

**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**

*Heloísa Alva Cortez Gonçalves*⁴

*Bruna Ferrarin Pasquini*⁵

Recebido em: 28/09/2020

Aprovado em: 11/11/2020

RESUMO

O presente artigo propõe-se a avaliar o papel atuante do judiciário brasileiro, especialmente do Supremo Tribunal Federal (STF), e os possíveis problemas que esse ativismo pode gerar a uma democracia. Para tanto, objetiva-se expor a revisão judicial e avaliar as contribuições da teoria de Alexander M. Bickel sobre as virtudes passivas e o princípio do contramajoritário e sua possível e/ou viável aplicação no Brasil. Sendo assim, o objetivo geral deste artigo é repensar o papel do STF nos moldes propostos por Bickel em sua teoria, para superar a dicotomia ativismo judicial - deferência ao legislativo. Os objetivos específicos são avaliar o nível de ativismo judicial brasileiro, bem como o *judicial review*, e propor uma nova forma de se encarar a situação por meio da teoria de Bickel. O presente artigo visa, além disso, debater sobre a aplicação do princípio do contramajoritário e as virtudes passivas do Poder Judiciário, para contornar o ativismo ultraforte brasileiro. Conclui-se que ao utilizar-se das virtudes passivas, o tribunal evitaria posicionar-se, definitivamente, em prejuízo da sua função de guardião dos princípios ou confrontar a opinião pública e os poderes majoritários, o que contribuiria para o fortalecimento da democracia, que vivenciam um esgotamento de certezas que as sustentam. Para tanto, utilizou-se uma abordagem crítica, e a investigação desenvolveu-se mediante pesquisa bibliográfica.

⁴ Doutoranda em Direito pela Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Atualmente é professora na Graduação e Pós-Graduação na UNICESUMAR - Centro Universitário de Maringá. Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Maringá, pós-graduada em Direito Constitucional pela Universidade Estadual de Maringá - UEM. É advogada. E-mail: heloisagon@hotmail.com

⁵ Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Atualmente exerce o cargo de Assessora de Gabinete pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. E-mail: brunafpassos@gmail.com

Palavras-chave: Ativismo. Contramajoritário. Virtudes Passivas. STF.

1 INTRODUÇÃO

Por meio de novas ações constitucionais, a Constituição Federal de 1988 ampliou o escopo material da revisão judicial e legitimou novos sujeitos. Com isso, o reflexo da novidade foi o crescente ativismo da Corte. A teoria de Bickel critica o ativismo judicial, por isso expressada neste artigo com a finalidade de questionar qual aplicação tem o princípio do contramajoritário e as virtudes passivas no ordenamento jurídico brasileiro e de que forma poderia este contribuir para a manutenção do sistema democrático.

Com efeito, no presente trabalho, por sua natureza e delimitação, é necessário efetuar um recorte. Para tanto, elege-se como objeto de pesquisa o autor contemporâneo Alexander M. Bickel que, em suas obras, especialmente *The Least Dangerous Branch*, cuida das virtudes passivas do juiz e do princípio do contramajoritário. Objetiva-se introduzir as ideias de Bickel e seus principais pensamentos no meio jurídico brasileiro, pois a maioria de suas obras não se encontram traduzidas para o idioma oficial. O método de abordagem utilizado será o dedutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica.

2 O PROTAGONISMO JUDICIAL

As democracias vivem atualmente uma progressiva expansão do Poder Judiciário, a qual tem atuado sobre as relações sociais e principalmente no campo da política. Em razão desse protagonismo, as funções dos três poderes passaram a ser novamente discutidas, inclusive em democracias consolidadas.

Dessa forma, o estudo da temática merece ser iniciado sob o conceito de ativismo judicial. A expressão *ativismo judicial* surgiu em 1947, num artigo de Arthur Schlesinger Jr., sob o título “The Supreme Court: 1947”, publicado na revista *Fortune* (SCHLESINGER JR., 1947, p. 73-79). Essa expressão surgiu, pois, era discutido o perfil dos juízes que à época integravam a Suprema Corte,

classificando-os como “ativistas”, “campeões da autocontenção” e “moderados”. Apesar de a conceituação da temática datar da década de 40, doutrinadores afirmam que a prática pode ser encontrada já no século XVI.

Wolfe (1994) expõe que o ativismo não é um fenômeno recente. A própria história do constitucionalismo norte-americano pode ser dividida em três eras bastante distintas, a partir da noção de ativismo judicial, tendo em vista as transformações ocorridas ao longo dos séculos na forma de intervenção da Suprema Corte por meio da jurisdição constitucional: a era tradicional (1787- 1890), em que se inaugura o controle difuso de constitucionalidade, privilegiando-se a aplicação da Constituição diante da legislação ordinária; a era de transição (1890-1937), marcada pela influência de um *laissez-faire* da Suprema Corte, revelando uma política judiciária de contenção, que impedia o Estado de tomar quaisquer medidas voltadas à regulação da economia ou à intervenção nas relações privadas; e a era moderna (1937 até hoje), conhecida como a mais importante de todas, que atinge seus anos de ouro com a denominada *Corte Warren*, ocasião em que os juízes deixariam de simplesmente interpretar as leis para reescrevê-las (OLIVEIRA, 2018).

A postura descrita, de escrever novamente a lei, é deveras preocupante, pois pode ter consequências desastrosas para a democracia. Isso pois o ativismo judicial envolve o problema da interferência do Poder Judiciário nas esferas legislativa e executiva. Tal fenômeno pode assumir, portanto, as mais diversas formas e conotações, o que resulta inúmeras dificuldades teóricas e práticas quando se trata de sua definição conceitual (KMIEC, 2004, p. 1441).

Apesar de a temática ser conceituada de várias formas, pode-se dizer que em todas elas há um elemento comum: uma postura proativa do poder judiciário.

Para Dworkin (2010, p. 451- 452), “o ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico”. O alerta desse autor contém uma das consequências da postura proativa em demasia, na qual um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições da cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre a justiça que exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por *fiat*, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la.

Dworkin (2010) expõe que o texto constitucional fica ameaçado pela postura do juiz ativista, que ignora toda uma lógica decisória dos tribunais, o que gera uma certa insegurança judicial na sociedade.

