

**TRÊS DIMENSÕES DAS POSTURAS AUTOCONTIDAS DA
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL:
LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO, CAPACIDADES
INSTITUCIONAIS E CRITÉRIOS PROCESSUAIS**

**THREE DIMENSIONS OF THE SELF-RESTRAINED POSTURES
OF THE CONSTITUTIONAL JURISDICTION:
FREEDOM TO CONFORM, INSTITUTIONAL CAPACITIES AND
PROCEDURAL CRITERIA**

MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL¹
MATEUS HENRIQUE SCHOENHERR²

RESUMO: “Autocontenção judicial” compõe um dos temas do Direito Constitucional que, ante sua complexidade, não apresenta conceituação única. Por isso, torna-se preferível falar em posturas judiciais autocontidas, considerando que tanto seu conceito não é único quanto seu propósito não é idêntico para todas as situações. Assim, a partir do método de abordagem dedutivo, método de procedimento monográfico e técnica de pesquisa bibliográfica por documentação indireta, objetivou-se investigar, de forma sistematizada e organizada, a ordem de ideias que representa as principais dimensões, argumentos e fatores (endógenos e exógenos) das posturas judiciais autocontidas, a partir da literatura especializada acerca do tema. Para tanto, sem a intenção de esgotar a matéria, apresentaram-se três majoritárias dimensões em que as posturas autocontidas podem ser visualizadas, a saber: (1) liberdade de conformação do legislador ou administrador, (2) capacidades institucionais da jurisdição e (3) critérios processuais da jurisdição.

PALAVRAS-CHAVE: Autocontenção Judicial; Capacidades Institucionais; Critérios Processuais; Jurisdição Constitucional; Liberdade De Conformação.

¹ Pós-Doutora na Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Alemanha), Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (com pesquisas realizadas junto à Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, na Alemanha). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da UNISC, onde ministra as disciplinas de Jurisdição Constitucional e de Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, respectivamente. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq.

² Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da UNISC, na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, com bolsa PROSUC/CAPES, modalidade II. Integrante do grupo de pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, coordenado pela Prof.^a Dr.^a Mônia Clarissa Hennig Leal, vinculado ao PPGD da UNISC e financiado pelo CNPq. Advogado.

ABSTRACT: “Judicial self-restraint” is one of the themes of constitutional law that does not have a single concept, because of its complexity. For this reason, it is preferable to refer to self-restrained judicial postures, considering that both its concept is not unique, and its purpose is not identical for all situations. Therefore, using the deductive approach method, the monographic procedure method and the technique of bibliographical research by indirect documentation, the objective was to investigate, in a systematized and organized way, the order of ideas that represents the main dimensions, arguments and factors (endogenous and exogenous) of self-contained judicial postures, based on the specialized literature on the subject. To this purpose, without the intention of exhausting the subject, three major dimensions are presented in which self-restrained postures can be visualized, namely: (1) the legislator's or administrator's freedom to conform, (2) the jurisdiction's institutional capacities and (3) the jurisdiction's procedural criteria.

KEYWORDS: Judicial Self-Restraint; Institutional Capacities; Constitutional Jurisdiction; Freedom to Conform; Procedural Criteria.

INTRODUÇÃO

Diversos temas do Direito Constitucional, ante sua complexidade, parecem falhar na tentativa de uma conceituação única. “Autoconção judicial”³ é um deles. Ao observar a posição de diferentes autores acerca do tema, as respostas ao fenômeno são diversas, muitas convergentes e outras divergentes. Por isso, é preferível falar em posturas judiciais autocontidas, considerando que tanto seu conceito não é único quanto seu propósito não é idêntico para todas as situações.

O tema da “autoconção judicial”, diferentemente da realidade norte-americana (*judicial self-restraint*), não possui larga exploração pela pesquisa jurídica brasileira. Ao pesquisar o termo (“autoconção judicial”), até o ano de 2023, no Portal de Periódicos da CAPES, o resultado são 19 artigos.⁴ Já no Catálogo de Teses e Dissertações da CAPES, o resultado são 20 trabalhos.⁵ Tais números expressam e justificam a necessidade de estudar, a partir de uma lógica sistemática, o que significa este fenômeno para o Direito.

³ Nesta pesquisa, o conceito de “autoconção judicial” (ou seus sinônimos, como “autolimitação” ou “autorrestrição”) será abordado sempre entre aspas justamente para enfatizar a incorreção dimensional do termo, pois se entende que o correto seria “posturas autocontidas”.

⁴ A busca ocorreu no Portal de Periódicos da CAPES (<https://www-periodicos-capes.gov.br.ez127.periodicos.capes.gov.br/>), no campo de busca geral, a partir da palavra-chave “autoconção judicial” e com lapso temporal de 2011 a 2023 (conforme permite o Portal).

⁵ A busca ocorreu no Catálogo de Teses e Dissertações da CAPES (<https://catalogodeteses.capes.gov.br/>), no campo de busca geral, a partir da palavra-chave “autoconção judicial” e sem lapso temporal (englobando todos os trabalhos encontrados).



Dessa forma, a partir do método de abordagem dedutivo, método de procedimento monográfico e técnica de pesquisa bibliográfica por documentação indireta, almeja-se investigar, de forma sistematizada e organizada, a ordem de ideias que representa as principais dimensões, argumentos e fatores (endógenos e exógenos) das posturas judiciais autocontidas, a partir da literatura especializada acerca do tema.

Nesse sentido, apresentam-se três majoritárias dimensões em que as posturas autocontidas podem ser visualizadas, a saber: (1) liberdade de conformação do legislador ou administrador, (2) capacidades institucionais da jurisdição e (3) critérios processuais da jurisdição. Adverte-se que, com isso, não se objetiva esgotar todas as possibilidades do fenômeno em debate.

Para cumprir a finalidade da pesquisa, aborda-se, no primeiro capítulo, como a “autocontenção judicial” é um conceito sem definição única, buscando-se avaliar, a partir de vários autores, os significados comumente atribuídos a este fenômeno, a fim de demonstrar, ao final, o melhor cenário para abordá-lo a partir de posturas autocontidas. Após, no segundo capítulo, busca-se diferenciar os fatores internos (endógenos) e externos (exógenos) das posturas autocontidas e como tal classificação é importante para notar expressões autênticas ou induzidas da “autocontenção”. Por fim, no terceiro capítulo, abordam-se especificamente cada uma das três dimensões majoritárias das posturas autocontidas, descortinando de maneira sintética seus argumentos comuns.

2. O PORQUÊ FALAR EM “POSTURAS JUDICIAIS AUTOCONTIDAS” AO INVÉS DE “AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL”

John Roche, em *paper* clássico da década de 50, enfatizou que, sob a ótica sociológica, cada sociedade possui, de época em época, seus mitos acerca das simbólicas aspirações políticas, econômicas e sociais do povo. Na atualidade, o mito tem sido a esperança coletiva acerca do sonho da “*impartial decision-making and the cult of behavioral Science*” (ROCHE, 1954, p. 762). Assim, na tradição constitucional, haveria uma tendência generalizada de retirar a “política da política” a partir da substituição de “políticos falíveis” por “guardiões platônicos”, cuja função precípua seria proteger o povo de si mesmo por meio da supremacia do *rule of law* (ROCHE, 1954, p. 762).

Questão central para cumprir esse objetivo está reservado ao poder de revisão judicial das ações políticas. Todos estariam, ao fim e ao cabo, limitados pela Constituição. Ocorre que, para o autor, seria ingênuo acreditar que tanto a política quanto o Judiciário se limitariam necessariamente pela Constituição. Todavia, como a matéria desemboca, em última análise, na órbita judicial (porque é ela quem limita inicialmente a política), deveriam ser pensadas formas de (também) limitar o poder judicial.⁶ Em sendo ele exercido em grau final, a tarefa deságua numa

⁶ Ainda que o próprio autor reconheça que a política pode também limitar o poder judicial, a partir da reversão de seus julgamentos, a *self restraint* teria sido a mais significativa forma de limitação

autolimitação (ROCHE, 1954, p. 762-764). Eis o problema-solução da “autocontenção judicial”.

O legislador que ignorasse fatos da realidade, ao legislar, seria como o rei do Pequeno Príncipe que busca controlar o pôr do sol (SAINT-EXUPÉRY, 1989, p. 32). Não poderia o impossível ser uma possibilidade jurídica. Nessa soleira, a leitura de O’Brien (2016, p. 241, tradução nossa) entende que os Poderes políticos possuem “limites externos” designados pelas disposições constitucionais, o que habilita a intervenção judicial quando são violadas. A contenção judicial apareceria como “mecanismo” de equilíbrio e coexistência entre os Poderes.

Nessa concepção, O’Brien (2016, p. 246) descreve duas maneiras em que isso ocorreria. A primeira seria por meio do reconhecimento de igualdade entre os Poderes. A contenção seria sinônimo de respeito institucional. A segunda, apareceria na ideia de proteção da independência da própria jurisdição, ou seja, da sua legitimidade democrática. Essa última compreensão é assim desenvolvida pelo autor ao entender que, “se os juízes agem como legisladores, passa-se a crer que os juízes devem ser eleitos como legisladores”, o que seria “contraproducente” ao fato histórico de remover o Judiciário do processo político-eleitoral (O’BRIEN, 2016, p. 246).

Nessa visão, a contenção da jurisdição cumpriria duas funções: reconhecer a igualdade entre os Poderes e proteger a independência da jurisdição. Unindo ambos os objetivos, o resultado seria prestígio e fomento maior ao equilíbrio entre as funções estatais. Avesso a noção de “living constitution”,⁷ O’Brien (2016, p. 250) entende que os juízes precisam evitar “usurpar” o papel político exclusivo dos parlamentares, o que significa que deveriam hesitar ao declarar a inconstitucionalidade de atos ou leis, necessitando, ainda, serem cautelosos ao completar ou modificar as leis durante o ato interpretativo, e também precisariam ficar de fora da formulação de políticas sociais, devendo “resistir à tentação” de ampliar uma questão da forma como realmente está. A contenção não possuiria “valores subjacentes” de ideologias ou partidos, mas os valores de “liberdade,

judicial (ROCHE, 1955, p. 764). Calha consignar que o *paper* referido leva em conta o cenário norte-americano, em obra escrita na década de 50; por isso, não necessariamente reflete o cenário brasileiro e/ou atual.

