



**DIFICULDADES CONTRAMAJORITÁRIAS: CRITÉRIOS LEGITIMADORES DA
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

***COUNTERMAJORITY DIFFICULTIES: LEGITIMATING CRITERIA OF
CONSTITUTIONAL JURISDICTION***

Kátia Salomão¹

Douglas Maranhão Marques²

¹ Professora de Filosofia e Hermenêutica da UNIVEL — União Educacional de Cascavel-PR.
Mestre em filosofia, na área de ética e política, pela UNESP-SP.

² Graduando do curso de Direito da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel – UNIVEL- PR,
bolsista integral pelo Programa Universidade para Todos (PROUNI). Escritor.



RESUMO

O presente artigo tem por escopo analisar a questão da legitimidade jurisdicional das Cortes Constitucionais, apelando principalmente para a pesquisa bibliográfica, de modo que sejam estipulados os fundamentos e aplicabilidade da legitimidade de tais instituições. Tal indagação é levada a cabo pela composição sem qualquer forma de eleição direta das aludidas Cortes, o que tem feito exsurgir o debate quanto à legitimidade de tais instâncias judiciais para a tomada de decisões que contrariem diretamente a vontade da maioria, ou que retirem, em sede de controle de constitucionalidade concentrado, a eficácia de leis aprovadas pela maioria dos representantes eleitos pela população. Assim, caracteriza-se a função primária da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito, além da definição e das concepções hodiernas de legitimidade, de modo que fique caracterizada a tensão entre ambas dentro das Dificuldades Contramajoritárias.

PALAVRAS-CHAVE: Dificuldades Contramajoritárias. Jurisdição Constitucional. Legitimidade. Teoria Constitucional.

ABSTRACT

The current article aims to analyze the question of jurisdictional legitimacy of Constitutional Courts, appealing mainly for bibliographic research, such are stipulated the foundations and applicability of those institution's legitimacy. Such inquiry is taken by the composition without any kind of direct elections in those Courts, what is rising the debate about the legitimacy of these judicial instances for the decision-making that contraries directly the majority will, or that withdraw, in place of concentrated control of constitutionality, the effectiveness of statues passed by the majority of elected representatives. This way, this work characterizes the primary function of constitutional jurisdiction in Democratic State, in



addition to the definition and nowadays conceptions of legitimacy, so that is characterized the tension between both inside the Countermajoritarian Difficulties.

KEYWORDS: Countermajoritarian Difficulties. Constitutional Jurisdiction. Legitimacy. Constitutional Theory.

1 INTRODUÇÃO

O cenário jurídico brasileiro vem sendo turbulento desde o segundo semestre de 2012. E tal data não emerge coincidentemente; foi em agosto do referido ano que se iniciou o julgamento do *Mensalão*, até então o maior caso de corrupção política de nosso país. Inúmeras discussões vêm sendo travadas desde então quanto ao posicionamento dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) face aos interesses de toda uma nação, sendo que desta data em diante o Pretório Excelso vem julgando, além dos recursos cabíveis na Ação Penal 470, outras causas de grande aporte, como o aborto de fetos anencefálicos e a união estável homoafetiva.³

A bandeira que tem se levantado – principalmente por parte da imprensa – é quanto à legitimidade dos ministros da Corte para a tomada de decisões que contrariem diametralmente a vontade da maioria. Isto se deve à estrutura de indicação dos ministros para a composição do Supremo, a qual tão logo se reveste de caracteres completamente diferentes dos a que está acostumado o eleitorado brasileiro. Desde então, dois outros ministros adentraram o Tribunal, de modo que as discussões só se fazem aquecer com o advento de novos desdobramentos jurídicos do caso.

No Direito norte-americano, berço desta discussão, este é um processo que vem sendo discutido desde o incidente de *Marbury versus Madison*, no longínquo ano de 1803, quando, pela primeira vez, através de um jogo textual de ditames constitucionais, a Suprema

³ Número que os autos do Mensalão receberam no cartório distribuidor do STF.



Corte dos Estados Unidos declarou inconstitucional um ato normativo passado pelo Legislativo. Do século XIX até os dias atuais, muito já foi escrito sobre o tema, e emergiu no Direito mundial a própria pirâmide normativa de Hans Kelsen, que alterou profundamente a questão do controle de constitucionalidade concentrado.

É neste contexto acidentado de dialética entre a vontade da maioria (e/ou de seus representantes) *versus* a atuação das Cortes Constitucionais como um todo que o presente estudo surge como tentativa inicial de caracterização de papéis e se propõe a uma discussão jusfilosófica que transborde o campo do Direito, da Democracia e da Jurisdição Constitucional.

2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A complexidade da questão jurisdicional desborda para além de conceitos meramente definidores. Mais do que mera indumentária democrática para pleno funcionamento de qualquer sistema governamental que se estabeleça na modalidade republicana, a jurisdição traz em seu bojo uma série de nuances processuais e filosóficas.

Não é leviana, assim, a afirmação de que, “se a jurisdição é manifestação do poder do Estado, é evidente que ela terá diferentes objetivos, conforme seja o tipo de Estado e sua finalidade essencial” (MARINONI; ARENHART, 2006, p. 37). A dificuldade de caracterização da jurisdição enquanto instituição estatal autônoma subsume, desta forma, os diferentes processos axiológicos a que se vincula o Estado portador da referido imbróglio processual.

O que se denota – partindo de uma premissa estatal de um ente revestido de instrumentos democráticos e que coadune com as mais humanitárias formas de constitucionalismo – é a busca por uma jurisdição que reflita os valores de respeito a toda forma de individualidade humana e que traga consigo a noção inafastável de uma



indumentária soberana e legítima em si mesma, consoante seu papel de distribuidora de axiomas e de Justiça *de per se* (MARINONI, 2006).⁴

Se o Estado brasileiro está obrigado, segundo a própria Constituição Federal, a construir uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, e ainda a promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3.º da CF), os fins da jurisdição devem refletir essas ideias (MARINONI; ARENHART, 2006, p. 37).