Segundo Kmiec (2004, p. 1442-1444), entre os diversos sentidos adotados usualmente pelos juristas, o ativismo judicial vem frequentemente associado às seguintes práticas: (a) a invalidação de atos produzidos por outros Poderes, ainda que constitucionais, em desaprovação à escolha de diretrizes políticas; (b) o afastamento dos precedentes, seja vertical ou horizontalmente; (c) a atuação como legislador positivo mediante a produção de sentenças aditivas; (d) o desvio da metodologia interpretativa aceita; (e) a predeterminação dos julgamentos orientados para atender a uma determinada finalidade.

É evidente que não há como conceituar ativismo judicial em um só ato, tendo em vista que sua prática é muito mais complexa. Isso pois os Tribunais, especialmente aqueles que desempenham uma função estratégica na sedimentação da interpretação da Constituição, mostram-se, cada vez com mais nitidez, como atores políticos, produzindo fortes intervenções no campo das relações interinstitucionais ou mesmo com interferências decisivas em debates públicos sobre temas comportamentais de grande apelo midiático. No caso brasileiro, em específico, o Supremo Tribunal Federal destaca-se por ostentar decisões que refletem os dois níveis de atuação descritos acima. Por certo que, também por aqui, não se trata de um fenômeno recente. Nos últimos dois anos, todavia, com o agravamento das crises política e econômica, o recurso sistemático à intervenção judicial parece ter atingido seu paroxismo (OLIVEIRA, 2018).

O ativismo judicial centra-se neste ponto. O juiz transpassa o campo do direito e ingressa na seara da política. Assim, de acordo com Reverbel (2009), “resolve” problemas políticos por critérios jurídicos. O ativismo judicial pode representar um perigo para a democracia e para o próprio constitucionalismo, conforme é ilustrado no livro de Mark Levin, *Men in black: how the Supreme Court is destroying America*, de 2005, que atribui a juízes ativistas o abuso do seu mandato constitucional ao produzirem leis para impor suas crenças e preconceitos pessoais ao resto do país (ROOSEVELT, 2006, p. 12-13).

Expostas as principais razões para se preocupar com o ativismo, importa citar que existem autores fiéis à defesa da postura ativista, os quais geralmente embasam seus argumentos na capacidade elitista dos magistrados de tomarem as melhores decisões.

Em defesa do ativismo judicial está o fato de o Judiciário ser uma instância formada por homens experimentados e prudentes com o papel de limitar os poderes de representantes eleitos, suplementar aos demais poderes governamentais e preservar a Constituição (MILLER, 1982, p. 70). Argumento esse que não pode ser endossado, principalmente no Brasil, em que recente postura paroxística é deveras preocupante.

Na condição peculiar brasileira, o ativismo praticado pelo STF vem marcado pela absoluta falta de racionalidade na produção das decisões judiciais, pois estas não seguem qualquer padrão, metodologia ou critério capaz de conferir a mínima coerência e integridade do ordenamento jurídico (RODRIGUEZ, 2013).

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal continua a se pronunciar sobre questões que não se apresentam na superfície do discurso político, mas que, numa perspectiva mais profunda, revelam também algum tipo de relação intrincada com o legislativo, isto é, algumas questões comportamentais que mobilizam a sociedade e que, geralmente, vêm representadas politicamente pelo binômio conservadorismo- progressismo (OLIVEIRA; THOMAZ, 2018).

Defensor do ativismo judicial, Luís Roberto Barroso afirma que este está associado “a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, nem sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios” (BARROSO, 2011).

Para Barroso (2011), o ativismo estaria relacionado à expansão da atividade jurisdicional, de maneira que os tribunais não devem se limitar mais à função típica de aplicar o Direito, mas também de criar o Direito: para ele, “o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o sentido e alcance.”

Sem no momento tecer comentários acerca da opinião expressada pelo ilustre ministro do STF brasileiro, importa citar que ao contrário dos norte-americanos – que sempre analisam os problemas relativos à tensão entre Direito e Política com certa cautela –, no Brasil, é comum encontrar juristas que rapidamente aderiram ao ativismo judicial. Fica evidente, pelos motivos expostos que deve-se preocupar com o ativismo atual do Supremo Tribunal Federal Brasileiro. Passemos a entender os motivos pelos quais o judiciário assumiu a postura proativa.

3 A JUDICIALIZAÇÃO

Ao lado do ativismo propriamente dito, costuma-se falar da ‘judicialização’ como instituto análogo, o que não é verdade, pois esse termo refere-se à busca crescente do Judiciário para resolução de problemas diversos, incluindo sociais, como a questão do fornecimento de medicamentos e a realização de cirurgias em pacientes graves, que poderiam ser solucionadas por outras vias, como a administrativa (PAGANELLI, 2011, p. 132), caso o Estado estivesse mais estruturado.

Passemos a expor a judicialização no Brasil e seus desdobramentos.

Com a promulgação da Constituição de 1988 e a implementação do Estado Social e Constitucional, o Direito contemporâneo passa a ser caracterizado pela centralidade da Constituição no sistema jurídico. Consagrado na segunda metade do século XX pela soberania das Constituições normativas, o chamado Estado Constitucional de Direito entende que a validade das leis não depende apenas da sua forma de produção, mas da congruência de seu conteúdo com as normas/valores constitucionais (BARROSO, 2009, p.45.)

Esse fenômeno, de acordo com Ribas (2014), não é peculiaridade brasileira. Tem-se verificado, na maior parte dos países ocidentais, a partir da Segunda Guerra Mundial, um avanço da justiça constitucional sobre a política majoritária. Essa tendência tem origem mais remota no chamado *judicial review* norte-americano, inaugurado no julgamento do célebre caso *Marbury v. Madison*, no qual o juiz Marshall assumiu para sua Corte o que não estava em nenhum lugar explícito na constituição americana – o poder supremo para aplicar a Constituição, inclusive contra os quais nem mesmo os atos do Congresso alcançam.

No Brasil, o poder judiciário foi, na maior parte das vezes, neutro politicamente. Apesar da visibilidade que ganhou por seu empenho em resguardar valores desde o advento do novo direito constitucional, o Judiciário vem enfrentando o dilema de adaptar sua estrutura organizacional, seus critérios de interpretação e sua jurisprudência às situações inéditas nas relações sociais, fruto do desenvolvimento urbano-industrial que fez surgir uma sociedade marcada por profundas contradições econômicas, que exige cada vez mais tutelas diferenciadas para novos direitos sociais e a proteção de interesses difusos e coletivos (FARIA, 2008, p. 52).

