

**A DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA – VERSÕES TRADICIONAL E
LITERAL**
**THE COUNTERMAJORITARIAN DIFFICULTY – LITERAL AND
TRADITIONAL VERSIONS**

Tiago Gagliano Pinto Alberto¹

I Introdução; II Atuação contramajoritária? III Existe mesmo dificuldade contramajoritária? IV Judiciário e opinião pública: mecanismos de controle; V Nota conclusiva. VI Referências bibliográficas.

RESUMO: Após a consolidação do Estado constitucional, o “judicial review” tem revelado como pano de fundo a dificuldade na definição da forma de atuação jurisdicional frente ao Parlamento. Alexander Bickel cunhou a expressão “atuação contramajoritária” com o objetivo de definir a situação em que, afastando o direito consagrado em legislação positiva aprovada pelo Parlamento, o poder judiciário (re)afirma direitos constitucionalmente previstos. Atualmente, contudo, esta visão tem recebido outras leituras, especialmente a de Or Bassok que, revelando a possibilidade de a sociedade se manifestar por si mesma, opinião esta captada por meio de pesquisas de opinião, postula a existência de uma “versão literal” da dificuldade verberada por Bickel. O presente texto tem o objetivo de empreender breve escorço acerca do pensamento de Bickel e Bassok, apresentando, ao cabo da exposição teórica, como a questão vem sendo tratada no âmbito jurisprudencial brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo; Democracia; “Judicial Review”; Atuação Contramajoritária; Poder Judiciário.

ABSTRACT: After consolidation of the constitutional state, the judicial review has revealed the backdrop of the difficulty in defining the form of court action against the Parliament. Alexander Bickel coined the phrase "acting contramajoritária" in order to define the situation in which, departing from the right enshrined in positive legislation passed by Parliament, the judiciary (re) states

¹ Mestre em Direito econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica de Curitiba. Doutorando pela Universidade Federal do Paraná. Juiz de Direito no Estado do Paraná. Professor de cursos de pós-graduação. Professor da Escola da Magistratura do Estado do Paraná. E-mail: tiagogagliano@hotmail.com; tga@tjpr.jus.br.

constitutionally provided rights. Currently, however, this view has received further reading, especially that of Or Bassok, revealing the possibility of society manifest itself, a view captured through opinion research, postulates the existence of a "literal version" of difficulty by Bickel. This paper aims to undertake soon foreshortening about thinking of Bickel and Bassok, presenting, after the theoretical exposition, as the issue is being dealt with under Brazilian jurisprudence.

KEY-WORDS: Constitutionalism; Democracy; Judicial review; Countermajoritarian action; Judiciary branch.

I Introdução

O presente artigo aborda, em linhas perfunctórias, a atuação do Poder Judiciário em casos que, aparentemente, o provimento decisório emitido se revele afrontoso ao direito posto haurido da concepção de maiorias representadas no parlamento. Investiga-se, pois, o que se denomina dificuldade contramajoritária, nomeadamente nas concepções de Eileen Braman e Or Bassok, perpassando pela caracterização, em si, do caráter contramajoritário e a compreensão hodierna do termo, até a contextualização da atividade judicante nos moldes atuais do Estado Democrático de Direito.

O trabalho utiliza método dedutivo, com enfoque monográfico. A título de fontes pesquisadas, foram utilizados livros, artigos e material inserto na rede mundial "internet".

II Atuação contramajoritária?

Bruce Ackerman, ao tratar da democracia dualista, lembra que o termo contramajoritário consiste em expressão cunhada por Alexander Bickel com o objetivo de definir a atuação do poder judiciário nas situações em que o provimento decisório proscreeva o direito objetivo legitimamente oriundo da atividade parlamentar. Assim agindo, sobretudo com o objetivo de salvaguardar o direito das minorias ou garantir o cumprimento de preceitos constitucionais, o poder judiciário enfrenta ponderação lançada no sentido de que se arvora em função para a qual não se encontra legitimado.

Esta problemática não é reconhecida por Bruce Ackerman, que, identificando momentos constitucionais que renderiam ensanchas ao movimento democrático de transformação do sistema, reputa caber à Corte constitucional apenas preservar o espírito da Constituição e, com isso, a possibilidade de que o futuro esteja aberto às decisões políticas de movimentos populares.