O conceito de jurisdição – mais especificamente da própria jurisdição *constitucional*, conforme se verá linhas abaixo – também tem de ser visto com a ressalva de que “confiar na jurisdição constitucional como panaceia para os problemas nacionais é esperança vã” (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012, p. 160), em que pese o crescente papel desempenhado pelo Poder Judiciário na seara constitucional mundo afora.⁵

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha – o *Bundesverfassungsgericht* (*BVerfG*) – exarou, em 1952, decisório que se tornou marco judicial e histórico quando da definição e inter-relação da jurisdição constitucional:

[...] a jurisdição constitucional diferencia-se de outras formas de jurisdição (v.g. da jurisdição civil, penal e administrativa), fundamentalmente, pelo fato de ocupar-se de uma controvérsia jurídica peculiar, que é a controvérsia jurídica de caráter político. Entende-se por controvérsia jurídica de caráter político aquela na qual se discute o direito político e o *Político* (*das Politische*) em si mesmo é objeto do pronunciamento jurisdicional com base nas normas exigentes (BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, 1952 *apud* KIMMINICH, 2011, p. 1041, grifo do autor).

De maneira complementar, cita Barroso (2011 *apud* MORAIS, 2012, p. 163):

[...] a jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de

⁴ Sobre a condição de respeito à individualidade conferir legitimidade à própria atuação jurisdicional. v. *infra*.

⁵ Tal afirmação vem ao encontro do desempenho do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento de algumas ações em sede de controle de constitucionalidade e até mesmo em competência recursal, além da Suprema Corte norte-americana quando do recente julgamento quanto ao casamento homoafetivo, que logrou imenso apoio populacional.



constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.

Inobstante, risco que se corre quando da excessiva atuação jurisdicional na esfera constitucional é a criação de um fundo de reserva em que se apoia o Legislativo para uma atuação menos consciente. Bickel (1986) previu tal defasagem da tripartição dos poderes quando da análise do fato de que o Legislativo passa a escamotear a defesa de direitos fundamentais, deixando de se fundar do próprio processo de racionalidade e discursividade para simplesmente confiar no trabalho do Judiciário.

Não subsiste razão para a construção terminológica do conceito de jurisdição dentro da análise hodierna do termo. Ferreira (2011) estabelece com maestria o fato de a jurisdição ter se tornado um processo em si mesma, inafastável a constante mutação e reinvenção do ato de dizer o direito.

Como bem aduz Marinoni (2006), da crítica ao legalismo de Chiovenda ao processo de incorporação do neoconstitucionalismo, a instrumentalidade jurisdicional reflete claramente a estrutura comparada dos mecanismos legais entre os países criadores das bases jurisdicionais, marcadamente de origem alemã – quando do *civil law* – e estadunidense – na seara do *common law*.

Mendes (2014) não vislumbra hipótese de desconexão entre o modelo brasileiro e germânico de jurisdição constitucional. Em magistral trabalho, o ministro passa a expor a influência do *BVerfG* sobre o Supremo Tribunal Federal, cuidando de ressaltar as dissidências quanto à atuação e estrutura constitucional originária, merecendo a equiparação da jurisdição constitucional aplicada – não apenas na relação Brasil-Alemanha, mas dos Supremos Tribunais como um todo.

a. Jurisdição Constitucional e Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito é, nos ditames de Hayek (1971 *apud* KIMMINICH, 2011), o ideal ao movimento liberal que começou a tomar lugar no início do século XIX. A



liberalidade proporcionada por um regime governamental que deposita em seus indivíduos a possibilidade de condução do futuro nacional, enquanto remanescem desvinculados politicamente, é uma das características que permitem, *exempli gratia*, o livre desenvolvimento econômico, social e institucional.

A doutrina alemã clássica define o Estado de Direito como tendo “[...] por finalidade a subordinação de toda atividade estatal às normas jurídicas e à ideia de justiça” (KÜCHENHOFF, 1967 *apud* KIMMINICH, 2011, p. 1030), sendo que a própria atuação do *BVerfG* é predominantemente voltada à desconstrução da ideia formal de Estado de Direito.

Teóricos da primeira metade do século XIX passaram a assentar o entendimento de que a compreensão de um Estado influenciado pela concepção material de si quanto ao Direito que lhe é intrínseco daria azo o fato de “[...] que a ideia de Estado de Direito não residia na simples vinculação formal das atividades do Estado à letra da lei, assentando-se também numa concepção material de justiça” (KIMMINICH, 2011, p. 1031).

Kimminich (2011) prossegue partindo para um discurso cingido pela instrumentalidade jurídica, sendo que o conceito material de justiça aludido traduz-se no princípio da constitucionalidade das leis, ante a necessidade de adequação dos estatutos ao sentido substancial da Constituição. Além de inafastável influência kelseniana, tal pressuposto ensejaria a efetiva criação e estabelecimento do Estado de Direito (*Rechtsstaat*), e não apenas de um Estado de legalidade (*Gesetzesaat*), onde, como visto, o ente estatal ficaria reduzido a mero silogismo formal, inócuo quanto à significância democrática.

