ao argumento minimalista, a ampliação do ativismo judicial na resolução de questões controvertidas pode ter efeitos positivos para a cultura constitucional.

Isso porque, segundo Post e Siegel (2007), é intrínseco ao constitucionalismo os conflitos e o movimento de refluxo, que mantêm a sensibilidade democrática entre a sociedade e os poderes. Está assim legitimada a atuação judicial com uso de princípios constitucionais com abertura, de modo a potencializar o engajamento com as decisões da corte constitucional.

Enquanto há discussão sobre o significado e alcance da constituição, a sociedade em comum permanece comprometida com seus valores.

Logo, a principal crítica dos autores é que o minimalismo na verdade “enfraqueceria os atributos essenciais da prática jurídica, temendo o exercício ordinário da habilidade de desencadear o conflito social” (Post; Siegel, 2007). Isso em razão de que em situações estratégicas o judiciário pode se constituir como vanguarda da sociedade, mesmo que em questões controvertidas; o conflito pode ter seus custos, mas o constitucionalismo democrático reconhece as funções construtivas do desacordo.

Após essa reserva, constata-se que o minimalismo judicial assim como o uso das virtudes passivas constitui-se como técnica de autocontenção judicial. Nos litígios constitucionais decisões minimalistas ou não decisões através do uso de uma virtude passiva podem servir como propulsoras da democracia, incentivando diretamente a tomada de resoluções pelos parlamentares eleitos para tal e evitando as reações legislativas contrárias, bem como a inefetividade de decisões judiciais.

Ao não alargar e expandir o conteúdo da decisão, dizendo apenas o que é preciso na sua fundamentação e para resolução do litígio concreto, é possível evitar a extensão usual feita com o uso dos princípios em larga escala. Na medida do possível, deixa-se em aberto questões mais abrangentes e profundas que demandam maior discussão para serem deliberadas no espaço adequado, o legislativo. Dessa forma, nos termos de Bickel, também é possível identificar a ênfase no efeito do maravilhoso mistério do tempo ao permitir o transcurso de um período sem decisões profundas.

Sunstein (1999, p. 46) elenca como uma virtude da teoria do minimalismo judicial a permissão de “uma margem de manobra aos processos democráticos em função da própria falibilidade judicial, e sua impossibilidade de correção dos erros causados pelas próprias decisões”. Trata-se de duas características marcantes dessa teoria: redução de custos das decisões judiciais e tornar erros judiciais menos frequentes e prejudiciais. Por essa razão, um caminho minimalista pode oferecer uma boa dose de bom senso para a corte, por meio do uso construtivo do silêncio (Ziegler; Gauer, 2016; Oliveira; Moura, 2016).

Nessas matérias que podem ser controvertidas, complexas ou que podem suscitar reações sociais, é importante considerar o nível de aprofundamento na decisão. Sobre isso, Sunstein (1996) desenvolve a perspectiva que denomina de “acordos teóricos incompletos”. Para ele, é possível existir uma incompletude em razão de controvérsia acerca dos fundamentos

mais profundos e teorias mais abstratas que embasam a questão, ao passo que pode existir um acordo sobre os resultados de seu emprego quando se diminui o nível de abstração.

Isso quer dizer que as pessoas que concordam sobre um princípio geral não necessariamente irão concordar sobre os resultados da aplicação dele nos casos concretos, pois no processo de julgamento quando se pautam teorias abstratas com utilização muito extensiva é provável que ocorram desacordos (Oliveira; Moura, 2016). E aí se demonstra a vantagem de acordos teóricos incompletos: não definir ou especificar completamente provisões jurídicas a serem tomadas, mantendo baixo grau de abstração e extensão nas decisões, pode se revelar muito eficiente segundo a teoria.

Não estabelecer de pronto compromissos em questões fundamentais pode se tornar exatamente uma postura de não decisão nos termos de Bickel, um ato de esquivar-se de decidir. Além disso, uma utilidade muito importante desse modelo de decisão é evitar um refluxo social contrário às decisões judiciais de grande impacto, que pode comprometer sua eficiência. Trata-se do denominado efeito *backlash*, que pode ser entendido como um contra-ataque político ao resultado de uma deliberação judicial, que pode se manifestar de diversas formas (Marmelstein, 2016). Um dos meios de retaliação é a reversão legislativa da jurisprudência, quando são promulgadas leis em sentido oposto ao que foi decidido pela corte constitucional.

