

## Alexander Bickel e o Judiciário como o mais fraco dos poderes

Spacca

No *Artigo Federalista* número 78, atribuído a Alexander Hamilton, que assina o texto com o pseudônimo de *Publius*, aponta-se o Poder Judiciário como *o mais fraco dos poderes*; isto é, a magistratura, erroneamente previa Hamilton, não detinha força ou vontade, espada ou cofre... É que, insistia Hamilton, o Judiciário dependeria da boa vontade do Executivo, inclusive para o cumprimento das decisões da magistratura. É esse o núcleo da discussão em torno do ativismo judicial nos Estados Unidos da América.

O Judiciário como *o mais fraco dos poderes* foi o mote que Alexander Bickel (1924-1974) utilizou como título de seu mais conhecido livro (*The Least Dangerous Branch*), texto que é ícone no tema do combate ao ativismo judicial[1]. Bickel nasceu na Romênia[2]. Em 1939 chegou aos Estados Unidos, com a família; foram morar em Nova Iorque. Bickel era um menino de 10 anos que conheceu um país que freneticamente lutava contra a herança da grande crise de 1929.



**Arnaldo Godoy**  
Livre-docente pela USP

Bickel bacharelou-se em Direito. Nos anos de 1952 e 1953 foi assessor de Felix Frankfurter, então juiz na Suprema Corte dos Estados Unidos. Bickel conheceu a Corte no momento em que se construía um judiciário prospectivo, ativo, que a história comemorará como a Corte de Warren[3]. Para Bickel, o ativismo de Earl Warren redundava no sacrifício da lei em favor de uma agenda política. Em 1956 Bickel começou a lecionar em Yale, um dos núcleos do realismo jurídico norte-americano.

Bickel revelou-se como rigoroso crítico do ativismo judicial. Concebia a política como uma projeção da maioria. O governo deveria pautar suas ações no contexto desse *majoritarismo*, absolutamente refletido no Executivo e no Legislativo. O Judiciário desequilibrava o jogo democrático, na visão de Bickel, que denunciava o *contramajoritarismo*; para Bickel, o papel da magistratura assemelhava-se à desobediência civil, tema recorrente nos Estados Unidos nas décadas de 1950 e 1960[4].

O autor de *The Least Dangerous Branch* criticava também a multiplicação do uso de princípios, como vetor hermenêutico das decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos. Para Bickel, a Corte valia-se de princípios que não se encontravam na Constituição. Boa parte dos princípios invocados pela Corte norte-americana da época de Bickel decorria, na visão desse autor, de contingente e imaginária evolução moral de uma tradição, que em verdade refletia valores individuais. Princípios vinculam idiossincrasias, e agora a opinião é minha, na mesma medida que regras vinculam opções fixadas de acordo com as regras do jogo: preservemo-las; melhoremo-las.

Para Bickel, haveria uma virtude passiva que o Judiciário deveria encampar, e que envolveria, inclusive, a negativa de se exercer amplamente a jurisdição que o arranjo constitucional norte-americano lhe teria concedido[5].

Na expressão de Robert Bork, que recebeu intensa influência de Bickel, este último tinha “aversão a



---

pensadores que gostam de sistemas e princípios transcendentais”. Nesse sentido, Bickel faz coro com um grupo de realistas que abominamos a obsessão para com a idealização e a *bambificação* do direito. O direito é luta, já nos ensinava Rudolf von Iehring.

Bickel via-se como um *whig*, um liberal da tradição inglesa, ainda que Edmund Burke, o príncipe dos conservadores, tanto o marcasse. Bickel tratou sobre Burke em livro no qual discutiu moral e convencimento.

Todos os personagens aqui mencionados, Hamilton, Burke, Iehring, Bickel e Bork, certamente, nos dias de hoje, e entre nós, entenderiam que os arranjos institucionais presentes distanciam-se dos arranjos institucionais passados. Óbvio. Na história e na política, tem-se, nessa constatação, uma heresia, que ao mesmo tempo, é nossa redenção.

[1] Bickel, Alexander, *The Last Dangerous Branch*, New Haven and London: Yale University Press, 1986.

[2] Informações biográficas e conceituais colhidas em Bork, Robert H., verbete Alexander Bickel, in Newman, Roger K. (ed.), *The Yale Biographical Dictionary of American Law*, New Haven and London: Yale University Press, 2009, pp. 42 e ss.

[3] Por todos, Horwitz, Morton J., *The Warren Court and the Pursuit of Justice*, New York: Hill and Wang, 1998.

[4] Conferir Isserman, Maurice e Kazim, Michael, *America Divided- The Civil War of the 1960s*, New York and Oxford: Oxford University Press, 2000.

[5] Cf. Bickel, Alexander, cit., pp. 113 e ss.