Dessa forma, sob o ângulo que propõe, não verifica a existência de dificuldade contramajoritária; aliás, sequer dificuldade entrevê, na medida em que a atuação da Corte,

antes de afrontosa e indesejável, revela-se imperiosa e necessária à garantia da própria Constituição².

De certa maneira, a despeito de Alexander Bickel pontuar a existência de atuações contramajoritárias, abre espaço, notadamente em sua obra “Ética do Consentimento”, para questionamento de sua concepção inicialmente fixada quanto à atuação judicial. Isso porque elabora, naquela oportunidade, a distinção entre o que denomina “Constituição Manifesta” e “em aberto”. O Autor compreende como a “Constituição manifesta” o núcleo do comando Constitucional, impondo na definição da estrutura institucional um dever moral que se deve observar (“há um dever absoluto de obedecer”), sendo a desobediência a negação da própria ideia de constitucionalismo e, em último grau, também a de Direito³.

Os juízes em geral, assinala, invocam seu poder tendo como parâmetro a “Constituição aberta”, mas é a “Constituição manifesta” que, para Bickel, garante-lhes a prerrogativa de compelir que os cidadãos observem o conteúdo das regras por eles ditadas, de modo a viabilizar o desenho institucional (“torna todo o resto possível”)⁴. Embora os Tribunais não se utilizem da “Constituição manifesta” para resolver os litígios a eles submetidos, a garantia da observância de seus “decretos” será evidenciada pela “Constituição manifesta”, cuja formatação institucional permite a decisão final sem qualquer malogro à divisão de poderes ou à distribuição, em si, dos poderes.

Nessa linha, não parece adequado falar em óbice ao “judicial review”, já que caminhar por semelhante trilha poderá eventualmente conduzir à negação do constitucionalismo e do próprio Direito, o que não se pode admitir no âmago da sociedade. Esta conclusão, contudo, não é exposta, aclarada ou desenvolvida pelo próprio Bickel,

² ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano – fundamentos do direito constitucional**. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 10-11 e 29-30.

³ “Há um dever moral, que se justifica, de que as pessoas às quais isso se aplica – na maioria, funcionários do Governo – obedeçam à Constituição manifesta, a menos e até que seja alterada pelo processo de emendas que ela própria prevê; é um dever análogo ao de obedecer aos decretos judiciais finais. Nenhum presidente pode decidir permanecer no cargo seis anos, em lugar de quatro, ou, desde a Vigésima Segunda Emenda, candidatar-se a um terceiro mandato. Há um dever absoluto de obedecer; a desobediência é a negação da ideia de constitucionalismo, a lei especial que estabelece uma séria de regras pré-existentes dentro das quais a sociedade elabora todas as outras regras, de tempos em tempos. Negar essa ideia é, no sentido mais fundamental, negar a ideia do próprio Direito.” BICKEL, Alexander M. **A ética do consentimento**. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1978, p. 38-39.

⁴ BICKEL, Alexander, *op. cit.*, p. 39.

persistindo sua concepção da atuação contramajoritária do Poder Judiciário, sujeita tanto a críticas quanto a louvores.

Mark Tushnet, *verbi gratia*, observa que a concepção de Bickel: a) goza de mera importância histórica; b) não resolve o problema da atuação judicial; c) presta-se a prolação de decisões, “sem o fundo de direito adequado” ou “com astúcia política”. A crítica, que também tem como pano de fundo a teoria dos princípios constitucionais neutros sustentada por Bickel e Herbert Wechsler⁵, minimiza o apanágio teórico ao compreender que não resolve a problemática na prática enfrentada no embate constitucionalismo e democracia, ademais de viabilizar a efetivação de sentimentos espúrios, partidaristas, escusos e abjetos travestidos, formatados e aparentemente legitimados por comandos judiciais procedimentalmente lançados acorde com o sistema jurídico-positivo⁶.

De toda sorte, ao salientar que a teoria preconizada por Alexander Bickel serviu para delimitar direitos substantivos e acompanhou a evolução da sociedade americana nos anos 50 e 60, Mark Tushnet contemporiza a crítica, reconhecendo algo de valoroso na postulação teórica.

Christopher D. Peters e Neal Devins, na mesma linha crítica, destacaram que a teoria em foco evidenciaria “virtude passiva” ou “deferência processual” do poder judiciário, evitando que a Corte defina princípios, a menos que já estejam explicitados no âmbito da política constitucional⁷. De fato, ao se alinhar ao quadro dogmático proposto por Herbert Wechsler, Alexander Bickel ultima por admitir as concepções de princípios como advertências e não regras, além de decisões com pequeno alcance.