A relação existente entre a pretensão pela incorporação do sentido material de democracia e a jurisdição constitucional é expressa com maestria por Morais (2012, p. 163):

A harmonização do tênue equilíbrio constitucional entre a representatividade majoritária ocasional da sociedade e o consenso democrático específico de maior grau qualitativo decorrente da Constituição é atribuída ao controle de constitucionalidade, especialmente à jurisdição constitucional, como uma decorrência natural do caráter jurídico-vinculante das Constituições Contemporâneas, em que estas se caracterizam como um conjunto de normas de maior hierarquia formal e de maior densidade político-jurídica, que, caso não observadas espontaneamente, deve ser imposto mediante coercibilidade pelos órgãos



constitucionais responsáveis pelo controle de constitucionalidade, especialmente pelos juízes constitucionais.

Salta aos olhos a relação conturbada que passa a existir entre a jurisdição constitucional e a democracia quanto à primeira funcionando como indumentária institucional para o preenchimento substancial da segunda num Estado de Direito. Desta feita, preliminarmente à análise efetiva do imbróglio aludido, Fellet (2012) traz com absoluta propriedade o fato de os períodos pós-ditatoriais serem invariavelmente marcados pelo fortalecimento institucional das Cortes Constitucionais, como o próprio caso alemão e italiano.⁶⁷

Quanto ao período aludido, ainda expõe Fellet (2012, p. 20):

[...] percebida a existência de liames entre a democracia política e os direitos fundamentais, cuidou-se de vincular o conteúdo da vontade das maiorias, de forma que não mais ocorresse a absolutização dessa vontade – expediente empregado pelos líderes autoritários para a supressão da democracia por meio do uso de métodos democráticos.

Exsurge da observação comparativa do desempenho jurisdicional constitucional, nas nações europeias, o fator decisivo para a compreensão do próprio alcance das diretrizes funcionais da referida jurisdição: a proteção da democracia quanto ao potencial devastador que ela mesma carrega em seu seio. Desta forma, a Constituição – e a própria jurisdição incumbida de sua guarda – funciona como “um tipo especial de instituição, na medida em que é uma meta-instituição [...]” (LANE, 1996 *apud* PEREIRA, 2012, p. 71), abarcando o próprio processo de criação, interpretação e delimitação das outras instituições componentes do jogo democrático.

A questão do funcionamento jurisdicional constitucional dentro do Estado de Direito – marcadamente pós-moderno, frise-se – é cingida pela delimitação substancial do processo democrático e a condução norteadora de sua própria evolução, de modo que a aludida

⁶ O atual modelo e implementação do *BVerfG* data de 1951.

⁷ A implementação da Corte Constitucional italiana data de 1956.



jurisdição é responsável pela meta-estruturação democrática e governamental, interpretando e imbuindo responsabilidades dentro do texto constitucional, que na acertada visão de Comella (1997), é naturalmente repleto de indeterminações justamente para ensejar a constante atualização interpretativa democrática.

3 LEGITIMIDADE: CONCEITOS E PARADOXOS

A questão da legitimidade dentro de formas governamentais democráticas desborda para a filosofia clássica, passando irremediavelmente na pertinente indagação do próprio conceito de tal legitimidade. Até na simples conceituação fornecida por Bickel (1986) da legitimidade como estabilidade governamental ao longo do tempo até as mais intrincadas teorias legitimadoras, o fato é que tal instituto possui inúmeros vetores consideráveis em seu processo de mensuração.

Inobstante, o princípio democrático é o norte discursivo de qualquer questionamento sobre o funcionamento da democracia *de per se*. Estabelecer um axioma capaz de conciliar todas as diferentes facetas de uma forma de governo consideravelmente complexa esbarra necessariamente nos diferentes pontos de vista filosóficos que buscam a convergência entre liberdades intersubjetivas e legitimidade normativa – ou jurisdicional, como no estudo em tela (COSTA, 2003).

Neste sentido, “[...] a função tradicional da democracia traduz-se na linguagem da *legitimação do poder*, ou seja, no fato de remeter a sua titularidade ao princípio da soberania popular” (PEREIRA, 2012, p. 76, grifo do autor). Desta forma, a compreensão da legitimidade é o que invariavelmente remete ao próprio princípio referido, ambos como mútuas pressuposições.

Da metafísica kantiana até a discussão racional intersubjetiva entre sujeitos de direito em Habermas, os critérios de legitimidade não só do Direito, mas da atuação jurisdicional, revestem-se da aplicabilidade por darem azo à obediência incontida em relação ao



normativamente sentenciado. Ao estabelecer um reducionismo teórico, estipulando a compreensão da legitimidade institucional pelo viés sociológico, Bassok (2013, p. 155, tradução nossa) versa que “o aspecto sociológico [...] de legitimidade lida com a confiança ou apoio duradouro que o público verdadeiramente dispensa [...] durante um período relativamente longo de tempo”.

O problema da legitimidade é uma das grandes bases da dificuldade contramajoritária, de modo que, se legítimo for o poder emanado, não subsiste razão para seu questionamento (COMELLA, 1997). A *vexata quaestio*, assim, não se limita à mera questão da conceituação de legitimidade e sua localização no plano democrático, mas também à sua aplicabilidade dentro da complexidade de vetores envoltos no jogo democrático e no procedimento estatal.

[...] o problema essencial que rege a justificação de toda ordem de domínio na modernidade traduz-se na necessidade de encontrar fundamentos racionais para a sujeição de seres livres e autônomos a padrões coercitivos de convivência. Exatamente por isso é que a democracia se afigura [*como*] o único método legitimador da ordem de domínio na atualidade que preenche todos [*os*] critérios de racionalidade: é o único que realiza de todo modo mais aproximado o princípio da autodeterminação dos constituintes, pilar de todo sistema político (PEREIRA, 2012, p. 86).

O que se percebe, inobstante, é a adoção do próprio critério de racionalidade para a definição dos instrumentos políticos e legitimadores debatidos. Há a hodierna noção de que se o instituto discutido é racionalmente estipulado, não subsistem maiores dificuldades para a implementação e continuidade do mesmo.