⁷ A respeito do tema, recomenda-se a obra seminal de Antonin Scalia (*A Matter of Interpretation*), em que estrutura as bases de uma renovada visão “originalista” (de cunho conservador no contexto norte-americano) da interpretação constitucional, por não entender o seu texto ser um organismo vivo – “*Living Constitution*”, como pregado pelos “evolucionistas” (representados pelos liberais), defendendo que, apesar de haver dificuldades para “determinar o significado original” do texto da Constituição, para então aplicá-lo, mais difíceis seriam as incertezas da “filosofia que defende que a Constituição muda” (Scalia, 1997, p. 3-46). Conclui o autor que essa lógica da *Living Constitution* evolui na mesma medida da vontade da maioria, o que denotaria um caráter voluntarista da decisão, cujo fundamento estaria na vontade do julgador (Scalia, 1997, p. 44-46).

democracia, previsibilidade, uniformidade e economia judicial”; nesse desenho, o juiz simplesmente “jogaria o jogo”, dentro das regras, buscando evitar ser um “reformador moral”, mas um “expositor neutro da justiça sob a lei”, não sendo o juiz a solução propriamente, mas “parte de uma equipe” (O’BRIEN, 2016, p. 250, tradução nossa).

A “autocontenção judicial” é expressão recheada de indefinição. Posner (2013, p. 150) chega a dizer que é uma palavra “camaleão”, considerando os diversos significados que lhe foram atribuídos ao longo do tempo.

O conceito de “autocontenção” judicial tem origem em 1803 no julgamento do célebre caso *Marbury v. Madison* pela Suprema Corte dos Estados Unidos,⁸ porque, nesta mesma decisão que outorgou o poder de revisão judicial à Suprema Corte, também se assentou a sua “autolimitação” quanto ao julgamento de questões políticas, como medida de preservação e sobrevivência institucional da Corte diante da imbricada disputa travada entre federalistas e republicanos (GROSTEIN, 2020, p. 64). Assim, a doutrina das questões políticas remonta, em verdade, ao próprio surgimento histórico do fenômeno da “autocontenção” judicial e da *judicial review*, uma vez que, processualmente, a Suprema Corte entendeu pela possibilidade de anular atos normativos incompatíveis com a Constituição, mas, meritoriamente, não adentrou na questão por entender ser de cunho eminentemente político (LIMA; GOMES NETO, 2018, p. 224).

Em *paper* datado de 1983, Richard Posner estabelece cinco categorias de juízes “autocontidos”, abordando seus aspectos específicos, conforme sintetizado na tabela a seguir:

Tabela 1 – Categorias da *judicial self-restraint* segundo Richard Posner

Categoria	Descrição	Aspecto
1	O juiz que não julga conforme suas opiniões políticas.	É desconsiderada por Posner porque, nos casos de “ <i>open area of judging</i> ”, a “decisão correta” adviria das preferências políticas dos juízes (essa influência seria inevitável).
2	O juiz “cauteloso, circunspecto e hesitante” em se intrometer nas opiniões políticas.	Juiz deferente à política, mas ainda assim em sentido diverso do juiz da definição 5.

⁸ O referido caso trata-se de um marco histórico, visto que, a partir dele, a Suprema Corte americana assentou a possibilidade de o Judiciário revisar atos normativos em desarmonia com a Constituição (*judicial review*), enquanto corolário lógico da supremacia constitucional, mesmo que constitucionalmente não houvesse a previsão expressa da Suprema Corte em fazê-lo, dando gênese, assim, ao controle de constitucionalidade difuso.

3	O juiz consciente das restrições políticas práticas da sua função judicial.	As categorias 3 e 4 expressam a “autocontenção prudencial”. Na definição 3, possui um aspecto “político” (evitar uma ação reversa do Parlamento, por discordar do pronunciamento judicial). Na definição 4, possui um aspecto “funcional” (se o juiz reconhecer um direito judicialmente, o volume de processos seria elevado, podendo prejudicar a capacidade de funcionamento dos tribunais; almejaria a “economia judicial”).
4	O juiz preocupado em não criar judicialmente direitos resultantes da alta judicialização de litígios.	
5	O juiz que deseja reduzir o poder judicial em relação à política.	A autocontenção expressa um “princípio político substantivo usado por juízes na decisão de certos casos na área aberta”.

Fonte: Posner (1983, p. 10-11, tradução nossa). Adaptado pelos autores.

O autor apresenta esse diagnóstico acerca das “categorias” de juízes “autocontidos” para defender aquela que julga a principal e mais importante: a definição da categoria 5, que representa o que nomeia de “*separation of powers judicial self-restraint*”, tratando-se de uma “restrição estrutural” dos juízes diante da separação dos Poderes (POSNER, 1983, p. 11). A sua característica principal seria o juiz buscar decidir os casos reduzindo o poder do sistema judicial em relação ao sistema político (compreendido em *lato sensu*, isto é, Poder Executivo, agências administrativas federais e Congresso), a partir da maior deferência às decisões políticas (POSNER, 1983, p. 12-14).

Tendo por base o cenário norte-americano, Roche (1954, p. 765-767) avalia que a “autocontenção” tem duas “técnicas” principais: processual e substantiva. Na técnica da “autocontenção processual” (*Procedural Self-Restraint*), o Tribunal evita enfrentar questões de mérito; como exemplos, o autor traz a política de *certiorari* (presente na tradição *common law*) e o *simple delay* (adiamento) no julgamento de casos, a fim de dar tempo ao debate acerca das controvérsias em questão (ROCHE, 1954, p. 765). Já na técnica da “autocontenção substantiva” (*Substantive Self-Restraint*), o Tribunal incorpora uma decisão substantiva para concluir que o litígio posto ao debate não deve se dar na esfera judicial; como exemplos, cita três formas pelas quais pode se instrumentalizar: (1) doutrina das questões políticas, (2) parcimônia judicial (*v.g.* não avaliação de princípios quando presentes regras para resolver o caso) e (3) teoria da inexperiência judicial (refere-se às limitações técnicas do Tribunal em avaliar regulamentos das agências reguladoras) (ROCHE, 1954, p. 766-767).

Martínez Estay (2014, p. 387) associa a “autocontenção” diretamente a deferência a demais órgãos públicos e políticos exigida dos Tribunais em virtude do “princípio da separação dos Poderes”, notadamente porque o respeito e o reconhecimento mútuo dos diversos órgãos que exercem poderes públicos clama pela correspondente limitação de cada um deles. Majoritariamente, isso significa um reconhecimento da autonomia do legislador e administrador nos casos de incidência de sua “margem de apreciação”, situação pela qual se presume a não contrariedade à Constituição, fator que justamente teria o condão de habilitar a intervenção da jurisdição constitucional; daí a “autocontenção judicial”, a fim de não substituir a vontade política pela vontade jurisdicional.

No campo brasileiro, Luís Roberto Barroso entende que as condutas autocontidas da jurisdição, diante das suas inúmeras causas possíveis, indicam, na generalidade, um comportamento de “redução de interferência em ações dos demais Poderes”, disso imanando três aspectos principais: (1) prudência na aplicação da Constituição em situações que não “estejam no seu âmbito de incidência expressa”, esperando ou reclamando o pronunciamento do legislador; (2) utilização de critérios mais rígidos nos processos de declaração de inconstitucionalidade; e (3) abstenção de interferência no estabelecimento das políticas públicas (BARROSO, 2012, p. 7).

Na visão de Pontes, Gomes Neto e Teixeira (2017, p. 143), a “autocontenção”, no cenário brasileiro, teria correlação com o “magistrado [que] utiliza suas preferências políticas e princípios morais para fundamentar a negativa de julgamento de um caso, interferindo, com isso, no resultado da decisão”. Dessa forma, aludem que a literatura nacional apresenta essa visão da “contenção judicial” como uma “postura respeitosa dos juízes para com os demais poderes estatais, ao evitar interferir nas ações do Executivo e do Legislativo, impedindo, com isso, a aplicação direta da Constituição aos casos não expressamente previstos no seu plano de incidência”; o que significaria que o Judiciário deveria aguardar um “pronunciamento do legislador originário”, abstendo-se de interferir em “questões de políticas públicas, utilizando critérios conservadores para que haja a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos” (PONTES; GOMES NETO; TEIXEIRA, 2017, p. 143).

As posições até aqui arguidas, algumas convergentes entre si e outras divergentes, não representam concepções necessariamente equivocadas do fenômeno da “autocontenção judicial”. Contudo, revelam somente fragmentos desse fenômeno maior. Seja como for, não possui um conceito único e exclusivo. Por isso que a presente pesquisa ambiciona defender que, na realidade, melhor perspectiva seria falar em “posturas judiciais autocontidas”, posturas estas aqui divididas em três dimensões gerais, que constituem o objeto do capítulo terceiro.

Antes disso, porém, importa avaliar as categorizações gerais atribuídas ao fenômeno da “autocontenção”, especialmente sua diferenciação de tipologias entre fatores endógenos e fatores exógenos.

3. TIPOLOGIAS ENDÓGENAS E EXÓGENAS DA “AUTOCONTENÇÃO” E CLASSIFICAÇÕES COMUNS DAS POSTURAS AUTOCONTIDAS

Uma vez assentada a ideia de visualizar a “autocontenção”, em realidade, a partir de posturas autocontidas, faz-se possível explicar as dimensões pelas quais resultam dessas posturas. Todavia, antes de abordar especificamente as três dimensões propostas, é imperioso destacar os fatores que revestem as posturas autocontidas. Assim, torna-se questão fundamental para compreender a proposição do capítulo seguinte a diferenciação de duas tipologias gerais de “autocontenção”: aquela por fatores endógenos e aquela por fatores exógenos.