Segundo Bickel, os juízes devem atuar de maneira a abstrair as instituições políticas ou as várias ordens de magnitude que delas emanem. Jamais devem impor uma resposta à sociedade apenas porque lhes parece prudente ou sábia, ou, ainda, porque pessoalmente acreditam que “uma solução – sempre provisória – a que chegam as instituições políticas é tola.” A obrigação do Tribunal, segundo concebe, é a de agir cautelosamente, esforçando-se por atingir decisões de pequeno alcance, mais hesitante em negar princípios sustentados por segmentos da sociedade do que pronto a afirmar princípios gerais para todos. Deve, ainda, a Corte se preocupar com o papel dominante das instituições políticas e atuar sempre ansiosa

⁵ BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the bar of politics**. 2nd ed. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 50.

⁶ Texto integral disponível em <<http://www.bsos.umd.edu/gvpt/lpbr/subpages/reviews/ward-castillo0206.htm>>. Acesso em 04 junho 2013.

⁷ *Op. cit.*

por chegar a concessões e acomodações, antes de declarar princípios firmes e sem ambiguidades⁸.

Acaso o Tribunal se veja na condição de formular princípios, o que espera Bickel é que tais sejam compreendidos mais como advertências do que propriamente regras. O Tribunal deve “argumentar, não sentir, explicar e justificar os princípios que formula da maneira mais racional e exaustiva possível”. De outro viés, não pode “em si mesmo, criar valores, mas deve buscar relacioná-los – pelo menos analogicamente – com os julgamentos da História e da filosofia moral.”⁹.

III Existe mesmo dificuldade contramajoritária?

A ideia de atuação contramajoritária, na forma como cunhada a expressão por Alexander Bickel, pressupõe a atuação jurisdicional que afaste a normatividade do direito posto e introduzido no ordenamento por intermédio dos representantes do povo, em prol de comando constitucional que, nos moldes da narrativa do Texto Magno e não em sua literalidade, enleve preceitos valorativos.

Esta concepção, no entanto, assume como pressuposto o fato de que o Parlamento efetivamente traduz, em seus posicionamentos convolados em direito objetivo, os anseios e postulações sociais. Compreende-se o Parlamento enquanto casa do povo, de sorte que decisão judicial em sentido reverso ao já delineado nos moldes do sistema de elaboração de leis contrariaria a própria soberania do povo.

Or Bassok, no entanto, destaca que se em um primeiro momento a opinião da sociedade coincidia com a sua verbalização pelo Congresso, com o advento das pesquisas de opinião, a partir de 1930, a opinião pública passou a ser considerada independentemente da formatação legal externada pelo Parlamento.

Assim pontua:

Com a ascensão da cultura da opinião pública, o termo “opinião pública” passou a ser sinônimo de pesquisa. O Congresso deixou de ser considerado a voz da

⁸ BICKEL, Alexander M. **A ética do consentimento**. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1978, p. 35.

⁹ BICKEL, Alexander M., *op. cit.*, p. 35.

vontade popular. Este desenvolvimento abriu caminho para a ascensão da versão literal da dificuldade contramajoritária¹⁰.

Com base neste ideário, identifica duas versões da dificuldade contramajoritária: a) aquela em que a invalidação de leis contraria posicionamento de congressistas; b) aquela em que a invalidação de leis contraria a opinião pública. A esta última hipótese denomina versão literal da dificuldade contramajoritária, corroborando, neste particular, entendimento sufragado por Michael Perry, para quem quando, de acordo com pesquisas de opinião, o público dá suporte à decisão da Suprema Corte para anular uma lei, a decisão não é contramajoritária em sentido literal. No entanto, ainda é contramajoritária em sentido tradicional, uma vez que uma instituição derrubou uma lei aprovada por ramos governamentais eleitoralmente responsáveis¹¹.

A atuação contramajoritária em sentido “tradicional”, para Bassok, pode ser legitimada à conta de cinco principais linhas argumentativas:

1) ARGUMENTOS BASEADOS EM DIREITOS: determinados direitos básicos são necessários para atingir o compromisso constitucional de liberdade, independência, igualdade e qualquer outra preocupação que se encontra na base da Constituição.