Também é esta a concepção de Habermas (2003) quanto à observância prática da legitimidade, sendo que somente um quadro geral que leve em consideração a formação da vontade na esfera pública, além das liberdades intersubjetivas e os respectivos direitos de participação para alteração de tais liberdades é que poderia ensejar a noção completa da legitimidade estatal.

4 DIFICULDADES CONTRAMAJORITÁRIAS



a. Conceito

A questão legitimadora democrática emerge como caractere fundante das mais acirradas discussões contemporâneas quanto ao exercício do poder governamental e o estabelecimento de seus limites. Prova disso é o fato de o tema da legitimidade jurisdicional das cortes Constitucionais ter se convertido em verdadeira obsessão da teoria política e constitucional nos Estados Unidos desde o final da década de 1960 (SOMIN, 2004).

Evitar a *Democracia dos Hipócritas*, no termo cunhado por Zagrebelsky (2010 *apud* FELLET, 2012) é o mote incentivador do conteúdo buscado pelos doutrinadores que averiguam a questão legitimadora do Poder Judiciário. Tal democracia, como bem traduz o próprio criador da expressão *dificuldade contramajoritária*, é conhecida pela “[...] maneira daqueles que utilizariam formas de democracia para fins autoritários.” (BICKEL, 1986, p. 27, tradução nossa).

Tal figura filosófica não é de difícil configuração nos atuais axiomas em que se vislumbra a atuação política, principalmente em nosso país. Com a crescente onda de que a legitimidade social deve repousar na mensuração da opinião pública, conforme explana Bassok (2013), é compreensível que grande parte da população menos informada – que, na esteira de Somin (2004), geralmente representa mais da metade do eleitorado de um país – correlacione o apoio popular generalizado com critérios de legitimação.

As Cortes Constitucionais – órgão específico do Poder Judiciário em que se cinge o presente estudo, em que pese os critérios de argumentação sejam aproveitados ao instituto como um todo – encontram-se num dilema legitimador desde os primeiros trabalhos quanto à vinculação de apoio popular e sua estabilidade institucional. Helmke (2010) é enfática quanto ao fato da legitimidade de tais cortes dar azo à sua própria estabilidade, sendo indissociáveis ambos os vetores.

Alexander Bickel (1986) foi o primeiro a cunhar um termo específico para tal crise de legitimidade das Cortes Constitucionais. Em *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, sem tradução para o português e publicado em 1962, o autor



lançou a teoria que edificaria toda a discussão doutrinária quanto aos critérios de autoridade da Suprema Corte estadunidense, e, por consequência, de todos os Tribunais Superiores do mundo.

A grande contribuição do norte-americano foi a criação da terminologia *dificuldades contramajoritárias* referente às idiossincrasias pertinentes aos decisórios daquele Tribunal permeando a esfera política. Cientistas políticos e constitucionalistas contemporâneos são unânimes ao afirmar que o que Bickel cunhou, na verdade, um axioma aplicável apenas ao controle concentrado de constitucionalidade (EULE, 1990 *apud* BASSOK, 2012).

Ao iniciar o estudo da dificuldade contramajoritária, previu Bickel (1986, p. 29, tradução nossa) que “a função legitimamente é inescapável”, asseverando com maestria que se desdobrar sobre tal dificuldade é esbarrar necessariamente na legitimação das Cortes responsáveis pela atuação contramajoritária.

Bickel (1986) traz à baila o fato de a Suprema Corte norte-americana retirar a eficácia de leis aprovadas regularmente pelo procedimento democrático, atuando como organismo contramajoritário pela sua composição sem cunho eleitoral. É esta a referida dificuldade. Tal atitude por parte do órgão judicial traz em seu bojo a discussão quanto aos critérios legitimadores da própria jurisdição constitucional, uma vez que esta precisa apelar a instrumentos de controle social – e demonstração de poder, em última instância, conforme aduz Bassok (2013) – para justificar a tomada de decisões que contrariem os anseios de uma maioria populacional, representada através de políticos ou de pesquisas de opinião pública.⁸⁹

Tentar estabelecer um conceito de dificuldade contramajoritária dentro do próprio ponto de vista bickeliano esbarra na interligação de diferentes vetores de legitimação e da

⁸ O direito norte-americano fala quanto à *invalidação*, e não quanto à retirada de *eficácia* de uma norma nos moldes kelsenianos, uma vez que, para o austríaco, tem-se que, caso uma lei seja declarada inconstitucional, ocorre a decretação de sua *ineficácia*, não invalidade, sendo esta uma peculiaridade do *civil law*, revelando-se escusável a diferença entre o plano normativo atingido pela referida decretação nos diferentes modelos jurídicos, conforme a peculiaridade do *common law* a ser levado a cabo no momento oportuno neste trabalho.

⁹ Bassok (2013) dedica um trabalho completo às pesquisas de opinião pública, funcionando como critério de legitimação da atuação das Cortes Constitucionais, de modo que tal viés teórico merece tópico apartado quando o corrente estudo destrinchar a legitimidade *per totum*.



própria teoria constitucional. Tal assertiva faz-se verdadeira, uma vez que o próprio Bickel (1986), apesar de lançar mão de diferentes exemplos de controle concentrado de constitucionalidade como definição da aludida dificuldade, acaba moldando um sentido *lato* de tal instituto, tendo a doutrina contemporânea já sido pacificada quanto à existência de dois tipos de dificuldade contramajoritária.

Bassok (2012) sintetiza tal bifurcação em trabalho específico, caracterizando as dificuldades contramajoritárias tradicional e literal. Conforme se verá em tópico específico, ambas lidam com diferentes formas de legitimidade e responsividade aos anseios de eventuais maiorias políticas e populacionais, sendo que apenas a forma tradicional é a que traduz o efetivamente proposto por Bickel.