Na pesquisa de Oliveira (2020, p. 56), a “autocontenção” é conceituada como um “princípio hermenêutico implícito na Constituição Federal”, que exige deferência do julgador em determinadas situações. A partir de análise da jurisprudência do STF até 2020, de decisões monocráticas e colegiadas, acerca da “autocontenção”, o autor constatou que ela está relacionada a “dois grandes temas”: (1) matérias essencialmente políticas por determinação da Constituição e (2) questões de complexidade técnica elevada, que traduzem incerteza (OLIVEIRA, 2020, p. 56).

Contudo, esse conceito, muito comum ao falar do tema, revela a “autocontenção” apenas parcialmente. Isso porque, tomando-se por base, por exemplo, os trabalhos de Grostein (2020, p. 76-77) e Lima e Gomes Neto (2018, p. 221-243), há uma subdivisão geral entre (1) critérios processuais (inadmissibilidade de ações ou recursos ao STF) e (2) critérios materiais (questões políticas e presunção de constitucionalidade) da “autocontenção”, o que remonta a divisão já clássica do fenômeno a partir da doutrina de Roche (1955, p. 765-766), quando disserta sobre técnicas processuais e técnicas substantivas (analisado no capítulo inicial) da “autocontenção”.

Lima e Gomes Neto (2018, p. 244), nesse sentido, são mais enfáticos ao observarem uma “autocontenção à brasileira” baseada fortemente em estratégias do Supremo Tribunal Federal para não julgar demandas, isto é, a “autocontenção” como um “comportamento estratégico deliberado”, seja por razões específicas sobre o papel da Corte no desenho institucional dos Poderes (critério material), seja em virtude de argumentos processuais para barrar o julgamento de demandas (critério processual).

Dessa forma, constata-se que os apontamentos de Oliveira (2020, p. 56) sobre a “autocontenção”, como os argumentos das questões políticas e capacidades institucionais, demonstram apenas uma face material do fenômeno.⁹ Contudo, não obstante esses aspectos materiais (que inclusive podem ser expandidos, conforme será abordado adiante), é preciso visualizar as posturas autocontidas também a partir de critérios processuais, que obstam o julgamento de mérito das demandas.

⁹ Faz-se a observação que a pesquisa de Oliveira (2018) investigou a jurisprudência do STF em relação ao tema de direitos prestacionais, especialmente direito a saúde.

E mais. Além dessa subdivisão geral da “autocontenção” em aspectos materiais e aspectos processuais, faz-se necessário segregar os fatores que revestem internamente cada tipo de postura autocontida. Nesse sentido, a leitura de Julio Grostein¹⁰ é fulcral ao propor duas tipologias de fatores autocontidos: (1) uma “autocontenção” exógena-impositiva, cuja limitação do juiz advém do ordenamento jurídico positivado que impõe a cada instituição diferentes tarefas, de modo que a jurisdição não poderia ir além das suas competências previamente estabelecidas, sob pena de violar a separação de Poderes; e (2) uma “autocontenção” endógena-autônoma, estando a restrição da jurisdição numa escolha dela em deixar de exercer todas as potencialidades de que o ordenamento jurídico lhe possibilita, a fim de adotar uma posição mais comedida, humilde, prudente, sóbria etc (GROSTEIN, 2020, p. 40-47).

Veja-se, agora, o “problema”: como nomear de auto (*self*) contenção (*restraint*) uma postura judicial que, na realidade, não decorre de escolhas livremente tomadas pelas autoridades judiciais, mas de algo externamente imposto pelo ordenamento jurídico-constitucional? Ou seja, o rigor terminológico imporia, portanto, a adoção da expressão “contenção” (e não “autocontenção”) judicial para aquelas situações que decorrem de fatores exógenos-impositivos.¹¹ Daí que Grostein (2020, p. 290 e 297) nomeia tal como “pseudoautocontenção”, inclusive classificando-a em “autocontenção fraca” (mero recurso retórico, porque a contenção deriva de imposição normativa) ou “autocontenção média” (ou “híbrida”, porque há uma limitação normativa incidente conjugada a uma vontade autônoma do julgador).

Isso significaria dizer que, genuinamente, a postura autocontida apenas estaria presente quando no caso da “autocontenção” endógena-autônoma, enquanto forma “forte”, autêntica e pura do fenômeno, já que, efetivamente, a postura autocontida ocorreria a partir de escolhas autônomas e livres do julgador (GROSTEIN, 2020, p. 297).

Entretanto, jurisprudencialmente (tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos), a categoria de “autocontenção” exógena-impositiva é visualizada como, de fato, uma postura autocontida da jurisdição. Assim, para fins deste trabalho, englobam-se nas “dimensões” de posturas autocontidas ambas as categorias (exógenas e endógenas), ainda que, entretanto, filia-se a posição de que a “autocontenção” pressupõe, necessariamente, um movimento ocorrido por fatores internos da

¹⁰ Necessário enfatizar que o trabalho do autor se embasa a partir da leitura das realidades norte-americanas e brasileira.

¹¹ Para fins de evitar equívocos ou confusões conceituais, cabe esclarecer que, tipicamente, “contenção judicial” tem um significado também próprio na literatura, como “iniciativas realizadas por atores eleitos contra o Poder Judiciário com o propósito de limitar a sua independência”, ou seja, uma atuação dos Poderes Executivo e Legislativo a fim de “conter” os efeitos de decisões judiciais ou mesmo os próprios integrantes das Cortes, com pedidos de *impeachment*, por exemplo (DA ROS; BOGEÁ, 2022, p. 187).

jurisdição, sem uma imposição por fatores externos. Poder-se-ia, nesse sentido, diferenciar “autocontenção” (exógena) de “contenção” (endógena). Como o objetivo desta pesquisa é traçar e estabelecer um panorama geral das posturas autocontidas, houve a inclusão de ambas as categorias em debate.

Eis, portanto, as “dimensões” gerais de posturas autocontidas aqui propostas: (1) liberdade de conformação; (2) capacidades institucionais; e (3) critérios processuais. Desde já se antecipa, como ficará visível na abordagem do capítulo seguinte, que apenas na terceira dimensão ocorre uma postura autocontida por fatores endógeno-autônomos da jurisdição (e ainda assim, de forma parcial em alguns casos); e nas demais dimensões, incidem fatores exógeno-impositivos.

Outrossim, essa dimensão das posturas autocontidas pelo uso dos critérios processuais, como “autocontenção” autêntica (mais ligada a fatores endógenos da jurisdição), pode descambar num “desvirtuamento” da própria jurisdição se o utilizar com excessivo rigor (GROSTEIN, 2020, p. 280). Esse rigorismo no uso dos critérios processuais geralmente é associado ao fenômeno da “jurisprudência defensiva”, além de ser encarado como uma espécie de “passivismo” judicial, ao suprimir, a partir de uma “restrição ilegítima”, o acesso das partes ao tribunal ou ao julgamento de mérito das demandas (GROSTEIN, 2020, p. 280-283).¹²

Ou seja, Grostein (2020, p. 280-299) associa esse excessivo uso da “autocontenção” como um “passivismo” judicial, enquanto versão rígida do comportamento comedido dos juízes, especialmente em situações que frustram “expressões plurais da sociedade”. Discorda-se parcialmente dessa perspectiva, dado que o “passivismo” judicial – e isso torna-se importante para esta abordagem – não representa uma postura autocontida em “excesso”, simplesmente porque ambos os fenômenos não são a mesma coisa. Na realidade, visualiza-se o “passivismo” judicial como sendo uma das expressões do ativismo judicial, efetivado pelo não agir do julgador, quando deveria fazê-lo.

Para Dimoulis, Lunardi e Martins (2021, p. 87), o “passivismo” dos Tribunais se verificaria, modo geral, com os seguintes fatores: (1) não intervenção “em temas nos quais atuava no passado”; (2) medida de autocontenção excessivamente maior do que “Tribunais comparáveis”; e (3) manutenção de decisões políticas mesmo que “manifestadamente ilegais-inconstitucionais”. Essas definições soam acertadas, mas representam, em última análise, sintomas de um problema maior: a inação judicial. Incorporar uma postura passivista é negligenciar o papel da jurisdição – e tal não pode ser encarado como uma postura autocontida em excesso.

¹² No mesmo sentido, Mitidiero, Sarlet e Marinoni (2023, p. 539) sublinham e alertam que o “princípio da autorrestrição” não implicaria em “redução das competências de controle da justiça constitucional”, pois consistiria em “renúncia à prática da política pelos órgãos jurisdicionais”, não podendo a “autocontenção” servir de “estratégia generalizada de um órgão cuja função precípua é de controlar o poder e proteger os direitos fundamentais do cidadão”. Trata-se de ressaltar o papel contramajoritário da jurisdição constitucional.

Exposto o cenário das tipologias de fatores que revestem o fenômeno da “autocontenção”, passa-se, na oportunidade seguinte, a abordar as dimensões gerais das posturas autocontidas e seus argumentos específicos.

4. DIMENSÕES DAS POSTURAS AUTOCONTIDAS E SEUS ARGUMENTOS ESPECÍFICOS

Conforme conceituado no capítulo primeiro, entende-se que seria melhor nomear o fenômeno da “autocontenção” como posturas autocontidas, visto que tanto seu conceito não é único quanto seu propósito não é idêntico para todas as situações. Dessa forma, tais posturas autocontidas podem ser visualizadas por meio de três majoritárias “dimensões”, sem ainda o intuito de esgotar a matéria.