De fato, em virtude do efeito *backlash*, pode haver uma zona de incerteza sobre os desdobramentos políticos da tentativa de resolução da questão. E essa é uma preocupação do minimalismo judicial, que sustenta que o *backlash* deve ser evitado em razão da intensa e às vezes agressiva desaprovação pública, no intuito de remover a força jurídica da decisão judicial atacada (Oliveira; Mendes, 2018).

Diante disso, há um risco de que uma reação mais intensa possa até deslegitimar a decisão da Corte, o que chama atenção para a necessidade de prudência e autocontenção, conforme preleciona Bickel. Por isso, até que o tema esteja bem amadurecido socialmente, pode ser mais adequado limitar a resposta jurisdicional em virtude da incerteza do desdobramento de uma questão polêmica.

Existem impasses com o minimalismo judicial que apontam para uma provável dificuldade em sua aplicação de forma ampla e irrestrita. Um dos principais é a questão da previsibilidade; se uma questão jurídica surge com frequência nos tribunais e tem atingido uma larga parcela do corpo social há uma indicação de que talvez exista uma certa confusão ou falta de clareza no delineamento desse problema legal.

Nesse caso, as pessoas precisam de orientação elucidativa sobre como proceder com esse direito para evitar que se deixem aspectos não resolvidos. O próprio Sunstein (2006; 2008) faz uma autocrítica ao considerar que, se a Suprema Corte não proferir uma decisão mais ampla, certamente os inferiores terão que enfrentar muita incerteza; e decisões estreitas, caso a caso podem impor altos custos e prejudicar a posteridade, causando insegurança jurídica.

É preciso considerar também que, às vezes, a superficialidade é uma má ideia e é melhor adentrar em questões profundas, fundamentais, que também podem servir para a concretização de valores democráticos (Sunstein, 2008). Isso porque, a longo prazo, exportar a decisão para a posteridade pode causar dúvidas, principalmente nesses casos em que a previsibilidade é muito importante, e o argumento para decisões que se preocupam em definir regras pode ganhar força.

É viável então ponderar que, quando o legislativo já tem informações suficientes para produzir as regras, é ele que deve fazê-lo e ser provocado a enfrentar diretamente a matéria, com prioridade sobre o judiciário. Nesse sentido, há utilidade do minimalismo judicial como técnica de autocontenção judicial em litígios constitucionais. Através dele, assim como por meio das virtudes passivas, é possível um melhor aproveitamento dos espaços de escuta dos cidadãos nas casas legislativas.

Também pode haver um estímulo à deliberação democrática, e é por essa ponderação que se cogita que como consequência a utilidade do modelo minimalista em alguns casos pode funcionar também como mecanismo de fortalecimento do legislativo. Os juízes com consciência de suas limitações podem, assim, auxiliar a tomada de decisões complexas, de grande repercussão, pelos atores políticos responsáveis (Sunstein, 1999).

Para que esse auxílio seja efetivado, uma possibilidade é o que a doutrina denomina de diálogo institucional, que pode se caracterizar por meio da superação legislativa da decisão (já abordada no efeito *backlash*), devolução da matéria ao legislativo com prazo para deliberação ou até mesmo um apelo ao legislativo para que atue (Barroso, 2015). Pode se considerar que um pressuposto para o diálogo é o reconhecimento da falibilidade de todas as instituições, atenuando a ideia de que somente ao judiciário cabe dar a última palavra em matéria constitucional. Partindo dessa flexibilidade, por fim, é plausível estabelecer canais dialógicos de busca da solução jurídica mais adequada, com legitimidade, respeito à separação de poderes, decisões judiciais moderadas (menos interventivas) e direitos mais fortes. Diante de todo o exposto, considera-se o minimalismo judicial com seus fundamentos como teoria que possui

vários aspectos de similaridade com a construção teórica de autocontenção judicial e do uso das virtudes passivas feita por Bickel.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Essa dissertação tratou sobre o tema “As virtudes passivas como técnicas de autocontenção judicial na teoria de Alexander Bickel: a prudência e a escolha de não decidir”. Constatou-se que a função dos tribunais dentro da teoria de Bickel, especialmente a Suprema Corte, é agir como guardião e protetora dos princípios e valores duradouros da sociedade, não se envolvendo em questões de conveniência ou de interesses políticos ligados a necessidades imediatas. Essa é parte da resposta a um dos problemas de pesquisa dessa dissertação, que se refere a como a Suprema Corte deve decidir de forma prudente de acordo com Alexander Bickel.