Quanto à incapacidade de incorporação das duas formas de dificuldade quando da publicação de seu livro, Eule (1990 *apud* BASSOK, 2012) acredita que Bickel talvez devesse ter cunhado o termo *contrarrepresentativo* para determinar a crise legitimadora oriunda da declaração de inconstitucionalidade, uma vez que nos termos trazidos em *The Least Dangerous Branch*, se vislumbra apenas a aplicabilidade da crise legitimadora nos moldes de controle constitucional, interferindo apenas na esfera da representatividade, e não necessariamente na efetiva opinião do eleitorado majoritário.

In fine, 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.

b. Dificuldade Contramajoritária Tradicional



Conforme já exposto, a dificuldade contramajoritária tradicional é a que coaduna com a visão bickeliana de seu próprio instituto, tão logo tal vertente lida com “[...] a questão de poder o princípio democrático do governo da maioria ser reconciliado com a prática de juízes apenas remotamente contabilizáveis eleitoralmente invalidarem leis criadas por representantes eleitoralmente contabilizáveis” (KLARMAN, 1997 *apud* BASSOK, 2012, p. 339-40, tradução nossa).¹⁰ O silogismo textual com o controle concentrado de constitucionalidade é evidente.

As bases do início da discussão de tal forma de dificuldade são lançadas pelo próprio Bickel (1986, p. 17, tradução nossa), aduzindo que “[...] apesar de democracia não significar constante reconsideração de decisões tomadas, ela significa que uma maioria representativa tem o poder de revertê-la”. Assim, depositar tal poder nas mãos de uma minoria impassível de responsividade aos anseios da maioria significa, mais uma vez nos ditames de Bickel (1986, p. 23, tradução nossa), uma “grave contradição interna” no princípio democrático.

Numa tentativa de estabelecer um conceito fechado de dificuldade contramajoritária tradicional, é possível exemplificar tal instituto vislumbrando sua presença quando uma Corte Constitucional “invalida um estatuto passado por um corpo eleito [...], também quando ela [*a Corte*] invalida estatutos que gozam de apoio popular” (BASSOK, 2012, p. 342, tradução nossa).

Para Souza Neto e Sarmiento (2012), o formato tradicional da dificuldade contramajoritária permeia o campo político na medida em que deposita no Tribunal Constitucional o papel de intérprete último da Constituição, sendo que, como alude Lane (1996 *apud* PEREIRA, 2012), tal atuação passa a ver na Carta Magna mais do que limites procedimentais do jogo político, mas também documento no qual se estrutura a base

¹⁰ Tema controverso em termos de tradução é a utilização da terminologia *accountable* e *non-accountable* pela doutrina norte-americana, uma vez que os teóricos anglo-saxões fazem uso da mesma para representar cargos oriundos ou não de eleições, sendo que a terminologia brasileira adequada seria *elegíveis* e *inelegíveis*. Tal denominação, contudo, revestiria o presente trabalho com um cunho metodológico diferente do almejado, razão pela qual se optou por uma tradução mais próxima do original em detrimento da constitucionalmente adequada.



substancial da democracia, tomando as Cortes Constitucionais o papel de defensora da adequação constitucional de conteúdo, e não apenas da forma.¹¹

c. Dificuldade Contramajoritária Literal

Finda a análise da vertente da dificuldade contramajoritária oriunda do controle concentrado de constitucionalidade, a modalidade literal do instituto ora analisado também advém da suposta crise de legitimidade da atuação da Corte Constitucional, mas circunscrita a limites que envolvem um agir *positivo* da entidade jurisdicional (BASSOK, 2012).

Dentre as modalidades de dificuldade contramajoritária, esta é a que vem adquirindo maior relevo, uma vez que, como bem aduz Bassok (2012), as pesquisas de opinião pública e outros instrumentos de mensuração de uma teórica vontade da maioria têm erigido como grandes – se não as maiores – causas de legitimação de uma instituição.

Somente apenas décadas de constantes pesquisas [*de opinião*] remodelou-se nossa noção de legitimidade democrática, sendo então que a dificuldade capturou o embate entre constitucionalismo e mudança democrática para refletir a nova realidade na qual pesquisas de opinião servem como um legitimador democrático inquestionável (BASSOK, 2012, p. 339, tradução nossa).¹²

A dificuldade contramajoritária literal é observada, consoante o exposto, num limite de atuação da Corte Constitucional enquanto realizadora de escolhas oriundas de uma clara postura de ativismo judicial, tão logo o Tribunal incorpora em seu funcionamento institucional um agir voltado, *verbi gratia*, à obtenção de elementos normativos que seriam de competência do Poder Legislativo. Assim, Comella (1997), com precisão, lança a assertiva de que uma das maiores preocupações da constitucionalidade de tal postura por parte do referido

¹¹ Ainda com base em Pereira (2012), o Brasil foi um dos poucos países a serem influenciados pelos Estados Unidos quanto à observância substancial da Constituição em detrimento de seu formato procedimental para o jogo político.

¹² É necessário que se teça o comentário inserido na citação referenciada pelo fato do autor utilizar, na citação original, o substantivo *polling*, que na língua inglesa se vincula necessariamente às pesquisas de opinião pública, enquanto que o vernáculo nacional não incorpora elementos intrínsecos à simples noção de *pesquisa*.



Tribunal é o estabelecimento dos limites dentro dos quais é legítima a atuação jurisdicional – positiva, neste caso – dentro de uma democracia representativa.

Exemplo tangível do ora arguido é, em solo brasileiro, o caso do julgamento da Ação Penal 470 pelo Supremo Tribunal Federal. Tais autos – conhecidos popularmente pelo nome do escândalo de corrupção que os originou, o *Mensalão* – geram inúmeras discussões pela conduta plenamente contramajoritária de alguns Ministros da referida Corte.