2) ARGUMENTOS BASEADOS EM PROCESSO: este argumento se fundamenta, sobretudo, na teoria cunhada por John Hart Ely em sua obra “Democracia e Desconfiança”, por meio da qual compreende, em nítido viés procedimentalista, que o Judiciário deve atuar como árbitro, desbloqueando os canais de mudança política e reforçando as instâncias democráticas. Defenestra-se, eventualmente, a legislação positiva não porque contrária aos interesses de minorias que tiveram a possibilidade de manifestação durante o curso do procedimento de elaboração das regras, mas justamente nas hipóteses em que esta participação se viu tolhida ou de certa forma minimizada¹².

3) TESE DE DWORKIN: engloba argumentos baseados em direitos e argumentos baseados no processo, compreendendo que na democracia não haverá atividade contramajoritária se a Corte garantir que todos tenham iguais direitos respeitados pelo

¹⁰ BASSOK, Or. The two countermajoritarian difficulties. Texto disponível na íntegra em <http://www.slu.edu/Documents/law/PLR/Archives/PLR31-2_Bassok_Article.pdf> Acesso em 05 junho 2013.

¹¹ BASSOK, Or, *op. cit.*, p. 337-339.

¹² ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança – uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 257.

aparelho governamental. O direito como integridade pressupõe atuação estatal que respeite o cidadão, de modo que, acaso assim não o faça, abre-se a possibilidade de direitos serem utilizados como trunfos contra condutas afrontosas aos princípios inerentes ao sistema. Assim agindo, o Judiciário consagra princípios, incrementando a democracia, ao revés de aplainá-la ou amesquinhar sua compreensão¹³.

4) ORIGINALISMO: adota-se interpretação originalista da Carta, tal como se compreendia à época em que elaborada e na forma como concebido o texto pelos denominados “pais fundadores” da República. Esta compreensão, conquanto reduzida em adeptos, ainda legítima, ainda que de maneira formal, a atuação dita contramajoritária do poder judiciário.

5) MODELO DUALISTA DE BRUCE ACKERMAN: de acordo com este Autor, após o período da "política constitucional", em tempos de "normal política", o papel do Tribunal é de "traduzir os raros sucessos da política constitucional em princípios doutrinários convincentes capazes de controlar a política normal". Não há, propriamente, apesar de Or Bassok identificar neste ponto justificativa para a atuação do Poder Judiciário¹⁴, atuação contramajoritária, já que, como supramencionado, consagrando preceitos hauridos da Carta constitucional em tempos de normal política, o poder investido na atividade judicante nada mais faria senão preservar a sistemática constitucional e, em último grau, a democracia.

Apesar da grande celeuma quanto ao viés de atuação jurisdicional – a ponto de demandar argumentos para legitimá-la –, Or Bassok traz à tona observação lançada por Robert Dahl no sentido de que tal faceta da atividade jurisdicional, em verdade, é rara. Dahl sugeriu que o Tribunal age de forma contramajoritária apenas durante "períodos de transição de curta duração", quando a coalizão política dominante está se desintegrando ou de alguma forma instável. Baseado em estudo dos julgados proferidos a partir da segunda metade da década de 80, concluiu que, ao contrário, raramente a Corte deixa de apresentar posicionamento que se coaduna com a maioria, de acordo com pesquisas de opinião.

Nesta perspectiva, Or Bassok destaca que a dificuldade contramajoritária não passa de um mito, ilusão; e que, por outro lado, a atuação do tribunal é majoritária e se coaduna com a opinião pública, existindo, desta feita, apenas a visão literal a ser considerada.

¹³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2ª ed., 2007, p. 271-280.

¹⁴ BASSOK, Or, *op. cit.*, p. 348.

IV Judiciário e Opinião pública: mecanismos de controle.

Partindo da versão literal, Or Bassok apresenta alguns mecanismos de controle da atuação jurisdicional, destacando, em primeiro lugar, o processo de indicação dos juízes federais. Rememora crença de alguns teóricos no sentido de que o processo de indicação de juízes federais pode contribuir para o direcionamento da vertente constitucional que interesse à autoridade que os nomeia (Presidente). Outros, contudo, reputam que este critério não representa vinculação dos juízes. Após o ano de 2000, de acordo com o Autor, tem sido observada uma participação popular mais intensa no processo de confirmação da nomeação, que mais tem se parecido com uma campanha eleitoral. Assim, o controle de ideias, posicionamentos e compreensões do postulante ao cargo também limita, de certa forma, o conteúdo de decisões ulteriormente proferidas, nomeadamente se desconformes à opinião pública que teve, previamente, oportunidade de se manifestar acerca da idoneidade e aceitação do perfil do interessado¹⁵.