Assim, as dimensões aqui propostas são: (1) liberdade de conformação do legislador/administrador; (2) capacidades institucionais da jurisdição; e (3) critérios processuais da jurisdição. Para cada dimensão, abordam-se as várias subespécies de conceitos que podem estar relacionadas a cada postura autocontida.¹³

Como se verá, por exemplo, a doutrina das questões políticas (GROSTEIN, 2020, 79-130; LIMA; GOMES NETO, 2018, p. 226-233; OLIVEIRA, 2020, p. 56-57; MELLO, 2004, p. 220; BARBOZA; KOZICKI, 2012, p. 69-70; ROCHE, 1954, p. 766-767; MARTÍNEZ ESTAY, 2014, p. 387) encaixa-se dentro da primeira dimensão. As questões relacionadas a presunção de constitucionalidade (GROSTEIN, 2020, 131-184; LIMA; OLIVEIRA, 2020, p. 56-57; MELLO, 2004, p. 220; BARBOZA; KOZICKI, 2012, p. 68-69; ROCHE, 1954, p. 766-767) ganham assento na segunda dimensão. Por fim, as propostas de critérios processuais (GROSTEIN, 2020, 185-248; LIMA; GOMES NETO, 2018, p. 233-239; MELLO, 2004, p. 218; ROCHE, 1954, p. 765) estão enquadradas na última dimensão, com o acréscimo aqui proposto das virtudes ativas da jurisdição.

Formulando um resumo do que será exposto na sequência, é possível assim dividir as dimensões, argumentos e fatores relacionados às posturas autocontidas:

Tabela 2 – dimensões, argumentos e fatores das posturas autocontidas

Dimensão	Argumento geral	Argumentos específicos	Fator
Liberdade de conformação	Doutrina das questões políticas	- Alocação de despesas orçamentárias - Desdobramento de uma condenação criminal de parlamentar - Questões <i>interna corporis</i>	Exógeno-impositivo

¹³ Mister referenciar novamente a pesquisa de Oliveira (2020, p. 57) quando revela que, apesar das dimensões gerais apresentadas, a jurisprudência do STF estabelece exceções à regra da postura autocontida, como quando houver “a violação de direitos fundamentais; a violação de regras essenciais ao Estado Democrático de Direito; a inconstitucionalidade chapada ou ilegalidade flagrante; o abuso de poder; e quando as escolhas implementadas forem teratológicas”.

		dos Poderes - Desacordos morais razoáveis ou desacordos teóricos incompletos	
Capacidades institucionais	Doutrina da presunção de constitucionalidade	- Normas técnicas de agências reguladoras - Políticas públicas tecnicamente complexas que não são evidentemente insuficientes ou inadequadas - Decisões administrativas de órgãos especializados	Exógeno-impositivo
Critérios processuais	Virtudes ativas da jurisdição	- Estado de coisas inconstitucional - Audiências públicas e <i>amicus curiae</i>	Endógeno-autônomo
	Virtudes passivas da jurisdição	- <i>Stays in hand</i> - <i>Second look</i> - <i>One case at time</i> - Doutrina da justiciabilidade (<i>ripeness, mootness e standing</i>)	
	Óbices ao julgamento de mérito	- Pertinência temática para propositura de ações de controle concentrado e abstrato - Prequestionamento para admissibilidade de Recurso Extraordinário - Vedação da rediscussão de matéria fática e de provas no Recurso Extraordinário - Necessidade de controvérsia judicial relevante como requisito da ADC	

Fonte: Elaborado pelos autores.

Note-se, além do mais, que se utiliza neste trabalho a terminologia “dimensão” e não “critério” para segregar conceitualmente as posturas autocontidas.¹⁴ Essa diferenciação merece uma justificativa. O vocábulo dimensão expressa uma visão mais ampla da postura autocontida, podendo ser internamente subdividida, agora sim, em “argumentos” específicos. A seguir, serão apresentadas suas dimensões gerais e seus respectivos argumentos específicos.

4.1. LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR OU ADMINISTRADOR

A teoria da “liberdade de conformação” (também conhecida como “margem de apreciação”) do legislador ou do administrador é tema complexo no Direito Constitucional, porque significa estudar o espaço de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo no desenho institucional da Constituição. Dizer que um Poder estatal possui “liberdade de conformação” quanto a uma questão específica significa atestar que, quanto a isso, possui ele preferência para decidir. Se a Constituição descreve competências e atribuições específicas para cada Poder do Estado, há uma razão, portanto, para que cada um deles tenha uma “liberdade” ou “margem” de atuação que lhes é primacial, sob pena de descaracterizar a singularidade da sua existência e previsão na Constituição.

A liberdade de conformação guarda relação com a “discricionariedade” administrativa ou legislativa; assim, representa o oposto das situações de ato vinculado – em que não há espaço de deliberação (HACHEM, 2016, p. 316-320).¹⁵ A discricionariedade representa ao Poder Executivo, por exemplo, uma “margem de autonomia onde o administrador decida por agir ou não, por uma opção ou outra”, ainda que limitado por demais normas (MORAES; LEAL, 2021, p. 82). Por sua vez, ao Poder Legislativo, a margem do legislador relaciona-se, por exemplo, à sua liberdade funcional que possui em eleger as políticas públicas julgadas como importantes para a consecução dos objetivos constitucionais; suas escolhas,

¹⁴ Isso porque, as pesquisas antes referidas de Grostein (2020, p. 76-77) e Lima e Gomes Neto (2018, p. 221-243) falam em “critérios” de “autocontenção”. Especificamente Julio Grostein, menciona que “[p]or critérios se designam as variadas técnicas criadas por meios das quais a jurisdição constitucional, unilateralmente, exerce a postura redutora desejada em alguma particular circunstância”, fazendo referência, ainda, ao seu emprego a partir da utilização do vocábulo também por Arthur Sutherland na obra “*De la Carta Magna a la Constitución Norteamericana*” de 1972 (GROSTEIN, 2020, p. 74).

¹⁵ A doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro destaca a ausência total de discricionariedade nos atos estatais, mesmo em casos de ato vinculado (DI PIETRO, 2012, p. 80-136). Porém, a presente pesquisa não almeja lançar um olhar profundo da questão sob a ótica do direito administrativo, mas ressaltar apenas a diferenciação usual das terminologias de atos vinculados e atos discricionários, já assim conseguindo cumprir o propósito da distinção estabelecida.

diferentemente das dos Tribunais, vinculam-se à vontade popular (MORAES; LEAL, 2021, p. 86-87).¹⁶

Dessa forma, ao invocar uma postura “autocontida” com fundamento na liberdade de conformação, faz-se necessário, antes de mais nada, estudar se realmente é caso de incidência dessa margem. Em sendo o caso, a jurisdição adotaria uma postura de deferência para a decisão tomada pelo administrador ou legislador, porque são estes que estariam em “melhor posição para decidir acerca de uma questão controvertida” (MORAES; LEAL, 2021, p. 87).

Nota-se que a função de “aplicação da Constituição” não constitui propriamente a liberdade de conformação do legislador, porque essa tarefa é conjunta de todos os Poderes. Para Clève (2006, p. 33), quanto aos direitos fundamentais, o legislador possui uma dupla tarefa: atuar conforme os direitos fundamentais (função vinculada) e normatizar o “sentido de solucionar conflitos envolvendo disputa de direitos fundamentais entre si ou com outros bens e princípios constitucionais”, buscando sua “eficácia ótima” (função discricionária).

Todavia, o legislador, mesmo diante dessa sua função discricionária, não possui liberdade para tudo fazer, porque se limita pela própria Constituição. Nesse sentido, questão polêmica ao Direito Constitucional quanto a liberdade de conformação é se pode o julgador, diante da margem do administrador ou legislador que restringe determinado direito fundamental, aplicar o teste da proporcionalidade para analisar se a restrição imposta é necessária, adequada e proporcional em sentido estrito. Isso porque, ao empregar o teste da proporcionalidade, a jurisdição estaria adentrando na competência legislativa ou administrativa, o que poderia significar uma “usurpação” das funções de outro poder e, por isso também, uma violação à sua margem de apreciação (GAVIÃO FILHO; MOREIRA, 2021, p. 382), além do impacto democrático-popular que representaria.

Para Alexy (2015, p. 583), a questão é colocada de outra forma: todos os Poderes aplicam o teste da proporcionalidade, de modo que a margem de conformação representa a solução, não o problema, porque concilia as noções de “constituição como ordenação fundamental” (determina todo o conteúdo da ordem jurídica) e “constituição como ordenação-quadro” (determina a moldura indispensável – obrigatória ou proibida – da ordem jurídica, reservando espaço para as ponderações do legislador) (GAVIÃO FILHO; MOREIRA, 2021, p. 384).

Ainda, a margem é subdividida por Alexy (2015, p. 581-583) em “estrutural” (ausência de norma constitucional que obrigue ou proíba o legislador) ou

¹⁶ Nesse contexto, a margem de apreciação significa ao administrador um campo aberto, em que pese não infinito, de possibilidades de atuação; sendo maior ainda aquela em relação ao legislador, pois é quem cria a margem do primeiro (BITENCOURT, 2013, p. 266). Destarte, o administrador é limitado pelo legislador que, por sua vez, é restringido pela Constituição (MORAES; LEAL, 2021, p. 83).

“epistêmica” (ausência de certeza quanto ao que é obrigatório, proibido ou permitido pelos direitos fundamentais). Na margem estrutural, o legislador tem liberdade para fixar os fins, escolher os meios e ponderar acerca dos direitos fundamentais; e na margem epistêmica, a incerteza reside ou sobre “premissas fáticas” (ignorância fática acerca da idoneidade da adequação e necessidade da medida escolhida) ou sobre “premissas normativas” (incerteza quanto a ponderação do “conteúdo material da constituição”, como o “peso dos direitos fundamentais em colisão” e a valorização possível ao legislador) (ALEXY, 2015, p. 582-583; GAVIÃO FILHO; MOREIRA, 2021, p. 384-388).