Com isso, no Brasil, o judiciário obrigou-se a mudar de discurso, isso após a transição do regime ditatorial para o democrático, vendo-se obrigado a assumir funções inéditas, por vezes incompatíveis com a estrutura jurídico-política, típica do Estado Liberal, como o princípio da

separação dos poderes, e que, se reconhecidas, implicariam a ruptura do discurso institucional tradicional (FARIA, 2008, p. 56.)

Se a solução judicial de um conflito é, em essência, um atributo de poder, na medida em que pressupõe não apenas critérios fundantes e opções entre alternativas, implicando também a imposição da escolha feita, pode-se dizer que todo julgamento sempre tem uma dimensão política. Essa relação entre direito e política vem sendo chamada pela doutrina de judicialização da política. Tal fenômeno é oriundo da forte crise de representatividade do Legislativo, que pode ser exemplificado por inúmeras decisões do Supremo Tribunal Federal (RIBAS, 2014)

Veja-se o exemplo do julgamento do Habeas Corpus (HC) 152752.

Mas o que vem a ser a Judicialização?

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitiva, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade (BARROSO, 2014, p. 3-4).

Barroso (2014, p. 3-4) aponta as causas da Judicialização, que são aqui expostas com a finalidade de demonstrar o atual papel que o Judiciário Brasileiro assumiu. Segundo ele, seriam três as principais causas da judicialização: a redemocratização do país, a constitucionalização abrangente e o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade.

Expliquemos mais detalhadamente essas causas:

A redemocratização do país: a redemocratização é o processo de devolução à magistratura de suas garantias que reaviva na sociedade o espírito da cidadania, a qual fortalece o Judiciário e aumenta a demanda por justiça. O Judiciário deixou de ser um poder técnico para se transformar num poder político, com força para fazer valer a Constituição. A sociedade, com mais consciência e maior nível de informação, passou a buscar com mais frequência a proteção aos seus direitos (BARROSO, 2012, p. 3).

A constitucionalização abrangente: esta trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Foi, igualmente, uma tendência mundial, iniciada com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha

(1978), potencializada com a Constituição Brasileira de 1988 que “[...] foi a que mais depositou confiança no papel do direito e do Judiciário” (MENDES, 2008, p. 18.).

Para Vieira (2008), a Constituição Federal Brasileira é analítica, ambiciosa e desconfiada do legislador, então a própria constituição “autoriza” uma revisão do judiciário com os demais poderes, sem necessariamente ferir o princípio da separação dos poderes no geral.

Assim, questões asseguradas pela Constituição Federal Brasileira, como meio ambiente equilibrado (artigo 225)⁶, podem ser judicializadas, obrigando o poder judiciário a debater sobre sua efetivação.

I.Sistema brasileiro de controle de constitucionalidade: um dos mais abrangentes do mundo, conforme aponta Mendes (2005, p. 146).

Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas – as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais – podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF (BARROSO, 2012, p. 4).

Os instrumentos de revisão judicial, desde a promulgação da Constituição Federal, tiveram um forte impacto na sociedade civil e se mostraram efetivos. Posteriormente ao pico de 1989-1990, decorrente do processo de revisão das constituições estaduais, o número de ADINs voltou a crescer, indicando a consolidação dessa via de judicialização (VIANNA, 2007. p. 46.)

Assim, conforme exposto teoricamente, a própria Constituição Federal favorece que o Judiciário tome para si a postura ativista. Como resolver, então, a tensão entre o papel do judiciário atuante, principalmente do STF, e a democracia? E qual a contribuição que as obras de Bickel podem trazer para o judiciário brasileiro? Antes de responder a essas questões, no entanto, é necessário expor as formas de *judicial review* adotadas no Brasil.

⁶ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

4 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE - *JUDICIAL REVIEW*

Avalia-se, neste momento, a *judicial review*, que garante ao Supremo Tribunal Federal a competência para exercer tanto o controle concentrado quanto o controle difuso de constitucionalidade. Avaliemos historicamente como a *judicial review* brasileira foi construída.

O modelo brasileiro de controle de constitucionalidade foi instituído na Constituição da República de 1891. Nessa Constituição, foram definidas as competências do Supremo Tribunal Federal, criado sob a inspiração da *Supreme Court of the United States*, para processar e julgar “todas as causas propostas contra o Governo da União ou Fazenda Nacional, fundadas em disposição da Constituição” e “quando se contestar a validade de leis ou de atos do governo dos Governos do Estado em face da Constituição” (KOZICKI; ARAÚJO, 2015, p. 109).

Antes disso, vale lembrar-se do Decreto n. 848 de 1890, que já autorizava o Supremo Tribunal Federal a julgar, em grau de recurso e em última instância, questões de constitucionalidade.

A segunda Constituição Brasileira (1891), em seu artigo 15, determinava que o Executivo, o Legislativo e o Judiciário eram harmônicos e independentes entre si, demonstrando claramente o princípio da separação dos poderes.

Kozick e Araújo (2015) afirmam que a autocontenção revelar-se-ia em três ações, reiteradamente adotadas – pelo menos até 1988:

Primeiro, o Supremo não aplicaria diretamente as normas constitucionais às situações não previstas expressamente em sua esfera de incidência. Segundo, quando declarava a inconstitucionalidade de leis e atos normativos, valer-se-ia de critérios hermenêuticos rígidos e conservadores. Por fim, omitia-se da discussão sobre políticas públicas. Decisões em matéria constitucional seriam recebidas como indevida intervenção do direito em áreas exclusivas da política, consagrando a separação dos poderes como uma distribuição estanque de funções. (KOZICKI; ARAÚJO, 2015, p. 110)

Nota-se que até 1988 havia um grande cuidado do judiciário em adentrar em questões exclusivas da política, cenário esse que hoje está totalmente relativizado. A tendência observada é que o judiciário anseia em fazer política, porém, em um sistema equilibrado, este deveria se contentar em manter-se em seu devido lugar.

Já com a Constituição Federal Brasileira de 1934, o modelo concentrado e abstrato aparece, cujo texto preveria mecanismos de intervenção da União sobre os Estados quando violados os princípios constitucionais sensíveis do seu artigo 7º, I, *a a h,2*.

Na Constituição Federal de 1946, com a posterior Emenda Constitucional n. 16 de 1965, foi inserida a representação de inconstitucionalidade. Confiada exclusivamente ao Procurador-Geral da República, a representação seria meio apta a instar decisões do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade de lei ou ato normativo, fosse federal ou estadual. O mérito da emenda, portanto, seria afirmar a tendência e implantar o controle abstrato (BONAVIDES, 2010, p. 330).