Outro mecanismo de controle, ainda que deveras implícito, é o que se traduz pelo comportamento estratégico e modelo comportamental adotado pelo julgador. Bassok pontua que os juízes internalizam o comportamento majoritário na sua própria forma de pensar, de modo que, mesmo indiretamente, temem que não sendo adotado o posicionamento majoritário, decline o apoio popular permanente à Corte, dificultando a realização de suas decisões (modelo estratégico). O modelo comportamental sugere que os juízes realizam suas escolhas tendo por base suas próprias ideologias, que, por sua vez, coincidem com as da opinião pública e por isso estariam legitimadas. O mecanismo, neste caso, é implícito e, bem por isso, não encontra possibilidade de comprovação, mas, segundo o Autor – que, neste particular, não apresenta dados empíricos ou pesquisas a respeito –, atua diretamente no cotidiano do Julgador, adequando suas ideias e formatando suas decisões no sentido almejado pela sociedade, quer pelo temor da não realização do direito reconhecido, quer porque os provimentos decisórios traduzem a ideologia do magistrado enquanto participante do corpo social¹⁶.

Se, por um lado, os modelos estratégico e comportamental atuam anteriormente a prolação da decisão, adequando-a a compreensão social acerca do conflito, as “backlash theories” se verificam posteriormente a emissão do comando emergente do *decisum*.

¹⁵ *Idem*, p. 352.

¹⁶ *Ibidem*, p. 354.

Caracterizando-se como “intensa e vigorosa” reação do público contra posicionamento adotado pelo judiciário, objetivam remover sua força impositiva, ante a inadmissibilidade de seus efeitos no seio social¹⁷. Há variações da teoria, tais como as denominadas “the quiet equilibrium mechanism” e “marriage”, ambas lançadas por Barry Friedman, para quem a Corte sempre esteve ciente da opinião pública, mas somente nos últimos anos ambas tem, realmente, procurado encontrar um “espaço de consenso”, o que denota caminho trilhado pela Corte no sentido de se afinar com a opinião pública¹⁸. Procura-se um entendimento em comum, calcado na admissibilidade social do entendimento sufragado pela decisão judicial. Seria algo como a universalidade em sentido fraco postuladas por Habermas¹⁹ e Klaus Günther²⁰, com o diferencial de que a compreensão social é dominante e condiciona, ainda que parcialmente, o comportamento adotado pelo Poder Judiciário, que se vê na condição de, partindo do pressuposto já definido pela sociedade, encontrar embasamento para o posicionamento emitido.

Finalmente, identifica o Autor que a opinião pública pode funcionar como fonte direta de legitimação. De acordo com Richard Primus e David Strauss, há determinadas áreas do direito em que a decisão da Corte coincide com a opinião pública e, por isso, esta pode ser utilizada como fonte de legitimação, bastando que se evidencie a coincidência de posicionamentos²¹.

Embora não tenha distinguido entre as duas facetas da dificuldade contramajoritária, Bickel, de acordo com Bassok, preocupou-se com a atuação da Corte e a opinião pública, mencionando que por se ater aos princípios e não ter objetivos eleitorais, a Corte deveria funcionar como guia da opinião pública (tal como um professor em um seminário), ainda que eventualmente tivesse de decidir contrariamente aos anseios da sociedade, como se verificou no caso *Texas v. Johnson*, em que compreendeu que queimar a bandeira americana

¹⁷ *Ibidem*, p. 355.

¹⁸ Para maior aprofundamento acerca das “backlash theories”, vide o texto “Toward a Theory of Backlash: Dynamic Resistance and the Central Role of Power”, de autoria conjunta de Jane Mansbridge e Shauna L. Shames, disponível, na íntegra, em <<http://journals.cambridge.org/action/displayAbstract%3bjsessionid=F402E0DF87C2DFD6E68B041E85B48440.journals?fromPage=online&aid=2734152>> Acesso em 03 junho 2013.

¹⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia – entre facticidade e validade - Volume I**. Tradução de Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: editora tempo brasileiro, 2003, p. 145-161.

²⁰ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 25-34.