Dessa forma, a liberdade de conformação, na realidade, está integrada dentro do teste da proporcionalidade, e vice-versa. A liberdade de conformação limita e serve de guia ao teste da proporcionalidade. “Margem” necessariamente pressupõe mais de uma medida “idônea” possível sob as lentes constitucionais para a restrição de direitos fundamentais em específico. Se apenas existe uma opção à luz da Constituição, inexistente “margem”. Havendo mais de uma medida idônea, ao legislador, para atingir a finalidade em questão, cabe-lhe a “margem” de conformação, isto é, está ele livre para optar por qual prefere (KLATT; MEISTER, 2012, p. 79).¹⁷

Outrossim, para visualizar exemplificativamente a postura autocontida a partir da dimensão da liberdade de conformação, podem-se citar os casos relacionados a (1) alocação de despesas orçamentárias, (2) desdobramento de uma condenação criminal de parlamentar e (3) questões *interna corporis* dos Poderes, conforme a pesquisa de Oliveira (2020, p. 56). Estes três critérios iniciais relacionam-se, em verdade, a questões essencialmente políticas dos demais Poderes, por imposição da Constituição. Outro fator que incide dentro desse grupo são os desacordos morais razoáveis acerca da interpretação de direitos fundamentais, situação em que a margem de apreciação do legislador ganha evidência.

Desacordos morais razoáveis – ou “desacordos teóricos incompletos”, como pontua Cass Sunstein – são questões controvertidas na sociedade, notadamente quanto a direitos fundamentais, não havendo resposta explícita a partir da Constituição; assim, não caberia à jurisdição responder questões morais, indicar caminhos políticos ou apreciar filosofias como certas ou erradas, isto é, descaberia da função judicial “resolver” estes desacordos constitucionalmente incompletos (SUNSTEIN, 1996, p. 37). A jurisdição deveria, pois, manter a incompletude dos pontos controversos que envolvem essas matérias, deixando sua resolução ao

¹⁷ Mister endossar que, na margem tanto estrutural quanto epistêmica, a omissão legislativa/administrativa pode ser legítima ou não. Ela o será quando a Constituição não vincular a sua atuação a um necessário modo de agir; nesse caso, subsiste justamente sua margem de liberdade, sendo aceitável a inação deliberada. Profusamente diferente disso são os casos de “ação vinculada” do legislador ou administrador. Assim, inexistindo margem de escolha entre agir e não agir, sua omissão torna-se ilegítima. Nessa hipótese, o controle judicial deve ser exercido a fim de repelir tal vazio irregular, sob pena de um passivismo judicial e não “autocontenção”.

autogoverno popular.

O desacordo razoável ocorre quando, diante da dúvida acerca da existência ou não de um direito fundamental (à luz da Constituição), tanto é legítima ou idônea uma resposta positiva quanto negativa. A questão essencial é entender que a resposta não é explícita. A Constituição nem obriga, nem permite, havendo ao legislador uma margem ou estrutural, ou epistêmica ou ambos, conforme antes abordado (ALEXY, 2015, p. 581-583).¹⁸ Assim, sendo controvertida a questão moral/política/social/filosófica, deveria ela ser resolvida pelo legislador,¹⁹ adotando a jurisdição uma postura autocontida, pois a “resolução” do dilema moral guarda relação primordialmente com aquele que detém por excelência a “legitimidade democrática” (MARINONI, 2023, p. 26).²⁰

Nota-se, assim, que a liberdade de conformação do legislador tanto em questões essencialmente políticas quanto em desacordos morais razoáveis pode sofrer limitação pelo controle jurisdicional a partir do teste da proporcionalidade e outros critérios antes indicados. Além disso, também a jurisprudência do STF traça exceções à postura autocontida, como violação a regras do Estado Democrático de Direito, inconstitucionalidade chapada ou escolhas teratológicas (OLIVEIRA, 2020, p. 57).

Em verdade, a antiga ideia de liberdade quase absoluta do legislador ou administrador quanto a matérias de sua competência tem deixado espaço para concepções que permitem um maior controle, também jurisdicional, além de político e popular, das suas atividades. Soma-se a esse cenário a prolixidade e especificidade de Constituições como a brasileira, a busca de conceder uma força

¹⁸ Importante lembrar que, o fato de existir um desacordo moral acerca de determinado direito – tanto em relação a sua existência ou não no sistema constitucional, ainda que implícita, quanto a sua possibilidade de criação –, não afasta por completo e em abstrato o controle jurisdicional, que poderia ocorrer, por exemplo, quando a decisão parlamentar negar o direito à participação, cometer discriminação, violar a proporcionalidade, deixar de “resolver questão essencial ao balanceamento”, desconsiderar ou mal analisar um fato constitucional, descumprir com o “dever de tutela de direito fundamental” ou rejeitar, sem justificativa racional, a “posição moral absolutamente preponderante na sociedade” (MARINONI, 2023, p. 57). E mesmo neste caso, a análise da questão moral pela jurisdição deve ser revestida de diálogo com os demais intérpretes constitucionais, sem contar que fica suscetível de reversão pelo legislador (MARINONI, 2023, p. 57-58).

¹⁹ O texto clássico de Thayer (1893, p. 138-152) já assentava a mesma ideia em relação ao papel da Suprema Corte na interpretação de direitos fundamentais.

²⁰ Sacramento (2011, p. 244) destaca o debate entre o Ministro Roberto Barroso do STF e o professor Mark Tushnet acerca do aborto, em debate realizado na Universidade de Harvard em 2011, pelo qual ambos indicaram ser favoráveis a interrupção da gravidez até a décima segunda semana, mas divergiram quanto a “quem” detém o poder de instituir tal direito fundamental à mulher; Barroso defendeu que o STF poderia fazê-lo, já Tushnet, que tal escolha caberia exclusivamente ao povo.

normativa a essa Constituição e a vinculação de todos os Poderes a aplicabilidade imediata e direta dos direitos fundamentais, não mais entendidos como apenas normas programáticas. A partir de tais implicações, a liberdade de conformação passa ser lida e entendida como uma discricionariedade restrita, porque controlável pela jurisdição sob diversas óticas.

Além da postura deferente da jurisdição pelo fundamento da liberdade de conformação, subsiste o fundamento da deferência pelas capacidades institucionais da jurisdição, dimensão diversa daquela, ainda que guarde semelhanças. Trata-se da abordagem seguinte.

4.2. CAPACIDADE INSTITUCIONAL DA JURISDIÇÃO

O argumento das capacidades institucionais é também conhecido como “modelo *Chevron*” no contexto norte-americano, que tem origem no caso *Chevron USA Inc. v. Natural Resources Defence Council* (NRDC), julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1984 (MEDEIROS, 2020, p. 140).²¹

Antes do julgamento da Corte, o Tribunal de Apelação do Distrito de Columbia havia dado provimento à reclamação do NRDC. Contudo, a *Chevron USA Inc.* recorreu à Suprema Corte, que reformou a decisão, entendendo ter sido admissível a interpretação “abrangente” dada pelo “EPA”, uma vez que mais de uma solução razoável era possível. Assim, não sendo a intenção do legislador “clara e inequívoca”, havendo margem de interpretação, incumbia à jurisdição apenas “analisar se a posição adotada pela agência era admissível em face da letra da legislação”, e ser deferente às agências quanto a sua posição interpretativa, visto sua *expertise* em conduzir o programa de melhoria do ar, desde que “razoável à luz do texto”. Nasceu nessa decisão o chamado “teste *Chevron* de dois passos” (*Chevron two-step test*), conforme Medeiros (2020, p. 141-143).

Isso significa que, na jurisprudência americana, a jurisdição deve aceitar as interpretações cunhadas pelas agências governamentais, em casos de termos ambíguos ou amplos da lei, somente podendo revisar o ato administrativo se o sentido da lei não admitir mais de uma interpretação (SCALIA, 1989, p. 511). Além disso, pode ser que, de fato, fosse a intenção do legislador deixar essa “margem” interpretativa às agências. Sunstein (2006, p. 214) o classifica como uma “step zero” (passo zero) da análise judicial, averiguado, portanto, antes de adentrar no método

²¹ No resumo de Medeiros (2020, p. 140), a decisão tinha como controvérsia a legislação ambiental da “*Clean Air Act*”, que estabelecia um programa de conformidade às áreas que falhassem no atendimento dos padrões estabelecidos para a qualidade do ar. Conforme o Programa, sempre que uma empresa construísse “uma nova ‘fonte fixa’ ou modificasse uma existente”, era necessária uma nova licença. Após a gestão do presidente Ronald Reagan, a Agência de Proteção Ambiental (“EPA”), diferente da posição anterior, mudou o entendimento da expressão “fonte fixa” para ampliar o significado dela e “englobar uma planta industrial inteira”, o que seria menos burocrático (MEDEIROS, 2020, p. 140).

bifásico do Chevron. Ao levar todas essas questões ao Tribunal, o debate seria mais “político” do que técnico (SUNSTEIN, 1990, p. 2086).

No Brasil, pode-se considerar que essa discussão ganha força na instrumentalização das “capacidades institucionais” (*institutional capacities*), que remonta a dúvida a “qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em certa matéria”, de modo que temas com aspectos técnicos/científicos não poderiam ter como palavra final a da jurisdição, por ausência de qualificação, informação ou “conhecimento específico” (BARROSO, 2011, p. 369). Essa capacidade relaciona-se a fatores como *expertise* técnica e *accountability* político.