A Constituição de 1988, símbolo da redemocratização do País, alargou a titularidade e o escopo do direito de ação ao Supremo Tribunal Federal. O seu artigo 103 trouxe sete novos atores legitimados ao ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, ação que sucedeu a representação. Também foram criados a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, ambos voltados para a resolução de condutas, omissivas do legislador que colocasse em risco a efetividade de normas constitucionais. Ao fim, instituiu-se, de modo subsidiário, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, manejada para reparar ou evitar lesão resultante de ato do Poder Público. Em 1993, a promulgação da Emenda Constitucional n. 3 instituiu a ação declaratória de constitucionalidade, cujo papel no modelo brasileiro de controle seria provocar o Supremo Tribunal Federal a decidir controvérsia ou dúvida sobre natureza constitucional de uma norma capaz de gerar um estado de incerteza jurídica. Quanto ao controle difuso, a Emenda n. 45 condicionou a admissibilidade de recurso extraordinário à presença de repercussão geral, com a Corte aferindo a relevância jurídica, política, social ou econômica da matéria discutida (KOZICKI; ARAÚJO, 2015, p. 112).

Por meio de novas ações constitucionais, a Constituição Federal de 1988 ampliou o escopo material da revisão judicial e legitimou novos sujeitos. Reflexo da novidade foi o crescente ativismo da Corte, sob o pretexto de ser a “última trincheira do cidadão”. O ativismo judicial não pode, entretanto, ser confundido com a judicialização da política (KOZICKI; ARAÚJO, 2015, p. 113)

Para Conrado Hübner, a Constituição de 1988 reserva ao Supremo Tribunal Federal a “última palavra” no circuito decisório formal, que compreenderia os procedimentos de deliberação e de decisão previstos pela Constituição (MENDES, 2010, p. 217). Por esse motivo, o STF recebe questões de todas as ordens para apreciar, sejam elas morais, políticas, sociais.

Conforme assevera Hirschl, incluída no processo mundial de adoção ou de revisão de constituições que adotam cartas de direito e revisão judicial, a Constituição de 1988 promove transferências de poder das instituições representativas a órgãos judiciários (HIRSCHL, 2004, p. 1).

Tal raciocínio, porém, deve ser avaliado com cautela.

Conforme assevera Nino (1991. p. 97), nas democracias constitucionais, o controle de constitucionalidade tem se firmado como um instrumento de concretização de direitos fundamentais, enfatizando o papel de articulação do processo judicial com o sistema político. A faculdade dos juízes de revisar a constitucionalidade das normas jurídicas representa uma das características centrais desse modelo democrático. É o principal mecanismo de proteção dos direitos individuais frente às decisões dos poderes públicos, mesmo quando estas resultam direta ou indiretamente da vontade popular, materializando o equilíbrio entre a vontade e o interesse coletivo do povo e os interesses individuais, considerados como direitos fundamentais.

Em sentido abrangente e contrário à ideia defendida neste trabalho, Barroso afirma que as cortes constitucionais devem desempenhar papel iluminista. Vale dizer: devem promover, em nome de valores racionais, certos avanços civilizatórios e empurrar a história (BARROSO, 2018, p. 8).

Apesar de o ministro citado considerar que o Supremo Federal tem papel de vanguarda na proteção de direitos, assemelhando-se a um juiz Herói de Cass Sustein (SUSTEIN, 2015, p. 171), este afirma que é necessário um diálogo institucional da corte com o Congresso, e esse ponto merece destaque:

Desde que cheguei ao Tribunal, em junho de 2013, tenho procurado, em certos casos, estabelecer um diálogo institucional com o Congresso. Embora, do ponto de vista formal, caiba à Suprema Corte a última palavra sobre a interpretação da Constituição, tal competência não deve significar supremacia nem muito menos arrogância judicial. Em mais de um caso em que havia omissão do legislador ou vácuo decorrente da declaração de inconstitucionalidade de alguma lei, propus uma solução que deveria ser aplicada a partir de 180 dias ou um ano, para que o Congresso pudesse dispor sobre a matéria durante este tempo, se assim desejasse. A ideia ainda não se tornou dominante, mas acho que tem uma chance razoável de ser adotada em algumas situações. (BARROSO, 2018, p.9)

Assim, o controle de constitucionalidade, por sua abrangência natural, precisa ser utilizado com cautela e extremo preparo pelo STF brasileiro, utilizando-se em partes do juiz minimalista quando necessário (SUSTEIN, 2015, p. 171). Essa parece ser a alternativa mais viável para a defesa

da democracia e do constitucionalismo brasileiro, o diálogo institucional da corte e do congresso representaria um grande salto. Passemos, agora, a avaliar as contribuições de Bickel para o *judicial review* brasileiro.

5 O PRINCÍPIO DO CONTRAMAJORITÁRIO E AS VIRTUDES PASSIVAS DE ALEXANDER M. BICKEL

O judiciário como o mais fraco dos poderes foi o título do livro de Alexander Bickel (*The Least Dangerous Branch*), texto que é ícone no combate ao ativismo judicial.

Bickel escreveu a obra citada no final dos anos 50 e começo dos anos 60, num contexto em que a sociedade americana vivenciava decisões de desagregação que forçavam os estudantes do Tribunal ao retorno das questões fundamentais do Direito Constitucional: a justificativa e o âmbito de revisão judicial (OLIVEIRA, 2013, p. 5324).

No prefácio da obra, em tradução livre, aborda o reconhecimento de que a Corte é um Tribunal de Lei e defende a tese de que, quando este alcança os méritos de um caso, deve decidir de acordo com princípios neutros. Ademais, prefacialmente, já se constata uma das preocupações centrais dele: a revisão judicial é uma prática contramajoritária (de natureza não-democrática). Afirma-se, também, que o livro de 1962 permanece no centro do debate que ocupava (e ocupa) o coração do Direito Constitucional. Afirma-se, ainda, que o que separa as decisões constitucionais de outras decisões governamentais importantes pode não ser que elas sejam tomadas por juízes eleitoralmente irresponsáveis, mas que elas pareçam ser definitivas, considerando que, às vezes, decisões constitucionais não podem ser alteradas por outros setores do governo, apenas por meio do processo de emenda constitucional intencionalmente mais dificultoso (emperrado) (OLIVEIRA, 2013, p. 5324).

Bickel escreveu sobre vários temas, dentre eles os que embasam este artigo: as virtudes passivas do magistrado, as técnicas para não decidir, quando uma decisão seria imprudente para a nação, e sobre a dificuldade contramajoritária da Justiça Constitucional.