²¹ BASSOK, Or, *op. cit.*, p. 357.

representava um ato de dissenso político que encontrava amparo na primeira emenda, de modo que o estado do Texas não podia criminalizá-lo (neste caso, em pesquisa posterior, 73% do público discordou da decisão da Corte, o que gerou o advento de lei federal criminalizando a conduta, sendo esta, posteriormente, tida como inconstitucional pela Suprema Corte). Criticando Bickel, Gerald Gunther mencionou que para aquele Autor a Corte deve estar disposta 100% do tempo a decidir de acordo com princípios em 20% dos casos²².

Há, todavia, que se considerar que o fato de somente casos difíceis serem acessíveis ao público – e mesmo assim através dos veículos de comunicação que podem distorcer a real opinião da corte – acaba dificultando o debate sobre o “judicial review” e o alcance democrático das decisões judiciais. Assim, de acordo com o articulista haveria uma distorção entre o que realmente postula a sociedade e o que se deve compreender acerca do caso decidido ou a decidir.

Ao que parece, a opinião pública vem sendo considerada pela Corte como um dado a mais para o posicionamento a ser adotado no desfecho da testilha. O Autor relembra que Felix Frankfurter, em *Baker v. Carr*²³, posicionou-se no sentido de que apesar de a Corte não ter acesso à espada ou aos recursos financeiros (referência à Alexander Hamilton, em *Federalist 78*²⁴), suas decisões, em última análise, baseiam-se na confiança e sanção moral do público. Esta ideia foi repetida sequencialmente, por outros juízes da Suprema Corte. Em período anterior às pesquisas de opinião, a Corte não podia dimensionar o efeito de suas decisões e, por isso, levá-lo em consideração. Todavia, dispondo deste dado, não há como desconsiderá-lo à conta apenas da interpretação técnica utilizada para resolução de casos: “De fato, decidir

²² *Idem*, p. 363.

²³ Para compreensão do caso *Baker vs. Carr*, vide <<http://www.lawnix.com/cases/baker-carr.html>>. Acesso em 06 junho 2013.

²⁴ “Quem analisar atentamente os diferentes ramos do poder percebe desde logo que, em um governo em que eles são separados uns dos outros, o Judiciário, pela própria natureza de suas funções, será sempre o menos perigoso para os direitos políticos previstos na Constituição, pois será o de menor capacidade para ofendê-los ou violá-los. O Executivo dispõe não apenas das honrarias, mas também da espada. O Legislativo, além de manter os cordões da bolsa, prescreve as normas pelas quais cada cidadão deve regular seus direitos e deveres. O Judiciário, porém, não tem a menor influência sobre a espada nem a bolsa; não participa da força nem da riqueza da sociedade e não toma resoluções de qualquer natureza. Na verdade, pode-se dizer que não tem força nem poderio, limitando-se simplesmente a julgar, dependendo até do auxílio do ramo executivo para a eficácia de seus julgamentos.” HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O Federalista – Pensamento político**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell editores, 2010, p. 477-483.

de acordo com as diretrizes da teoria da justificação não necessariamente traz apoio popular, especialmente se o público perdeu a sua fé no conhecimento jurídico”²⁵.

Assim, para Or Bassok “o debate sobre a legitimidade democrática está focado não nas justificativas para as decisões da instituição, mas na forma como a opinião pública reage a decisões altamente importantes tomadas pela instituição.”²⁶. O controle é posterior, mas, a despeito de o caso já ter sido julgado, poderá ser avaliado e retomado em discussão posteriormente, acaso se verifique dissonância entre o decidido e os anseios da sociedade.

No Brasil, a jurisprudência tem se posicionado no sentido de não conferir importância aos anseios da sociedade, ainda que diretamente externados, se o posicionamento judicial postulado não se coadunar com a interpretação jurídica do caso na hipótese trazida a lume. Assim é que, *exempli gratia*, em casos criminais em que se discute a segregação cautelar de acusado em ação penal, o clamor público deve ser desconsiderado, de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, para fins de aferição dos requisitos inerentes ao confronto entre a presunção de inocência e a possibilidade de prisão antes do julgamento definitivo da demanda, ambos preceitos de alçada constitucional.