Por isso, o trabalho de Sunstein e Vermeule (2002, p. 2) fala em *performance* interpretativa, isto é, quais órgãos e instituições possuem melhor capacidade (com ganho de qualidade) de interpretar determinados casos. Claro que, no bojo desse modelo, em grande medida, fala-se em melhor capacidade institucional das agências em interpretar a própria legislação. Ou seja, visualiza-se (e equipara-se) às agências ao lado das Cortes em termos interpretativos da lei. Cria-se uma discricionariedade interpretativa à Administração Pública, exigindo deferência dos Tribunais, salvo exceções antes traçadas.²²

Ao avaliarem que a expressão capacidade institucional geralmente é abordada como forma de estruturar o argumento da deferência da jurisdição, com base na doutrina de Sunstein e Vermule, os autores Arguelhes e Leal (2011, p. 9) traçam a ressalva que, não havendo “clareza” quanto a sua estrutura, podem guardar “pouca ou nenhuma relação” com a proposta dos juristas norte-americanos, correndo-se o risco de servir como argumento banal, redundante ou absurdo:

corre-se o risco de que a idéia de ‘capacidades institucionais’, em vez de sintetizar um argumento original, útil e juridicamente plausível, seja empregada como: (a) um recurso de baixíssimo potencial crítico, porque facilmente incorporável (ou já incorporado) por qualquer teoria normativa minimamente sofisticada – um uso *banal*; (b) um rótulo novo para categorias dogmáticas antigas, sem que a invocação de ‘capacidades institucionais’ traga consigo qualquer efetivo benefício prático ou conceitual – um uso *redundante*; ou (c) um argumento pragmático completamente desvinculado do direito positivo e, assim, incompatível com pressupostos e condicionamentos básicos do raciocínio judicial – um uso *absurdo* (ARGUELHES; LEAL, 2011, p. 9).

²² No Brasil, dispositivo legal pertinente a este cenário é o artigo 22 da Lei de Introdução à Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Trata-se, na leitura de Medeiros (2020, p. 217) do “teste bifásico da deferência no ordenamento jurídico”. Nesse espírito, caberia ao Judiciário levar em consideração as dificuldades reais do gestor quanto à indeterminação jurídica para, depois, tomar em conta suas limitações práticas.

A diferença crucial entre o argumento da capacidade institucional e o argumento da liberdade de conformação reside em que, no primeiro, a análise não é se existe ou não uma margem de apreciação ao legislador/administrador, mas se a jurisdição teria melhor “capacidade” performativa para averiguar a matéria em questão. Ou seja, o argumento das capacidades institucionais significa avaliar não propriamente se a jurisdição pode ou consegue avaliar uma questão técnica, por exemplo, porque poderia ela nomear uma comissão de peritos e/ou ouvir especialistas por meio de *amicus curiae*. O ponto residiria em reconhecer que, sob o prisma constitucional, existem instituições com melhor *performance* para responder à questão, como o Congresso, a Presidência da República e as agências reguladoras, *v.g.*

A resposta do Judiciário, ainda que possível, deixaria a desejar, notadamente em questões com “grande necessidade de expertise técnica ou de ponderação livre entre múltiplas e complexas variáveis políticas” (ARGUELHES; LEAL, 2011, p. 7). Em mesmo sentido entendem Mitidiero, Sarlet e Marinoni (2023, p. 541), ao comentar que a cobrança pela postura judicial autocontida haveria em “área sensíveis como a do controle de políticas públicas e que envolvem uma grande exigência de conhecimentos técnicos estranhos ao mundo jurídico”.

A pesquisa jurisprudencial do STF realizada por Oliveira (2020, p. 56-57), conforme citado anteriormente, também aponta nesta direção, ao consignar a “autocontenção” do Pretório Excelso majoritariamente em casos de exame de “i) normas técnicas de agências reguladoras, ii) políticas públicas tecnicamente complexas que não são evidentemente insuficientes ou inadequadas, e iii) decisões administrativas de órgãos especializados”.

Compreendidas as dimensões da liberdade de conformação e das capacidades institucionais, assim como as diferenças entre elas, enquanto posturas intimamente ligadas a “deferência” judicial, passa-se a abordar a última dimensão, a saber, os critérios processuais, que igualmente podem guardar similitudes com aspectos das dimensões anteriores.

4.3. CRITÉRIOS PROCESSUAIS DA JURISDIÇÃO

A presente dimensão relacionada a critérios processuais pode ser subdividida em três argumentos gerais: virtudes ativas, virtudes passivas e óbices processuais ao julgamento de mérito. A primeira, relaciona-se a um misto de institutos que conduzem ao diálogo institucional. A segunda, liga-se intimamente ao contexto judicial e doutrinário norte-americano, também relacionado ao diálogo institucional. A terceira, refere-se diretamente a critérios estabelecidos pela jurisprudência brasileira. A abordagem a seguir, dessa forma, será estrutura seguindo essa ordem.

De pronto, cabe consignar que as posturas judiciais fundamentadas em virtudes ativas e virtudes passivas possuem relação com a busca pelo equilíbrio entre os Poderes e, notadamente, para incentivar o desenvolvimento de uma democracia

deliberativa (CHAGAS, 2016, p. 90). Assim, o objetivo da jurisdição em adotar tais virtudes reside em dialogar institucionalmente com os demais Poderes, o que representa, em determinados casos, uma postura autocontida. As virtudes ativas representam a adoção de remédios “fracos” na adjudicação judicial, e as virtudes passivas almejam deixar que determinadas matérias sejam amadurecidas na sociedade e na política antes de um pronunciamento judicial com definitividade (CHAGAS, 2016, p. 90-91).

Pode-se dizer, com isso, que a legitimidade democrática da jurisdição está intimamente relacionada com a “autocontenção”. Tanto que Roche (1954, p. 772) coloca “autocontenção judicial” ao lado de “poder judicial”, para descrevê-los como faces opostas da mesma moeda. A partir da primeira (“autocontenção”), garante-se a segunda (poder judicial).

Chagas (2016, p. 55-65) cita dois mecanismos de como as virtudes ativas corroboram para a implementação de um constitucionalismo dialógico, fomentando também a democracia deliberativa: o estado de coisas inconstitucional e as audiências públicas em ações constitucionais. O estado de coisas inconstitucionais trata-se de um produto jurisprudencial desenvolvido pela Corte Constitucional Colombiana, a partir da sentença do Processo T-153 (relacionado a massiva violação de direitos humanos no sistema carcerário da Colômbia). O estado de coisas inconstitucionais, assim, significa o reconhecimento de um quadro institucional de violação massiva e generalizada de direitos e/ou garantias fundamentais, calcada a partir de ações e omissões inconstitucionais de diversos órgãos públicos, geralmente envolvendo os três Poderes (RODRÍGUEZ-GARAVITO, 2011, p. 1670-1672).

A ocorrência de quadros assim decorre principalmente de um problema estrutural envolvendo a efetivação de políticas públicas adequadas, resultando na vulneração de direitos fundamentais (CHAGAS, 2016, p. 57). Como a situação é complexa e exige a atuação de diversos atores institucionais, inclusive conhecimentos técnicos e aplicações orçamentárias, seria inviável à própria jurisdição lidar com a situação, razão pela qual o “estado de coisas” é declarado inconstitucional, com determinação de medidas a serem tomadas pelos Poderes, inclusive o Judiciário.²³ Além disso, as audiências públicas e os *amici curiae* são

²³ Campos (2015) argumenta como a doutrina do estado de coisas inconstitucional tem sido uma “evolução” melhorada e dialógica da inconstitucionalidade por omissão, visto que, além de declarar a inconstitucionalidade omissiva da mora parlamentar, também determina medidas para que se supere a situação estrutural que gera a omissão, ao contrário de apenas aguardar uma postura dos outros Poderes, que muitas vezes permanecem inertes mesmos após o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão.

igualmente medidas para fortalecer os diálogos, já que viabilizam a abertura da jurisdição constitucional à sociedade civil.²⁴

Bickel (1986, p. 111-198)²⁵, o mesmo jurista que desenvolveu as bases da dificuldade contramajoritária, foi também quem defendeu as “virtudes passivas” (*passive virtues*) das Cortes. Como lição inicial, pondera que o processo político, na prática, não faz uso apenas de teorias ou ideologias, mas majoritariamente da prudência, como “acomodação” entre os princípios morais e sociais e as complexidades da realidade (BICKEL, 1975, p. 25-84). Quando tais debates chegam à jurisdição, a atenção se multiplica. Por isso, profere que em certos casos os Tribunais deveriam adotar posturas relacionadas às *passive virtues*, compreendidas como técnicas de não adjudicação (BICKEL, 1975, p. 84).

As virtudes passivas relacionam-se com a habilidade de “*practical wisdom*” das Cortes, que seria identificar, com as lentes da prudência, os “aspectos externos” de seu trabalho (KRONMAN, 1985, p. 1584). Exemplos de virtudes passivas são o “*stays in hand*” (BICKEL, 1986), o “*second look*” (CALABRESI, 1991) e “*one case at time*” (SUNSTEIN, 1999). É possível também listar outros institutos, trabalhados especialmente no contexto norte-americano, enquanto posturas autocontidas por critérios processuais de virtudes passivas, como “*ripeness*”, “*mootness*” e “*standing*”, todos guardando relação com a “doutrina da justiciabilidade” (*justiciability*), isto é, doutrina de acesso à Suprema Corte americana (GROSTEIN, 2020, p. 192).

O “*stays in hand*” significa a Corte “segurar” o julgamento de uma ação para evitar “abalos” severos tanto da opinião pública direta (população) quanto indireta (majoritarismo parlamentar). Mesmo que legítimo o pronunciamento judicial, poderia a Corte adiar sua ocorrência. Essa concepção embasa-se numa opção política do Tribunal, de *political accountability*, em que mediria o momento correto da tomada de decisão. Trata-se de um *self-restraint* provisório e condicionado ao melhor instante social e político da manifestação judicial. Essa atitude permitiria ao Tribunal explorar o “*marvelous mystery of time*”, já que, ao ter mais tempo, seria possível amadurecer o debate, tornando o ato decisório “prudente” – peça central da filosofia jurídica de Bickel (1986, p. 26 e 70).

Outrossim, a virtude do “*second look*” envolve a jurisdição constitucional “decidir pelo envio da questão à análise do Parlamento, de modo que também é *não decidir* determinada questão constitucional”, geralmente em casos em que a causa não está madura para ser decidida, porque falta ser amadurecida pela deliberação popular e parlamentar (MARINONI, 2023, p. 53). Todavia, diferente do *stays in hand*, aqui a jurisdição declara, provisoriamente, a inconstitucionalidade, não se eximindo de decidir, mas sem aprofundamento de discussões envolvendo

²⁴ Para aprofundar o estudo de como as audiências públicas e *amici curiae* fortalecem a cultura de abertura interpretativa da Constituição a demais atores sociais, ver Leal e Maas (2014).