O propósito do legislativo é essencialmente criativo, se dedicando a regulamentar as matérias através das leis e dos estatutos, definindo seus detalhes. Além disso, ele também se dedica a exercer com excelência a função representativa, agindo em nome dos seus eleitores e decidindo conforme seus interesses e necessidades.

Mesmo diante dessas funções, o contexto fático de ativismo judicial da corte Warren que motivou a obra de Bickel evidencia que com frequência as cortes supremas invadem a esfera de atuação do legislativo. Esse tipo de atuação em que poucos juízes, que não são eleitos pelo povo, criam regras impostas a toda a sociedade revela a essência do que Bickel denominou de dificuldade contramajoritária, em que um órgão não representativo age não em favor dos eleitores, mas muitas vezes contra eles.

Essa dificuldade fez com que Bickel considerasse a revisão judicial exercida pela Suprema Corte dos Estados Unidos uma instituição desviante da democracia, e que por isso carece de um novo modelo de atuação e de decisão que favoreça uma melhor acomodação democrática. A partir disso, como complemento à resposta do problema de pesquisa dessa dissertação, identificou-se que Bickel desenvolveu um novo modelo de ação para os tribunais com base na prudência.

Assim, para Bickel, percebeu-se que a prudência é considerada uma virtude que tem a natureza de uma espécie de sabedoria e habilidade intelectual, com grande cunho filosófico, de que os juízes dispõem com mais facilidade. Isso porque Bickel considerou que aos juízes é mais provável possuir conhecimentos acadêmicos e familiaridade com o método de investigação próprio da filosofia para adquirir um comportamento baseado na prudência. Portanto, a Suprema Corte deve agir de modo a ser a voz da razão, com discernimento e articulação

equilibrados a fim de, conforme sua legítima função, promover os valores duradouros da sociedade. Logo, decidir de forma prudente é ser a favor de mudanças graduais, ser contra atos bruscos ou revolucionários e permitir a ação do maravilhoso mistério do tempo para promover o progresso através da maturidade das questões, com discussão bem desenvolvida no legislativo e na sociedade a fim de formar consensos.

Como meio para instrumentalizar esse modelo de ação e decisão prudentes, Bickel propôs as virtudes passivas. Como resposta ao problema de pesquisa dessa dissertação, constatou-se que as virtudes passivas na teoria de Alexander Bickel são institutos jurídicos do sistema americano que se constituem como estratégias processuais que a Suprema Corte se utiliza para, dentro de um processo, escolher não decidir uma questão, proferir uma decisão provisória ou uma decisão rasa, que não adentra no mérito da questão constitucional em matéria de seus princípios. Em resposta à crítica feita por Gunther (1964), percebeu-se que existe um equívoco técnico na classificação dos tipos de decisão e das virtudes passivas em si, visto que Bickel agrupa todas de modo indistinto como fossem todos meios para escolher uma não decisão, quando na verdade algumas delas resultam sim em decisões, porém se constituem como decisões superficiais.

Identificou-se que as virtudes passivas são técnicas decisórias que, por meio da prudência, favorecem o tempo para amadurecimento das questões através das discussões dentro do poder legislativo e na própria sociedade. Diversas dessas técnicas foram enumeradas e discutidas por Bickel em sua obra e, a fim de responder ao problema de pesquisa dessa dissertação, foram discutidas no capítulo 3 algumas delas, como o *writ of certiorari*, a doutrina das questões políticas, as doutrinas da imprecisão e delegação e o *second look*.

Após pesquisa e análise desses institutos, cuja discussão foi iniciada ainda no capítulo 1, constatou-se que as virtudes passivas enunciadas por Bickel funcionam como técnicas de autocontenção judicial, visto que o seu uso resulta num grande número de indeferimento de petições, o que significa restrição no número de casos julgados pela Corte, além de uma série de decisões que não assumem compromissos profundos em matérias constitucionais, deixando aberto espaço para que o legislativo possa construir, de modo essencialmente democrático e de acordo com seus interesses e necessidades dos seus eleitores, os contornos dos estatutos e leis.