É o caso do Min. Celso de Mello, que na ocasião do julgamento de eventual cabimento de embargos infringentes em condenação de réu na referida ação penal, viu-se envolto em questionamentos quanto à sua legitimidade para a tomada de tal decisão (PEREIRA, BONIN, 2013).

Dois repórteres de uma das maiores revistas do país levantam a questão:

[...] Nenhum juiz, nenhuma corte em tempo algum, pode desprezar a opinião pública. A vontade popular, a expressão da maioria vencedora do processo democrático, atua na própria escolha e aprovação de um ministro do STF. Eles estão lá porque foram indicados por um presidente, aprovados pelo Senado – e o foram pelo histórico de suas decisões [...]. Um juiz, mesmo ministro do STF, não pode se lixar para a opinião pública [...] (PEREIRA; BONIN, 2013, p. 64).

O que se tem, então, é a aplicabilidade prática de um instituto teórico arguido por anos a fio pela doutrina constitucional. Argumento que parece combalir o levantado pelos jornalistas é o disposto por Bickel (1986), na exata medida em que questões concernentes a princípios republicano-democráticos não devem ser submetidos ao crivo de eventuais referendos.

Assim, quer a Corte aja declarando a inconstitucionalidade de uma norma que possui apoio popular – ou político, na medida em que as duas esferas parecem confundir-se em nações com governos populistas, conforme aduz Helmke (2010) – ou exare determinado decisório de cunho altamente axiológico e afrontador aos anseios da maioria, tem-se a dificuldade contramajoritária literal.

d. Critérios de Legitimidade da Jurisdição Constitucional



Dentro da aplicabilidade teórica dos estudos quanto à legitimidade normativa – restrita, aqui, ao campo de atuação das Cortes Constitucionais – emergem critérios justificadores da atuação contramajoritária de tais instituições.¹³ Do surgimento das pesquisas de opinião pública até a defesa de Dworkin das Cortes Constitucionais como instituições de guarda dos direitos fundamentais, vários argumentos buscam a comprovação de que a própria estrutura institucional dos Tribunais aludidos já dá conta de demonstrar sua legitimidade jurisdicional (BASSOK, 2012).

Assim, a fim de conferir maior didática à explanação detalhada dos principais argumentos sintetizados pela doutrina estadunidense – na esteira de Bassok (2012), Bickel (1986) e Gibson *et al* (1998) – e europeia – com Miranda (2012) e Comella (1997) – passa-se à análise singular de cada estrutura argumentativa, conforme se vê a seguir.

i. Corte como defensora de Direitos

O sentido substancial de democracia vislumbrado no papel de defesa de direitos humanos efetivado por suas instituições – como as Cortes Constitucionais, neste caso – é um dos argumentos precursores do próprio funcionamento minoritário do Poder Judiciário. Da base exposta por Dworkin – que acaba por combinar em sua teoria diversos dos posicionamentos justificadores da atuação jurisdicional contramajoritária – até o racionalismo habermasiano, indubitável é o papel das Cortes Constitucionais como instituições hábeis a lançar as bases para o equilíbrio substancial de todos os sujeitos de direito envolvidos no jogo democrático-constitucional (BASSOK, 2012).

Perry (2003 *apud* BASSOK, 2012) estipula como caractere indissociável da democracia liberal a inviolabilidade de todo ser humano, sendo que tal comprometimento axiomático é o que caracteriza o próprio modelo de democracia aludido. Desta forma, a

¹³ A doutrina constitucional norte-americana não vincula a atuação contramajoritária necessariamente à *legitimidade*, preferindo adotar o termo *autoridade*. Frise-se desde já a discordância deste estudo com tal reducionismo filosófico, uma vez que parece ser o conceito de legitimidade o autorizador da atuação contramajoritária, sendo este último dependente do primeiro.



insularidade das Cortes Constitucionais emerge como indumentária hábil à depuração de valores cabíveis a tal instituição, como aduz o argumento da legitimidade pelos direitos humanos expostos por Habermas (2003).

Assim, o conceito de maioria deveria restringir-se apenas quando do fomento aos instrumentos de participação política, sem qualquer forma de intervenção no plano individual de conquistas pessoais, cabendo aqui a inserção dos direitos humanos como cláusula de barreira da intervenção legiferante ou política (HABERMAS, 2003).

O nexos interno que se buscava entre direitos humanos e soberania do povo consiste, pois, em que os direitos humanos institucionalizam as condições de comunicação para formar a vontade de maneira política e racional. Direitos que *possibilitam* o exercício da soberania do povo, não podem, a partir de fora, ser impostos a essa prática como restrições. Essa reflexão, porém, só é convincente, de forma imediata, para os direitos políticos fundamentais, portanto, para os direitos à comunicação e à participação, mas não para os direitos clássicos à liberdade que garantem a autonomia privada dos indivíduos. Esses direitos, que deveriam garantir a cada qual chances iguais de conquista de seus projetos pessoais de vida e proteger de forma abrangente os direitos fundamentais, parecem evidenciar um valor intrínseco – e não se esgotam, por exemplo, no seu valor instrumental para a formação democrática de vontade (HABERMAS, 2003, p. 71, grifo do autor).

O que merece ser levado em consideração é o próprio posicionamento de Bickel (1986) quando da análise da estrutura dos referidos Tribunais para lidar com questões essencialmente valorativas e reveladoras de um plano metafísico de realização pessoal. Em singular expressão, o criador da terminologia objeto deste estudo reflete acerca do sentido substancial de democracia esperado por operadores jurídicos: “O que queremos dizer com democracia, contudo, é muito mais sofisticado e complexo do que a tomada de decisões num encontro na cidade através de levantamento de mãos” (BICKEL, 1986, p. 17, tradução nossa).