²⁵ Não obstante abordar esses conceitos na obra *The Least Dangerous Branch*, antes disso mesmo, em *paper* intitulado “*The passive virtues*”, Bickel já havia discutido a temática, que ganhou forte reconhecimento no contexto americano (GUNTHER, 1964, p. 1-10).

princípios ou direitos constitucionais, justamente para deixar “aberto” o caminho para o legislador deliberar sob um “segundo olhar” a matéria, propiciando que ele mesmo reformule legislativamente a questão apontada como inconstitucional (MARINONI, 2023, p. 54). Assim, por meio dessa virtude passiva, o legislador continuaria com a *last word* (CALABRESI, 1991, p. 105). Exemplos dessa virtude são as legislações antigas – que, no caso brasileiro, agrava-se com a possível não recepção diante da Constituição de 1988 –, em que um *second look* do legislador poderia reformar eventual inconstitucionalidade, sem “traumas” institucionais a partir de uma decisão da jurisdição constitucional.

De outra monta, Sunstein (1999, p. 10) defende uma postura constantemente “minimalista” dos julgadores, com comportamentos modestos, restringindo o pronunciamento judicial ao mínimo necessário para o julgamento dos casos postos em juízo. Nesse plano, os julgadores não seriam “ambiciosos” e fugiriam de questões controvertidas sem necessidade para o deslinde do processo, decidindo “cada caso por vez” (*one case at time*), sem intenção de estabelecerem regras amplas para o julgamento de demandas (SUNSTEIN, 1999, p. 10).

Essa postura judicial envolve aspectos procedimentais (recomendações formais aos juízes no sentido de evitar a utilização de argumentos filosóficos controversos na fundamentação do veredito) e substanciais (estabelecimento das “pré-condições para o bom funcionamento de uma democracia constitucional”) (SUNSTEIN, 1999, p. IX). Além disso, na face procedimental, a terminologia “formal” busca significar que os juízes não ficam com uma visão da política, moral ou filosofia pré-estabelecidas, já que podem partir de diferentes inclinações, buscando-se ficarem afastados dos altos níveis de abstrações que os argumentos podem significar; por outro lado, o viés substancial da teoria almeja constituir uma “moralidade interna da democracia [com] igualdade política, participação, deliberação racional e responsabilidade política”, ou seja, uma responsabilidade em dar voz às múltiplas ideias que circulam na sociedade (SUNSTEIN, 1999, p. IX-XI, tradução nossa).

Se por um lado o minimalismo busca criar um ambiente de restrição judicial (face procedimental), com uso de argumentações modestas e não ambiciosas, enfrentando os casos com a mínima necessidade argumentativa que envolvem, lado outro, objetiva promover uma deliberação democrática (face substancial), por assim dizer, entre jurisdição e os demais Poderes, com ênfase em fomentar a responsabilidade das instituições políticas. Outrossim, ao reduzir o pronunciamento judicial à mínima necessidade para a resolução do caso, evitar-se-iam repercussões de ordem social, econômica ou moral, que inclusive seriam despropositadas a lide em concreto. A crítica de Sunstein (2006, p. 2) sobrevoa a questão dos desacordos morais, por exemplo, questionando se é necessário solucionar dilemas (políticos, morais ou filosóficos) controversos para a resolução do caso concreto. Sempre que isso for desnecessário, não teria o porquê de haver pronunciamento judicial a respeito, até em razão das motivações poderem ser diferentes entre os juízes, mas com iguais resultados. Quando se transfere essa

lógica a um colegiado de julgadores, a teoria ganha maior praticidade – dado que, independentemente das premissas (campo onde possa haver maior divergência), todos chegariam no mesmo veredito (SUNSTEIN, 1998, p. 268).

Em suma, uma atuação “minimalista”, por meio do julgamento de “cada caso por vez”, fomentaria a convergência interna da jurisdição, além de nutrir a sua legitimidade democrática (SUNSTEIN, 1998, p. 268). Ou seja, as faces procedimentais e substanciais da teoria em pauta se (auto)complementariam. Neste caso, a virtude passiva está essencialmente na técnica dos julgamentos. O objetivo da jurisdição em não se alongar no seu pronunciamento reside em deixar aberto ao julgador e a sociedade os temas controversos. Exemplo disso envolve a jurisdição não se pronunciar diante da possível (in)constitucionalidade material de uma legislação, acaso já constatada sua inconstitucionalidade formal.

Outrossim, com relação a doutrina da justiciabilidade (*justiciability*), antes anunciada, exsurtem os institutos da “*ripeness*”, “*mootness*” e “*standing*”. A *Ripeness* (ou doutrina da causa prematura) significa a Suprema Corte não julgar uma causa prematura, pronunciando-se sobre um tema jurídico que, naquele momento que chegou à Corte, seria ainda abstrato, isto é, sem necessariamente um litígio concreto, seja porque eventos futuros podem influenciar o caso, seja em virtude da ausência de maturidade para o julgamento da questão (TRIBE, 2000, p. 334). Em suma, o argumento da *ripeness* representa uma questão de *timing* certo para julgamento de determinada demanda, autocontendo-se a Corte por ausência de maturidade da questão (GROSTEIN, 2020, p. 193).

A *mootness* (ou doutrina da causa prejudicada) também possui relação com o tempo do julgamento, porém, em sentido contrário da preocupação da *ripeness*, visto que, aqui, o objetivo é evitar uma demanda com controvérsia do passado, que não mais tem influência no presente (GROSTEIN, 2020, p. 195). Dessa forma, se a *ripeness* afasta demanda prematuras, a *mootness* afasta processos prejudicados, sem discussão atual, como forma de apenas a Suprema Corte se manifestar a respeito de temas vivos e atuais ao tempo do julgamento, porque, senão, novamente poderia se pronunciar sobre questões abstratas, já que ausente controvérsia concreta atual (TRIBE, 2000, p. 345).

O *standing* se trata do requisito de suficiente interesse (*personal interest*) do litigante na controvérsia posta para debate judicial desde o início da ação, com o propósito, de novo, de evitar um pronunciamento judicial abstrato (GROSTEIN, 2020, p. 200). Portanto, o objetivo da doutrina do *standing* é observar se existe uma controvérsia real e substancial no interesse de alguma das partes para ser possível e necessária uma intervenção judicial (TRIBE, 2000, p. 313), de modo que a falta da demonstração desse interesse significa um óbice ao seguimento da demanda, não havendo pronunciamento sobre o mérito.

Além disso, ainda dentro desta dimensão dos critérios processuais, é possível citar os casos relacionados aos obstativos processuais do julgamento de mérito editados pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, trata-se de uma doutrina da

justiciabilidade (*justiciability*) à moda brasileira, fazendo um paralelo com os institutos enunciados pela Suprema Corte norte-americana (*ripeness*, *mootness* e *standing*).

Nesse sentido, a pesquisa de Grostein (2020, p. 204-230) é exemplar ao listar os seguintes critérios instituídos pelo próprio STF: (a) exigência de pertinência temática para aferição da legitimidade à propositura de ações de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade: o STF estabeleceu que algumas entidades arroladas no artigo 103 da Constituição Federal (Mesas de Assembleia Legislativa, Governadores de Estado/UF e confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional), deveriam demonstrar sua pertinência temática com o julgamento da questão, como requisito para visualizar sua legitimidade processual, criando, assim, uma categoria de legitimados especiais/interessados, diferente da categoria original de legitimados universais/neutros; (b) prequestionamento como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário: o STF editou em 1963 a Súmula 282, estabelecendo como requisito do recurso extraordinário a ventilação da questão federal suscitada na decisão recorrida; (c) vedação da rediscussão de matéria fática e de provas no recurso extraordinário: como forma de apartar o recurso extraordinário, com características de cunho “político-constitucional”, de demais impugnações em geral de decisões judiciais, o STF editou na década de 1960 as Súmulas 279 e 454, como forma de evitar a análise de questões fáticas ou mesmo a rediscussão de provas no recurso extraordinário, limitando tais exames apenas ao âmbito de instâncias judiciais infraconstitucionais; e (d) necessidade de controvérsia judicial relevante como requisito da ação declaratória de constitucionalidade (ADC): ao analisar as primeiras ADCs ajuizadas, a partir do permissivo da Emenda Constitucional n. 3 de 1993, o STF estabeleceu como requisito de seu ajuizamento, a demonstração da existência de uma controvérsia judicial relevante referente ao ato normativo objeto da ADC, a fim de evitar se pronunciar de forma preventiva ou até consultiva.

Cabe salientar que os critérios processuais obstativos do julgamento de mérito representam medidas procedimentais instituídas livremente pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para evitar, processualmente, o prosseguimento de uma ação originária ou recurso extraordinário. Neste caso, conforme revela Grostein (2020, p. 230), o seu uso ocorre de maneira “velada” pelo STF ao não nomear tais critérios obstativos como autênticas medidas autocontidas da Corte, isto é, uma “autocontenção” não declarada e, especialmente, instrumentalizada enquanto uma “estratégia deliberada” da Corte (LIMA; GOMES NETO, 2018, p. 244).

Por fim, é possível, ainda, traçar comparativos de semelhança entre os institutos brasileiros e norte-americanos de doutrina de justiciabilidade. Por exemplo: o requisito de prequestionamento do recurso extraordinário guarda relação com a *ripeness*, porque visa a afastar o exame prematuro de mérito do recurso sem antes ter passado por instâncias originárias no controle difuso (GROSTEIN, 2020, p. 245).

Ademais, o requisito de existência de disputas judiciais pretéritas ou em andamento como requisito da ADC possui relação com a *ripeness* e com a *mootness*, porque estabelece a necessidade de uma controvérsia concreta acerca do ato impugnado, a fim de evitar o STF atuar como órgão de consulta prévia (GROSTEIN, 2020, p. 246). Por fim, o requisito de pertinência temática dos legitimados especiais para a proposição de ações de controle abstrato remete a noção da *standing*, porque se exige necessariamente a comprovação do interesse de agir do autor no ato normativo impugnado (GROSTEIN, 2020, p. 246).