O autor concebia a política como projeção da maioria, assim o governo deveria pautar seus atos no contexto desse majoritarismo, representado pelo Executivo e Legislativo, o poder Judiciário

desequilibrava o jogo democrático. A obra de Bickel, *The least dangerous branch*, avalia a decisão do juiz John Marshall no famoso caso *Mabury versus Madison* (1803) (BICKEL, 1986. p. 6.).

O autor aponta que o poder que distingue o Supremo Tribunal dos Estados Unidos é o de revisão constitucional das ações dos demais poderes do governo federal e estadual, porém a revisão judicial não deriva de nenhum comando constitucional explícito (BICKEL, 1986. p. 1). Ao afirmar que a revisão judicial não está explicitamente na constituição, não significa que ela não está disposta.

Bickel afirma, em *The Least Dangerous Branch*, que a contrariedade de uma lei à Constituição é, na maioria dos casos, antes uma questão política que alguém deve decidir. O problema é quem? (BICKEL, 1986, p. 3) Esse é um dos pontos importantes da obra, pois o autor procura avaliar de forma consequencialista a quem deveria tomar a decisão de decidir/rever: legislativo, executivo ou judiciário?

Quanto a esse último, o autor expõe sobre o ponto essencial deste artigo: a dificuldade contramajoritária. Quando um Tribunal decide sobre a inconstitucionalidade de uma lei, está a ir contra a maioria, os representantes do povo, eleitos por metade mais um dos eleitores. “A lei é a vontade da maioria, ou uma norma obrigatória, expressa de maneira coercitiva, e que só pode tolerar estreita margem de discordância e de isenção” (BICKEL, Alexander M., 1978, p. 101).

Logo, a fiscalização judicial convive mal com a democracia e seria uma instituição desviada, pois vai de encontro a três principais questões: 1- lógica da democracia - governo da maioria – metade mais um; 2- qualidade da democracia – a fiscalização irresponsabiliza a maioria pelos seus erros na sua própria formação, e essa situação tem um efeito perverso na qualidade da democracia, pois eleitos e eleitores são irresponsabilizados. Cientes de que o Judiciário fiscaliza os eleitos, os eleitores sentem-se menos obrigados politicamente, exercendo a cidadania de forma descomprometida; 3- limitada força institucional dos magistrados, pois estariam afrontando em sua atuação uma lei aprovada pelo parlamento. Muitas vezes, a lei é aprovada por pressão da maioria (opinião pública) e, dessa maneira, o Judiciário ficaria em uma situação difícil (OLIVEIRA, 2013, p. 5326).

Para exemplificar, Bickel (1978, p. 115-116) avalia o caso *Brown v. Board of Education*, no qual o Tribunal Americano, em 1954, invalidou leis segregadoras às escolas (leis separatistas) contra a pressão popular. Sobre o caso, Bickel aponta que o Tribunal supõe “com frequência e facilidade” que um princípio de Direito Constitucional por ele proferido se torna imediatamente lei

do país porque, do contrário, o “resultado seria o fracasso do sistema, um fracasso da capacidade de impor a lei (OLIVEIRA, 2013, p. 5326). Essa dedução revela que o judiciário tem receio de perder seu poder de se fazer cumprir.

Para melhor entender a teoria de Bickel, passemos a expor alguns pontos relevantes das obras: a ética do consentimento e o ramo menos perigoso.

Sobre o *judicial review*, Bickel (1978) alerta que esse poder é supostamente menos perigoso que os demais pois seria exercido sempre sob o influxo e ameaça daquilo que o autor designou como dificuldade contramajoritária (*the countermajoritarian difficulty*). O contramajoritarismo pode ser entendido como a oposição, suposta em qualquer democracia à possibilidade de o Judiciário ter a prerrogativa de anular atos dos demais Poderes (Executivo e Legislativo), que têm legitimidade democrática. Atenta-se ao fato de que o Poder Judiciário não se submete ao regime de *Accountability*, pois membros do judiciário não se submetem ao crivo de eleições para seus cargos (GUEDES, 2012.) Essa é uma das incongruências quando o judiciário pratica a *judicial review*.

Assim, para Bickel (1962), *judicial review* é o poder de aplicar e interpretar a Constituição, em matérias da maior importância, contra a vontade de uma maioria legislativa, que é, por sua vez, impotente para afetar a decisão judicial (BICKEL, 1962, p. 20).

Para o autor, quando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo ou uma ação do executivo eleito, isso frustra a vontade dos representantes do “atual” povo daqui e de agora. Está se exercendo o controle não em nome da maioria “vigente”, mas contra ela (BICKEL, 1962, p. 16-17). Apesar de a democracia não significar reconsideração constante de decisões uma vez feitas, isso não significa que a atual maioria representante não tenha o poder de realizar uma reversão (BICKEL, 1962, p. 17).

Além de ser contramajoritário rever os atos do Legislativo e do Executivo, Bickel afirma que o *judicial review* pode, num sentido mais amplo, ter uma tendência de enfraquecer o processo democrático ao longo do tempo (BICKEL, 1962, p. 21). O outro aspecto importante da *judicial review* apontado por Bickel é a chamada virtude passiva.

Em algumas situações haveria o risco de as decisões da corte serem desobedecidas e, portanto, ocasionar um enfraquecimento da corte. Para Bickel, então, as soluções estão no socorro a instrumentos que preservem o papel da Justiça Constitucional (que não afrontem diretamente a política). São as denominadas virtudes passivas.

As virtudes passivas, em linhas gerais, são mecanismos que podem permitir ao juiz não decidir em casos difíceis. Há uma série de mecanismos ou doutrinas de que o Tribunal se utiliza para evitar decidir o mérito da causa. Algumas são enumeradas pela doutrina: *political question doctrine* (doutrina das questões políticas), *mootness*, *ripeness*, *standing* e *certiorari*. “São instrumentos técnicos típicos do processo americano, que eventualmente encontram equivalentes em outros sistemas (OLIVEIRA, 2013, p. 5328).

Baseando-se nessas premissas (especialmente na jurisprudência), o Tribunal necessita ser sensível e saber ponderar quando não decidir, e saber quando e quanto decidir.

Para compensar ou enfrentar a dificuldade contramajoritária, Bickel defendeu as “virtudes passivas” (*passive virtues*) na atuação do Poder Judiciário, de ordem a evitar, especialmente, quando se cuidasse de anular atos dos outros Poderes soberanos, desnecessárias decisões com fundamentos e substância constitucional (normalmente, de característica política) (GUEDES, 2012).