Após pesquisa e análise dos institutos que se constituem como virtudes passivas de acordo com Bickel, também observou-se que existe uma aproximação teórica entre ele e o modelo de minimalismo judicial proposto por Cass Sunstein. Ao propor decisões rasas e

superficiais, que limitam seus pronunciamentos ao essencial para decidir cada caso por vez, Sunstein se assemelha à proposição de algumas virtudes passivas enunciadas por Bickel, em que as decisões enunciam uma provisoriedade ou não adentram no mérito da questão constitucional. A intenção de não criar regras amplas que vinculem o futuro, mas de deixar aspectos mais profundos não decididos, é comum em Bickel e Sunstein, visto que há uma preocupação em permitir espaço de acomodação democrática e atuação dos poderes dentro de suas esferas de competência.

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, 2015 p. 23-50.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *[Syn]Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.
- BICKEL, Alexander M. *Foreword: the passive virtues*. *Harvard Law Review*, v. 75, p. 40, 1961.
- BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. Yale University Press, 1986.
- BICKEL, Alexander M. The original understanding and the segregation decision. *Harvard Law Review*, v. 69, n. 1, p. 1-65, 1955.
- BICKEL, Alexander M. *The Supreme Court and the idea of progress*. Yale University Press, 1978.
- BICKEL, Alexander M. The Voting Rights Cases. *The Supreme Court Review*, v. 1966, p. 79-102, 1966.
- BICKEL, Alexander M.; WELLINGTON, Harry H. Legislative Purpose and the Judicial Process: The Lincoln Mills Case. *Harvard Law Review*, p. 1-39, 1957.
- BREST, Paul. The Fundamental Rights Controversy: The Essential Contradictions of Normative Constitutional Scholarship. *Yale Law Journal*, 1981, v. 90, n. 5, p. 1063-1109.
- CALABRESI, Guido. *A common law for the age of statutes*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1982.
- CALABRESI, Guido. Antidiscrimination and constitutional accountability: (what the Bork-Brennan debate ignores). *Harvard Law Review*, v. 105, n. 1, 1991.
- CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. Os Precedentes Judiciais nos Estados Unidos: Apontamentos para uma Comparação. *Revista de Direito Administrativo*, v. 244, p. 186-207, 2007.
- CHUEIRI, Vera Karam de; MACEDO, José Arthur Castillo de. Teorias constitucionais progressistas, backlash e vaquejada. *Sequência (Florianópolis)*, n. 80, p. 123-150, 2018.
- CORDRAY, Margaret Meriwether; CORDRAY, Richard. The Philosophy o Certiorari: Jurisprudential Considerations in Supreme Court Case Selection. *Washington University Law Quarterly*, Washington DC, v. 82, p. 389-452, 2004.
- DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- ERICKSEN, Lauro. Originalismo, interpretação constitucional e seus sentidos políticos. *Revista de Direito Brasileira*, 2019, v. 22, n. 9, p. 50-65.

FIGUEIRA, Márcio Alves; BASTOS, Elísio Augusto Velloso. Revisão Judicial Sob o Enfoque Do Originalismo e Do Interpretativismo. *Revista Brasileira de Filosofia do Direito*, v. 6, n. 1, p. 115-135, 2020.

GOLDFORD, Dennis J. *The American Constitution and the debate over originalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

GONÇALVES, Heloísa Alva Cortez; PASQUINI, Bruna Ferrarin. A corte no país da imprevisibilidade: o papel contramajoritário das cortes, as virtudes passivas de Alexander M. Bickel e a judicial review no estado democrático brasileiro. *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, v. 13, n. 2, p. 21-44, 2020.

GUNTHER, Gerald. The subtle vices of the ‘passive virtues’ - a comment on principle and expediency in judicial review. *Columbia Law Review*, vol. 64, n. 1, 1964, p. 1–25.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The federalist*. Indianopolis: Hackett Publishing Company, 1788.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*, 2009, v. 251, p. 139-178.

KRONMAN, Anthony T. Alexander Bickel's Philosophy of Prudence. *The Yale Law Journal*, 1985, v. 94, n. 7, p. 1567-1616.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. SCHOENHERR, Mateus Henrique. Três dimensões das posturas autocontidas: liberdade de conformação, capacidades institucionais e virtudes ativas e passivas. *Revista Estudos Institucionais*, v. 10, n. 3, p. 871–901, 2024.