5. CONCLUSÃO

As abordagens acerca da “autocontenção judicial” por vezes divergem e convergem, não representando em sua individualidade concepções equivocadas, dado que não se trata de um fenômeno com conceituação única e exclusiva. Melhor cenário, assim, seria abordá-lo como posturas judiciais autocontidas. Dessa forma, este trabalho buscou investigar, de forma sistematizada e organizada, a ordem de ideias que representa as principais dimensões, argumentos e fatores (endógenos e exógenos) de tais posturas. A conclusão foram três dimensões gerais.

Autenticamente, a “autocontenção” judicial significa uma atuação jurisdicional reduzida ou restrita, por razões que são fruto de fatores endógenos da própria jurisdição, isto é, constituídos de maneira autônoma no interior da jurisdição. Isso significa dizer que há dois grandes fatores que revestem as posturas autocontidas. Com base em Julio Grostein, diferenciaram-se as tipologias de (1) “autocontenção” exógena-impositiva, cuja limitação judicial advém do ordenamento jurídico positivado e (2) “autocontenção” endógena-autônoma, cuja restrição judicial advém de sua escolha.

Nesse sentido, a fim de averiguar as motivações para cada uma dessas tipologias, propôs-se a sua divisão em três grandes dimensões: (1) liberdade de conformação do administrador ou legislador; (2) capacidades institucionais da jurisdição; e (3) critérios processuais da jurisdição. Para cada dimensão, há uma série de argumentos específicos que lhe motivam a postura autocontida, conforme delineado ao longo do trabalho. E, ainda, apenas na terceira dimensão ocorre uma postura autocontida por fatores endógeno-autônomos da jurisdição. Nas primeira e segunda dimensões, incidem fatores exógeno-impositivos.

Nota-se que os argumentos próprios de cada dimensão podem se relacionar com as demais, de modo que na prática jurisdicional os conceitos podem se interrelacionar em uma mesma decisão. O objetivo desta pesquisa em dividir as posturas autocontidas em três dimensões possui um caráter mais conceitual, a partir das particularidades de cada uma, do que obrigatoriamente uma natureza eliminatória. Por isso, inclusive, que a abordagem de diversos autores, ainda que a partir de conceituações diferentes, convergem entre si.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores: São Paulo, 2015.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando Angelo Ribeiro. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 38, p. 6-50, jan./jun. 2011. Disponível em: http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/01_Arguelhes_Leal.pdf. Acesso em: 19 mar. 2023.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 059-085, 2012. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/23970>. Acesso em: 14 abr. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. *Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *[Syn]Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 21 out. 2023.

BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New York: Yale University Press, 1986.

BICKEL, Alexander M. *The Morality of Consent*. New Haven: Yale University Press, 1975.

BITENCOURT, Caroline Müller. *Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2013.

CALABRESI, Guido. Antidiscrimination and constitutional accountability: (what the Bork-Brennan debate ignores). *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 105, n. 1, p. 80-151, nov. 1991.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da inconstitucionalidade por omissão ao*

“Estado de coisas inconstitucional”. 2015. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

CHAGAS, Carolina Alves das. *O supremo, uma ilha: o impacto das virtudes ativas e passivas do STF na democracia deliberativa brasileira*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016.

CLÉVE, Clémerson Merlin. Proscrição da propaganda comercial do tabaco nos meios de comunicação de massa, regime constitucional da liberdade de conformação legislativa e limites da atividade normativa de restrição a direitos fundamentais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 845, p. 1-45, mar. 2006.

DA ROS, Luciano; BOGÉA, Daniel. Contenção judicial: mapa conceitual e pedidos de Impeachment de Ministros do Supremo Tribunal Federal. *Política & Sociedade*, Florianópolis, v. 21, n. 52, p. 184-225, 2022. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/93865>. Acesso em: 14 abr. 2024.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3ª. ed. Atlas: São Paulo, 2012.

897

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e Autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: PAULA, Daniel Giotti de; FELLETT, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 459-473.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya; MARTINS, Leonardo. Ativismo versus decisionismo e autocontenção versus passivismo judiciais no Brasil. In: BAZÁN, Víctor; FUCHS, Marie-Christine (Orgs.). *Diez años de jurisprudencia constitucional en América Latina*. Konrad-Adenauer-Stiftung: Berlín, 2021. p. 77-99. Disponível em: <https://www.kas.de/documents/271408/16552318/DIEZ+A%C3%91OS+DE+JURISPRUDENCIA+CONSTITUCIONAL+EN+AM%C3%89RICA+LATINA.pdf/fecbb8df-cddc-433e-9ca5-57b8f2f8f897?t=1643312973544>. Acesso em: 20 mar. 2023.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; MOREIRA, Bianca Medran. Margem de apreciação e deferência da Jurisdição Constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 24, n. 47. 2021, p. 380- 395. Disponível em:

<http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/24399>. Acesso em: 15 maio 2023.

GROSTEIN, Julio. *Autocontenção judicial e jurisdição constitucional*. 2020. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-23032021-002848/pt-br.php>. Acesso em: 03 mar. 2023.

GUNTHER, Gerald. The Subtle Vices of the “Passive Virtues” – A Comment on Principle and Expediency in Judicial Review. *Columbia Law Review*, Columbia, v. 64, n. 1, p. 1-25, jan. 1964. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1120493>. Acesso em: 19 mar. 2023.

HACHEM, Daniel Wunder. A discricionariedade administrativa entre as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais sociais. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 10, n. 35, p. 313-343, jul./dez. 2016.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

KRONMAN, Anthony T. Alexander Bickel's Philosophy of Prudence. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 94, n. 7, p. 1567-1616, jun. 1985. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/796212>. Acesso em 28 fev. 2022.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. *O Amicus Curiae e o Supremo Tribunal Federal: fundamentos teóricos e análises críticas*. Curitiba: Multideia, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. Desacordos morais razoáveis e controle de constitucionalidade. *Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília*, [S. l.], v. 7, n. 1, p. 25–61, 2023. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/48238>. Acesso em: 2 nov. 2023.

MARTINEZ ESTAY, José Ignacio. Auto-restricción, deferencia y margen de apreciación: breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo. *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 12, n. 1, p. 365-396, 2014. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002014000100009&lng=es&nrm=iso. Acesso em 01 mar. 2023.

MEDEIROS, Isaac Kofi. *Ativismo judicial e princípio da deferência à administração pública*. 2020. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2020.

MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

MORAES, Maria Valentina de; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Margem de apreciação nacional e diálogo institucional na perspectiva do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

O'BRIEN, David M. *Judges on Judging: views from the Bench*. 5. ed. Washington: SAGE CQ Press, 2016.

OLIVEIRA, Fábio Gondinho de. *(Não) Levando a sério a autocontenção judicial como limite à jurisdição constitucional*. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2020.

PONTES, Juliana de Brito; GOMES NETO, José Mário; TEIXEIRA, João Paulo Fernandes de Souza Allain. Autocontenção no Judiciário Brasileiro: uma análise das relações estratégicas entre os Poderes constituídos do Estado. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 15, n. 20, p. 138-159, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/1339>. Acesso em: 28 out. 2023.

POSNER, Richard A. *Reflections on Judging*. Cambridge and Massachusetts: Harvard University Press, 2013.

POSNER, Richard A. The Meaning of Judicial Self-Restraint. *Indiana Law Journal*, Bloomington, v. 59, n. 1, p. 1-24, 1983. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol59/iss1/1/>. Acesso em: 05 out. 2023.

ROCHE, John P. Judicial Self-Restraint. *The American Political Science Review*, [s./l.], v. 49, n. 3, p. 762-772, set. 1955. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1951437>. Acesso em: 28 out. 2023.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the Courtroom: the Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America. *Texas Law Review*, Texas, v. 89, p. 1669-1698, nov/2011. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27171.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2024.

SACRAMENTO, Bruno. Desacordos razoáveis e discricionariedade legislativa: Um estudo a partir da teoria principialista dos direitos fundamentais. *e-Pública*, [s./l.], v. 5, n. 1, p. 242-275, jan. 2018. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3359095. Acesso em: 01 nov. 2023.

SAINT-EXUPÉRY, Antoine de. *O Pequeno Príncipe*. São Paulo: Círculo do Livro, 1989.

SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation: federal courts and the law*. Princeton: Princeton University Press, 1997.

SCALIA, Antonin. Judicial deference to administrative interpretations of law. *Duke Law Journal*, Durham, v. 1989, n. 3, p. 511-521, 1989.

SUNSTEIN, Cass. Chevron step zero. *Virginia Law Review*, Virginia, v. 92, n. 2, p. 187-201, 2006. Disponível em: <https://www.virginialawreview.org/articles/chevron-step-zero/>. Acesso em: 10 jan. 2023.

SUNSTEIN, Cass. Law and administration after Chevron. *Columbia Law Review*, New York, v. 90, n. 8, p. 2071-2120, 1990. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12341&context=journal_articles. Acesso em: 10 jan. 2023.

SUNSTEIN, Cass. *Legal Reasoning and Political Conflict*. New York: Oxford University Press, 1996.

SUNSTEIN, Cass. *One Case at a Time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.



SUNSTEIN, Cass. Practical Reason and Incompletely Theorized Agreements. *Current Legal Problems*, London, v. 51, n. 1, p. 267-298, 1998.

SUNSTEIN, Cass; VERMULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, Chicago, v. 156, n. 2, p. 1-55, 2002. Disponível em:
https://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/280/. Acesso em: 10 jan. 2023.

THAYER, James B. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 7, n. 3, p. 129-156, 1893. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/pdf/1322284.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2024.

TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. 3. ed. New York: New York Foundation Press, 2000.