É por não haver “[...] Direito sem a autonomia privada dos cidadãos” (HABERMAS, 2003, p. 71) que os direitos humanos – ou fundamentais, dependendo da esfera de normatividade a que se refere – funcionam como pressupostos imutáveis da formação da vontade pública, sendo que nenhuma forma de decisão ou vontade majoritária tem o condão



de mitigar o campo de livre desenvolvimento da personalidade ou planos pessoais de cada indivíduo.¹⁴

É verdade, por óbvio, que o processo de refletir a vontade de uma maioria populacional no legislativo é deflagrada por várias desigualdades de representação e por toda sorte de hábitos institucionais e características, as quais talvez tendam mais em favor da inércia. Ainda assim deve ser mantido em mente que os estatutos são produto do legislativo e do executivo agindo concomitantemente, e que o executivo mantém uma constituição muito diferente e tende a curar inequidades de sobre e sub-representação. [...] Um fator muito mais complexo [...] é a proliferação e poder do que Madison previu como ‘facção’, o que o Sr. Truman chama de ‘grupos’ e que nos ditames populares sempre foi chamado de ‘interesses’ ou ‘grupos de pressão’ (BICKEL, 1986, p. 18, tradução nossa).

Bickel (1986) trouxe à baila talvez a mais pertinente das questões na eventual supressão de direitos fundamentais quando da formação do discurso político racional: a influência de grupos de interesse. É exatamente nesta seara que Bassok (2012) reconhece a importância da função contramajoritária das Cortes Constitucionais na devida medida de seu papel como mantenedora de direitos fundamentais mínimos que ensejam a continuidade do processo democrático.¹⁵

Analogicamente, o que se verifica – principalmente quando da análise da tentativa de pressão exercida pelos aludidos grupos de interesse – é a necessidade de manutenção do sentido fundador do próprio Estado Democrático de Direito em face das maiorias passageiras, na própria reafirmação da Razão Pública deste mesmo Estado (RAWLS, 1996 *apud* MIRANDA, 2012).

¹⁴ Neste mesmo sentido é o entendimento expresso na secular Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, que aduz *ipsis litteris* em seu art. 4º: “A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei”.

¹⁵ Habermas (2003) cita como exemplo de excluídos do processo político, mas que carecem da salvaguarda de direitos fundamentais; os ciganos, homossexuais, mulheres e outros grupos minoritários que despertam a atenção da Teoria Constitucional na medida em que os grupos de pressão e maiorias políticas tendem a almejar a exclusão dos mesmos do jogo democrático. Vide o caso brasileiro da bancada evangélica e a liberação da união estável homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal.



A Razão Pública proposta por Rawls (1996 *apud* MIRANDA, 2012), assim, é plenamente equiparável ao próprio mecanismo defensivo erigido por Habermas (2003) em relação aos direitos humanos na exata medida em que desvela um campo completamente impassível de invasão por parte de eventuais vontades políticas transitivas.

Desta forma, os direitos humanos – ou a Razão Pública – estabelecem o próprio critério de legitimidade existente quando da atuação contramajoritária das Cortes Constitucionais, expondo com propriedade o campo mínimo de ressalvas valorativas a serem impostas contra qualquer forma indevida de intervencionismo político na esfera privada, funcionando tais Cortes como escudo e mecanismo discursivo dos próprios limites em questão.

ii. Expertise judicial

O argumento legitimador oriundo da expertise judicial das Cortes Constitucionais é levantado pelos diversos entendimentos doutrinários que conglobam o tema. Bickel (1986), quando da própria estipulação das dificuldades contramajoritárias, invocou o texto número 78 d'O Federalista, em que Alexander Hamilton depurava a legitimidade jurisdicional constitucional como instrumentalmente correlacionada com a habilidade de pautar seu julgamento no conhecimento técnico exigido para quando da análise normativa constitucional, de modo que a legitimidade das Cortes para a tomada de decisões que contrariem o majoritariamente pleiteado é respaldado em tal relação de confiança tecnocrata.

Os ministros de tais Cortes, assim, “[...] têm, ou deveriam ter, o tempo livre, o treinamento e o isolamento para seguir os caminhos intelectuais quando da persecução dos fins da governança” (BICKEL, 1986, pp. 25-6, tradução nossa), de modo que tais Tribunais possuem a capacidade técnica de estabelecer as diretrizes constitucionais adequadas.

Outra vantagem que as Cortes têm é que questões principiológicas nunca carregam o mesmo aspecto para elas do que carregam para o Legislativo ou Executivo. Leis, no final, lidam tipicamente com o abstrato ou com problemas vagamente previstos. As Cortes estão preocupadas com a carne e o sangue do caso concreto.



[...] Sua insularidade e o maravilhoso mistério do tempo dão às Cortes a capacidade de apelar à melhor natureza dos homens, recrutando suas aspirações, as quais podem ter sido esquecidas no momento do choro e desespero. Isso é o que o Ministro Stone chamou de oportunidade para ‘o sóbrio segundo pensamento’ (BICKEL, 1986, p. 26, tradução nossa).

A capacidade de depuração dos valores constitucionais também é argumento levantado por outros ramos da doutrina anglo-saxã, ante o fato de saber que “[...] conhecer as Cortes é amá-las, porque isso é saber que elas estão expostas a uma série de mensagens legitimadoras focadas nos símbolos de Justiça, objetividade judicial e imparcialidade” (GIBSON *et al*, 1998, p. 345, tradução nossa). Assim, para os autores, a legitimidade jurisdicional da Suprema Corte estadunidense se vincula imediatamente ao fato dos Ministros buscarem os caracteres fundantes do próprio sentimento de *Justiça*, não meras colocações frias de texto legal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A democracia há muito não se estabelece como uma forma de governo em que a maioria absoluta decreta seu anseio. Assegurar os direitos das minorias é um componente tão essencial para o processo democrático quanto o próprio sufrágio; e a maneira de garantir tais direitos é um imbróglgio que envolve necessariamente a definição da atuação de cada um dos institutos de uma República.