LIMA, Flávia Danielle Santiago; GOMES NETO, José Mário Wanderley. Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo (a) s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 5, p. 221-247, 2018.

LIPKIN, Robert Justin. *Constitutional Revolutions: Pragmatism and the Revolutionary Role of Judicial Review in American Constitutionalism*. Durham: Duke University Press, 2000.

MACIEL, Adhemar Ferreira. *Restrição à admissibilidade de recursos na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal do Brasil*. In: Meios de Impugnação ao Jugado Civil–Estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, p. 33-45, 2007.

MALTZ, Earl M. Rethinking Constitutional Law: Originalism, Interventionism, and the Politics of Judicial Review. *University Press of Kansas*, 1994.

MARINONI, Luiz Guilherme. A não decisão enquanto opção democrática. *Revista de Processo*, v. 324, ano 47, p. 201-229. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme. O Julgamento Colegiado nas Cortes Supremas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, v. 5, n. 2, p. 873-920, 2016.

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

MARMELSTEIN, George. Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial. *Terceiro Seminário Ítalo-Brasileiro*, p. 3, 2016.

MAUS, Ingerborg (org.). *O Judiciário como superego da sociedade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Claudio Ladeira de; MOURA, Suellen Patrícia. O Minimalismo Judicial de Cass Sunstein e a resolução do Senado Federal no controle de constitucionalidade: ativismo judicial e legitimidade democrática. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, v. 8, n. 14, p. 238-263, 2016.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de; MENDES, Fernanda Ferreira. Backlash na teoria do Constitucionalismo democrático e na teoria do Minimalismo Judicial. *Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales*, 2018.

O'NEILL, Johnathan G. Originalism in American Law and Politics: a constitutional history. *Johns Hopkins University Press*, 2007.

PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro; ALVES, Jordy Andrade; SILVA, Samuel Gênesis Abraão. Interpretacionismo e não-interpretacionismo: a jurisdição constitucional procedimental em John Hart Ely e o instituto do amicus curiae. *Revista jurídica luso-brasileira*, 2023, ano 9, n. 6.

PERRY JR., Henry W. *Deciding to decide: agenda setting in the United States Supreme Court*. Cambridge: Havard, 1994.

PERRY, Michael J. *We the People: the fourteenth amendment and the Supreme Court*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash. *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, p. 373-433, 2007.

PRIMUS, Richard A. When Should Original Meanings Matter? *Michigan Law Review*, Michigan, 2008, v. 107, n. 2.

SCALIA, Antonin. *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*. Princeton: Princeton University Press, 2016.

SCALIA, Antonin. Originalism: the lesser evil. *University of Cincinnati Law Review*, 1989, v. 57, n. 1.

SCALIA, Antonin; GARNER, Bryan A. *Reading Law: the interpretation of legal texts*. St. Paul: Thomson, 2012.

SCOTT, Nelson L. Getting Your Foot in the Door: The Petition for Certiorari. *Appellate Practice Journal*, Washington DC, v. 29, n. 4, p. 1-15, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica em crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 11ª ed., 2014.

STRECK, Lento Luiz. O Caso da ADPF 132: Defender o Texto da Constituição é uma Atitude Positivista (ou "Originalista")?. *University of Brasília Law Journal*, v. 1, n. 1, p. 723, 2016.

SUNSTEIN, Cass Robert. Beyond Judicial Minimalism. *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, n. 432, p. 01-25, 2008.

SUNSTEIN, Cass Robert. *One case at a time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Havard University Press, 1999.

SUNSTEIN, Cass Robert. Problems with minimalism. *Stanford Law Review*, v. 56, p. 1899-1918, 2006.

SURIANI, Fernanda Mattar Furtado. A Suprema Corte americana e o writ of certiorari. *Publicações da Escola da AGU*, v. 10, n. 1, 2018.

WHITTINGTON, Keith E. *On Pluralism Within Originalism*. In: HUSCROFT, Grant; MILLER, Bradley W. (Orgs.). *Challenge of Originalism: Theories of Constitutional Interpretation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

ZIEGLER, Joici Antonia; GAUER, Lessandra Bertolazi. Minimalismo Judicial na visão de Cass Sunstein: uma alternativa para a concretização da Democracia. *Revista Jurídica Eletrônica da UFPI*, v. 3, n. 02, 2016.