Bickel enxergava as virtudes passivas como manifestação de prudência, virtude essencial ao Poder Judicial, instruía os Tribunais a evitarem pronunciar-se sobre uma questão com fundamentos constitucionais, quando existissem suficientes fundamentos não-constitucionais (infraconstitucionais) aptos a justificar a sua decisão. Em síntese, Bickel aconselhava os Tribunais a evitarem transformar conflitos jurídicos em conflitos políticos e constitucionais. Entre as muitas justificativas para essa doutrina, Bickel buscava proteger a legitimidade das decisões do Poder Judiciário, pois ele temia que uma cotidiana e permanente intervenção do Poder Judiciário em matérias de natureza política viesse, a médio ou em longo prazo, subtrair a “legitimidade” e a “credibilidade” de suas decisões. Longe, pois, de preocupar-se com a simples proteção das prerrogativas do Poder Legislativo ou Executivo, a doutrina estava voltada a garantir a “importância primordial de adjudicação constitucional”, especialmente diante de seu “carácter definitivo e delicado” (GUEDES, 2012).

Assim, a teoria exposta de Bickel critica o ativismo judicial, por isso expressada neste artigo com a finalidade de questionar qual aplicação tem o princípio do contramajoritário no ordenamento jurídico brasileiro e de que forma poderia este contribuir para a manutenção do sistema democrático. Expostas as bases teóricas do pensamento de Bickel, passemos ao tópico seguinte, que objetiva analisar as possíveis contribuições da teoria para o estado democrático brasileiro.

6 CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA DE BICKEL (VIRTUDES PASSIVAS E PRINCÍPIO DO CONTRAMAJORITÁRIO) PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A caracterização de um ativismo judicial depende da constatação de uma tendência das cortes a interferir nos demais poderes invalidando suas decisões ou estabelecendo critérios para sua atuação, afastando-se dos cânones aplicáveis à atuação judicial, normas, precedentes, doutrina. Em contrapartida, a autorrestrição pode ser caracterizada por uma contenção do judiciário. A concepção de autorrestrição demanda uma dada visão do Poder Judiciário e seu papel numa democracia, cambiável em conformidade com as variáveis concepções jurídicas, mas contempla a necessidade de inserção das cortes num ambiente político - às voltas com a necessidade de aceitabilidade de suas decisões - e as dificuldades - inclusive técnicas - que enfrenta para o exercício de sua atividade (GOMES, 2016, p. 8).

Nesse sentido, teve-se a notável contribuição de Alexander Bickel, em seu livro publicado em 1962, *“The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics”*. O autor, ao tentar compreender o papel da Suprema Corte e demais tribunais nos EUA, defendia que sua atuação se justificaria pela proteção dos princípios fundamentais da sociedade. Reconhecia, porém, que o sucesso da revisão judicial dependia, em última análise, da aceitação popular dessas decisões.

Segundo Bickel a “revisão judicial é uma força contramajoritária no nosso sistema” e, conseqüentemente, “uma instituição desviante na democracia americana”. Quando a corte invalida os atos dos poderes sujeitos aos processos eleitorais, esse controle é exercido “não em nome da maioria dominante, mas sim contra esta”, o que atribui à pequena minoria um poder de veto sobre a maioria (BICKEL, 1962, p. 16-18).

As virtudes passivas são argumentos jurídicos – geralmente de cunho processual – que facultam à corte eximir-se da apreciação de um caso que lhe fora submetido. Assim, pode afirmar a sua incompetência para decidir, a ausência de legitimidade ativa do requerente, a “falta de maturação” da causa, lançar mão da doutrina das “questões políticas”, dentre outros argumentos típicos do sistema judicial norte-americano, ainda que assemelhados às construções processuais de outros ordenamentos (GOMES, 2016, p. 9).

Bickel não apresenta padrões ou princípios que auxiliem o tribunal na opção entre o emprego ou não das virtudes passivas, tampouco na escolha do “instrumento” a serem utilizadas (BICKEL, 1962, p. 205). Tal questão também não envolveria sabedoria acadêmica, mas habilidade na arte do “compromisso” e uma “familiaridade com as formas”, ou o exercício da arte da prudência, distinto do juízo de princípio (BICKEL, 1962, p. 26).

Para ele, essas técnicas constituem instrumentos à disposição dos juízes, deixando às instituições eleitorais a condução da política, ao se excluírem desta. Ao utilizar esse expediente, o tribunal agiria como um “animal político” (BICKEL, 1962, p. 51).

A vantagem inicial do emprego dessas técnicas parece assentada: evitar que a corte posicione-se definitivamente, em prejuízo da sua função de guardião dos princípios, ou confronte a opinião pública e os poderes majoritários. Ao deixar a questão em aberto, mantém-se fiel aos seus compromissos. As virtudes passivas possibilitam ainda que a corte explore o “maravilhoso mistério do tempo” (BICKEL, 1962, p. 26) em suas diversas implicações.

Por vezes, na oportunidade posterior de julgamento, pode-se concluir que chegou o momento de abordar diretamente a questão, mesmo que fundamentada em princípio contrário à expectativa popular. Para mitigar o impacto da decisão contrária às maiorias, Bickel sugere o uso de “instrumentos retóricos.” (BICKEL, 1962, p. 188). Em outras hipóteses, o tribunal adia a resposta porque tem dúvidas, utilizando-se de soluções provisórias.

Embora os princípios sejam duradouros, o autor entende que sua formulação projeta grandes sombras para o futuro. Para solucionar sua incerteza, emprega soluções que lhe permitem avaliar as reações do público e dos agentes governamentais, de sorte a construir seu entendimento. Assim, ao invés de simplesmente postergar o debate, a corte desempenha uma função pedagógica, utilizando essas decisões provisórias como uma estratégia de persuasão lenta, para avançar com ideias que já articula em sua forma final (GOMES, 2016, p. 10). Dessa forma, as virtudes passivas representam uma vantagem inicial para evitar que a corte posicione-se definitivamente, em prejuízo da sua função de guardião, demonstrando cautela e cuidado para com as decisões, principalmente, de cunho político, o que não significa abster-se totalmente de julgar.

Há quem entenda existir a impossibilidade de o Poder Judiciário exercer as chamadas virtudes passivas, que decorreria, em grande parte, do processo de relativização do princípio da separação poderes, processo esse mais evidente e fortificado após a Constituição Federal de 1988 (RIBAS; MARÉS, 2014, p. 8).