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.



Sejam utilizados quaisquer dos argumentos possibilitados pelas doutrinas anglo-saxãs ou brasileiras quanto à possibilidade – ou pior: *necessidade* – de uma atuação das Cortes Constitucionais contrária à vontade das majorias, o que se vislumbra independentemente da aplicação de tais estruturas retóricas é a urgência acerca da compreensão dos liames sociais e intersubjetivos que envolvem as próprias acepções e limites do Direito. Palpar a legitimidade para atuação desta Ciência Jurídica é a décima terceira tarefa de Hércules da teoria constitucional contemporânea.

Conditio sine qua non do ora estudado é, por fim, a aplicação prática de indeterminações filosóficas que cercam a Ciência Política: das puríssimas construções kelsenianas até a delimitação institucional de organismos republicanos, uma longa teoria urge por ser pesquisada, mas portando já ao longe o indiscreto aviso de que a construção do próprio sujeito de direitos passará a ser vinculada aos mecanismos criados para a defesa destes mesmos direitos.

6 REFERÊNCIAS

ARAÚJO, M. A Sabedoria da Multidão e a Interpretação Constitucional. *In: Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 77, pp. 105-127, 2011.

BARROSO, L. R. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASSOK, O. The Two Countermajoritarian Difficulties. *In: Saint Louis University Public Law Review*, Saint Louis, v. 31, pp. 333-382, 2012.

_____. The Supreme Court's New Source of Legitimacy. *In: Journal of Constitutional Law*, Nova Iorque, v. 16, n. 1, pp. 153-198, 2013.

BICKEL, A. M. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court as the Bar of Politics**. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.



CALABRESI, S. The Constitution and Disdain. *In: Harvard Law Review Forum*, Cambridge, v. 126, n. 1, pp. 13-20, 2012.

CHIN, G. J.; WAGNER, R. The Tyranny of the Minority: Jim Crow and the Counter-Majoritarian Difficulty. *In: Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, v. 43, pp. 65-125, 2008.

COMELLA, V. F. **Justicia Constitucional y Democracia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

COSTA, R. Discurso, Direito e Democracia em Habermas. *In: MERLE, J. C.; MOREIRA, L. (Orgs). Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003, pp. 37-52.

FELLET, A. Supremo Tribunal Federal: Entre a Soberania Popular e o Contramajoritarianismo? *In: FELLET, A.; NOVELINO, M. (Orgs.). Constitucionalismo e Democracia*. Salvador: JusPODIVM, 2012, pp. 15-30.

FERREIRA, L. P. A Corte Constitucional. *In: CLÈVE, C. M.; BARROSO, L. R. (Coord.). Doutrinas Essenciais: Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 895-927.

GIBSON, J. L. *et al.* On the Legitimacy of National High Courts. *In: The American Political Science Review*, Houston, v. 92, n. 2, pp. 343-358, 1998.

HABERMAS, J. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. *In: MERLE, J. C.; MOREIRA, L. (Orgs). Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003, pp. 67-82.

HELMKE, G. Public Support and Judicial Crises in Latin America. *In: Journal of Constitutional Law*, Filadélfia, v. 13, n. 2, pp. 397-411, 2010.

KIMMINICH, O. Jurisdição Constitucional e Princípio da Divisão de Poderes. *In: CLÈVE, C. M.; BARROSO, L. R. (Coord.). Doutrinas Essenciais: Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 1025-1048.

LEÓN, M. A. R. The Counter-Majoritarian Difficulty: Bickel and the Mexican case. *In: Mexican Law Review*, Cidade do México, v. 3, n. 1, pp. 25-48, 2010.

MARINONI, L. G. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1.



_____; ARENHART, S. C. **Manual do Processo de Conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MENDES, G. F. **Jurisdição Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, J. Justiça Constitucional e Democracia. *In*: FELLET, A.; NOVELINO, M. (Orgs.). **Constitucionalismo e Democracia**. Salvador: JusPODIVM, 2012, pp. 107-123.

MORAIS, D. S. Democracia e Direitos Fundamentais: Propostas para uma Jurisdição Constitucional Democrática. *In*: FELLET, A.; NOVELINO, M. (Orgs.). **Constitucionalismo e Democracia**. Salvador: JusPODIVM, 2012, pp. 161-188.

PEREIRA, D.; BONIN, R. Agora depende só dele. *In*: **Veja**, São Paulo, ano 46, n. 38, pp. 62-71, 2013.

PEREIRA, R. V. Controle e Legitimidade Democrática. *In*: FELLET, A.; NOVELINO, M. (Orgs.). **Constitucionalismo e Democracia**. Salvador: JusPODIVM, 2012, pp. 71-91.

PINZANI, A. **Habermas**. Porto Alegre: Artmed, 2009.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOMIN, I. Political Ignorance and the Countermajoritarian Difficulty: A New Perspective on the “Central Obsession” of Constitutional Theory. *In*: **Iowa Law Review**, Fairfax, v. 89, n. 4, pp. 1287-1371, 2004.

SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. Notas sobre Jurisdição Constitucional e Democracia: A Questão da “Última Palavra” e alguns Parâmetros de Autocontenção Judicial. *In*: FELLET, A.; NOVELINO, M. (Orgs.). **Constitucionalismo e Democracia**. Salvador: JusPODIVM, 2012, pp. 125-160.