Há de se pontuar que a Constituição “é feita para pessoas de opiniões fundamentalmente diferentes”, acrescentando que poucas soluções definidas e amplas em assuntos de política econômica e social podem ser deduzidas dela (BICKEL, 1978, p. 18). Eis aqui o problema a ser enfrentado: quando a aplicação das virtudes passivas e o contramajoritário poderiam ganhar cenário na atuação de um STF cauteloso e desvinculado politicamente?

Fato é que quanto mais discricionariedade tiver um magistrado, principalmente no âmbito da Corte Suprema, mais político será o caráter do seu julgamento, o que não significa ser mais ou menos justo. No Brasil, percebe-se que o Judiciário vem se utilizando de instrumentos processuais, no intuito de propor (certo ou não) medidas na área de políticas administrativas, no calor dos acontecimentos e de pressões da opinião pública, para dar eficácia a direitos fundamentais e sociais (OLIVEIRA, 2013, p. 5319).

O sistema brasileiro de constitucionalidade, no âmbito da Constituição de 1988, adota os modelos judiciais difuso-concreto e abstrato-concentrado. Com essa “atitude” pronta e eficaz de neutralidade valer-se-ia o Judiciário, *desde o início*, de uma das virtudes passivas propostas por Bickel, qual seja, a de “não decidir”, pois remeteria *imediatamente* a questão para seu leito de discussão natural, ou seja, o Poder Legislativo, sem imiscuir-se na seara política majoritária e convolar-se em verdadeiro legislador positivo, correndo riscos desnecessários quanto aos efeitos danosos e imprevisíveis.

A justificação do controle judicial de constitucionalidade das leis vem sofrendo, há tempos, muitas críticas, com diversos fundamentos, tendo como um dos alvos centrais a ausência de legitimação democrática da jurisdição constitucional. Os partidários dessa concepção afirmam que o instituto consiste em uma espécie de usurpação do poder, que poderia colocar em risco a democracia. Fundamentam sua premissa no fato de que os juízes não são submetidos ao sufrágio popular e, por consequência, não representam a vontade popular e, por isso, não possuem legitimidade democrática. Por outro lado, há o entendimento da soberania do Poder Legislativo, ante a sua eleição pela maioria, e a consequente submissão do Judiciário a seus atos (CAMPAGNOLI; MANDALOZZO, 2014, p.).

Por ser o modelo constitucionalista brasileiro semelhante ao norte americano quanto à análise de seus critérios de controle, começa-se a delinear o conceito de dificuldade contramajoritária na medida em que se denota a estrutura diametralmente oposta do Poder Judiciário em face dos Poderes Executivo e Legislativo. Nenhum de seus membros é eleito por via direta, mas suas

decisões têm o condão de estabelecer obediência a todos. É o início da tensão da legitimidade democrática de tal Poder e a base da divisão de águas na dificuldade contramajoritária (GOMES; LIMA, 2016, p. 5).

Assim, a dificuldade contramajoritária, formulada por Alexander Bickel, ofereceu algumas chaves para as fundações intelectuais do moderno conservadorismo constitucional. Ele justificava o controle da constitucionalidade, mas afirmava a sua excepcionalidade, porque, quando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato normativo dos outros poderes, ela contraria a vontade atual dos representantes do povo e assim exerce o controle não em favor, mas contra a maioria prevalecente. Para ser justificado, o controle deveria ter seus contornos precisamente definidos e ser exercido de forma autocontida, pois as leis deveriam ser invalidadas apenas quando fossem claramente contrárias a princípios neutros. Assim, a ideia de autocontenção judicial justificava o controle da constitucionalidade e o seu uso limitado (BICKEL, 1962, p. 16-17 e 27).

Para Ribas, o sistema brasileiro não admite, como o sistema americano, o que Bickel chama de virtudes passivas, que são ferramentas processuais que permitem a Corte Constitucional não decidir determinado caso, visto que ela não poderia ser compelida a legitimar aquilo que ela não considere inconstitucional (RIBAS; MARÉS, 2014, p. 8).

Proteger a democracia de si mesma é a questão que parece fundar o atual estudo. Relativizar vontades passageiras em face de uma estrutura axiológica mais longínqua – e humana – é o grande desafio das Cortes Constitucionais ao lidar com a dificuldade contramajoritária, em qualquer uma de suas modalidades. Em que pese a necessidade de um estudo mais amplo e aprofundado quanto ao tema, o que se observa desde já são instituições jurídicas cada vez mais assumindo funções executivas e, claro, legislativas (GOMES, 2016, p. 11).

O fenômeno do ativismo judicial no Brasil, especialmente na Corte Suprema, necessita ser mais estudado, refletido e aperfeiçoado, exemplo de Alexander M. Bickel, com escopo de evitar males futuros para os processos jurídico, democrático e político da nação. Nessa linha, deve-se estabelecer limites e parâmetros mínimos para o ativismo, e um deles (não o único) pode ser pinçado na teoria das virtudes passivas (GOMES, 2016, p. 11).

Assim, conclui-se que as virtudes passivas podem ser aplicadas no ordenamento jurídico brasileiro e que o STF necessita observar os problemas que a dificuldade contramajoritária apresenta e investir mais no diálogo entre os poderes a fim de assegurar a democracia e o constitucionalismo.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao contrário da visão romântica concebida no Brasil – baseada na ideia de que o ativismo judicial é uma tendência mundial, na esteira do neoconstitucionalismo, em face da fluidez da fronteira entre política e direito –, ele exsurge como um problema, complexo e perigoso, especialmente às jovens democracias constitucionais, na medida em que envolve uma recusa dos tribunais de se manterem dentro dos limites estabelecidos para o exercício do poder a eles atribuídos pela Constituição (TEIXEIRA, 2012, p. 48-49).

Assim, foram expostos os possíveis motivos que levaram o judiciário a assumir tal postura, e muitos deles acentuados pela inércia e descredibilidade do legislativo brasileiro. A teoria de Alexander M. Bickel foi exposta neste trabalho com o fim de trazer suas contribuições e avaliar sua possível aplicação no ordenamento brasileiro, haja vista que suas obras nem sequer foram traduzidas para o português.

Ao utilizar-se das virtudes passivas, o tribunal evitaria posicionar-se, definitivamente, em prejuízo da sua função de guardião dos princípios ou confrontar a opinião pública e os poderes majoritários. Em que pese existir opinião em contrário, esta parece ser uma boa alternativa para o conflito. Sobre a dificuldade contramajoritária, não há dúvida de sua existência, porém o controle de constitucionalidade, por sua abrangência natural, precisa ser utilizado com cautela e extremo preparo pelo STF brasileiro. Esta parece ser a alternativa mais viável para a defesa da democracia e do constitucionalismo brasileiro, o diálogo institucional da corte e do congresso.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. **Conjur**, p.8. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>_ Acesso em: 25 jun. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto N. M. et. al. **Constituição e ativismo judicial**. Limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011.
- BICKEL, Alexander M. **A Ética do Consentimento**. Tradução de Waltensir Dutra. Ed. Agir: Rio de Janeiro, 1978.
- BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: The Supreme Court at a bar of politics**. 2. ed. Yale University Press: New Haven and London, 1986.
- BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the bar of politics**. New Haven & London: 1962.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- CAMPAGNOLI, Adriana de Fátima Pilatti Ferreira, MANDALOZZO, Silvana Souza Netto. Uma análise do princípio contramajoritário como elemento do controle de constitucionalidade em um Estado Democrático de Direito. **Revista da AJURIS** – v. 41 – n. 133 – março 2014.
- DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo, 2010, p.451-452.
- FARIA, José Eduardo. Direitos humanos, direitos sociais e justiça. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 52, apud RIBAS, Giovanna Paola Primor, MARÉS, Carlos Frederico de Souza Filho. A Judicialização das Políticas Públicas e o Supremo Tribunal Federal. Direito, Estado e Sociedade. **PUC Rio**. 2014. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/44artigo2.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2018.
- GUEDES, Néviton. Alexander Bickel e o ano do Supremo Tribunal Federal. **Consultor Jurídico**, 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-dez-25/constituicao-poder-alexander-bickel-ano-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 10 abr. 2018.
- HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2004, p. 1. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com>. Acesso em: 10 jun. 2018.
- KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”. **California Law Review**, v. 92, n. 5, 2004.
- KOZICKI, Katya, ARAÚJO, Eduardo Borges. Um Contraponto Fraco a um Modelo Forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. Florianópolis, **Revista Sequência**, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/seq/n71/2177-7055-seq-71-00107.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2018.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. Saraiva, São Paulo, 2005.

MENDES, Gilmar. **Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

MILLER, A. In defense of judicial activism. In: HALPERN, S.; LAMB, C. (orgs.). **Supreme Court: activism and restraint**. Lexington: Lexington Books. 1982.

NASSAR, Paulo André; GLEZER, Rubens. Os juízes no país da imprevisibilidade? **Research Paper Series – Legal Studies**, Paper n. 80, São Paulo, Direito GV, 2013.

NINO, Carlos Santigao. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1997.

NINO, Carlos Santigao. **Los fundamentos del control judicial de constitucionalidade. Cuadernos y debates, fundamentos y alcance del control judicial de constitucionalidad – Investigación colectiva del Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

OLIVEIRA, Damião Alexandre Tavares. **Breves Considerações sobre o ativismo judicial na corte suprema brasileira**: estudo da decisão proferida na ADI 4.277/DF pelo supremo tribunal federal sobre as uniões homoafetivas a luz da concepção das virtudes passivas em Alexander M. Bickel. 2013.

PAGANELLI, Celso Jeffeson Messias; SIMÕES, Alexandre Gazetta; JÚNIOR, José Antônio Gomes Ignácio. **Ativismo Judicial**: paradigmas atuais. 1. ed. – São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

RAMOS. Paulo Roberto Barbosa. **Entre o ativismo e (in) operância legislativa**: deliberação e legitimidade das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade em um contexto de novos arranjos institucionais e de revisão da Teoria da Separação dos Poderes. p.2. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e8dc153260a59d4f> Acesso em: 10 maio 2018.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Ativismo judicial e estado de direito**. 2009. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/7028-31060-1-SM.pdf>. Acesso em: 02 maio 2018.

RIBAS, Giovanna Paola Primor, MARÉS, Carlos Frederico de Souza Filho. A Judicialização das Políticas Públicas e o Supremo Tribunal Federal. **Direito, Estado e Sociedade. PUC Rio**. 2014.

Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/44artigo2.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2018.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). São Paulo: FGV, 2013.

ROOSEVELT III, K. 2006. **The myth of judicial activism:** making sense of Supreme Court decisions. Yale: Yale University Press.

SCHLESINGER JR., Arthur. The Supreme Court: 1947. **Fortune**, n. 35, jan. 1947.

SUSTEIN, Cass, R. **Constitutional Personae**. Oxford University Press, 2015.

TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial:** nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. In: Revista Direito GV, São Paulo, v. 8, 2012.

TRINDADE, André Karam, OLIVEIRA, Rafael Thomaz de. O ativismo judicial na débâcle do sistema político: sobre uma hermenêutica da crise. **Revista eletrônica do curso de direito da UFSM**. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/22912-112709-1-PB.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2018.

VIANNA, Luis Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; e SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Social, Revista de Sociologia da USP**, v. 19, n. 2, nov. 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia, **Revista de Direito do Estado** 12, 2008.

WOLFE, Christopher. **The rise of modern judicial review**. From constitutional interpretation to judgemade law. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.

**THE COURT IN THE COUNTRY OF IMPREVISIBILITY: THE CONTROVERSIAL
ROLE OF THE COURTS, THE PASSIVE VIRTUES OF ALEXANDER M. BICKEL
AND THE JUDICIAL REVIEW IN THE BRAZILIAN DEMOCRATIC STATE**

ABSTRACT

The present article proposes to evaluate the active role of the Brazilian judiciary, especially the Federal Supreme Court (STF), and the possible problems that this activism can generate for a democracy. In order to do so, it aims to expose the judicial review and evaluate the contributions of

Alexander M. Bickel's theory on the passive virtues and the countermajoritarian principle and its possible and / or viable application in Brazil. Thus, the general objective of this article is to rethink the role of the FTS in the ways proposed by Bickel in his theory, to overcome the dichotomy of judicial activism - deference to the legislature. The specific objectives are to evaluate the level of Brazilian judicial activism, as well as judicial review, and propose a new way of approaching the situation through Bickel's theory. The present article also aims to discuss the application of the countermajoritarian principle and the passive virtues of the Judiciary, in order to circumvent Brazilian ultraforest activism. For this, a critical approach was used, and the investigation was developed through bibliographical research.

Keywords: Activism. Countermajority. Passive Virtues. ST.