As seguintes ementas exemplificam o que ora se expõe:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PROCESSO PENAL. DESAFORAMENTO INDEFERIDO PELA CORTE A QUO. MEDIDA DE EXCEÇÃO. DÚVIDA NA IMPARCIALIDADE DOS JURADOS NÃO DEMONSTRADA. ORDEM DENEGADA. 1. (...). 2. Ainda que o crime de homicídio imputado ao Paciente tenha causado clamor público, o writ não traz qualquer prova quanto a eventual interferência no ânimo dos jurados, de modo a colocar em dúvida a imparcialidade do Conselho de Sentença. 3. Ordem denegada. (Habeas Corpus nº 225565/MG (2011/0277781-1), 5ª Turma do STJ, Rel. Laurita Vaz. j. 06.03.2012, unânime, DJe 19.03.2012).

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. ROUBO. LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. PERICULOSIDADE DO AGENTE NÃO DEMONSTRADA. NECESSIDADE DE COIBIR NOVOS CRIMES NÃO EVIDENCIADA. RÉU PRIMÁRIO. CLAMOR PÚBLICO QUE NÃO JUSTIFICA A CUSTÓDIA CAUTELAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VISLUMBRADO. ORDEM CONCEDIDA. I. A prisão cautelar é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando

²⁵ BASSOK, Or, *op. cit.*, p. 364.

²⁶ *Idem*, p. 365.

devidamente amparada pelos requisitos legais previstos na legislação de regência, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação definitiva. II. O juízo valorativo sobre a gravidade genérica do crime imputado ao paciente não constitui fundamentação idônea a autorizar a prisão cautelar, se desvinculados de qualquer fator aferido dos autos apto a demonstrar a necessidade de ver resguardada a ordem pública em razão do modus operandi do delito e da periculosidade do agente, reconhecidamente primário. III. A simples menção aos requisitos legais da custódia preventiva, à necessidade de manter a credibilidade da justiça e de coibir a prática de delitos graves, assim como o clamor público não se prestam a embasar a segregação acautelatória, pois não encontram respaldo em qualquer circunstância concreta dos autos. IV deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como a decisão que decretou a prisão preventiva, determinando-se a expedição de alvará de soltura em favor do paciente, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que venha a ser decretada novamente a custódia, com base em fundamentação idônea. V. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator. (Habeas Corpus nº 212202/PB (2011/0155483-8), 5ª Turma do STJ, Rel. Gilson Dipp. j. 26.06.2012, unânime, DJe 01.08.2012)²⁷.

Em casos pontuais, contudo, já se pode perceber relativização do tema, situação verificada, por exemplo, na hipótese de brutalidade do crime cometido. Neste particular, assim decidiu a mesma Corte de Justiça, fazendo específica ressalva à excepcionalidade da testilha, com grifos e negritos nossos:

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO SEGUIDA DE MORTE. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRISÃO CAUTELAR. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E FUTURA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. 1. A jurisprudência desta Corte tem proclamado que a prisão cautelar é medida de caráter excepcional, devendo ser imposta apenas quando atendidas, mediante decisão judicial fundamentada (art. 93, inciso IX, da Constituição Federal), as exigências do art. 312 do Código de Processo Penal. 2. No tocante à garantia da ordem pública, a necessidade da segregação está evidenciada pelo modus operandi das infrações. **É bem verdade que o clamor público, consoante tem insistido a jurisprudência, não consubstancia fundamento idôneo para a determinação da segregação processual. Na espécie, entretanto, destacou a sentença a forma brutal como foram cometidos à extorsão mediante sequestro seguida de morte e o roubo circunstanciado.** 3.

²⁷ Julgados disponíveis, na íntegra, em <<http://www.stj.jus.br/jurisprudência>>. Acesso em 05 junho 2013.

Com efeito, a paciente esteve envolvida no sequestro de filho de um empresário na cidade de São José dos Campos, em São Paulo. Segundo consta dos autos, após o grupo haver extorquido o pai da vítima, exigindo valor como preço pelo resgate, receberam o dinheiro, acabando, contudo, por matar o refém com um tiro na nuca como forma de evitar a identificação dos criminosos. 4. Quanto à necessidade de se resguardar a futura aplicação da lei penal, a sentença não laborou em mero juízo de probabilidade ou conjectura ao erigir a possibilidade de fuga da paciente. Isso porque a acusada permaneceu foragida durante expressivo período no curso da ação penal. 5. Ordem denegada. (Habeas Corpus nº 131969/SP (2009/0053012-3), 6ª Turma do STJ, Rel. Og Fernandes. j. 24.05.2011, unânime, DJe 28.11.2011).

Apesar de os julgados se situarem no terreno da interpretação da lei e não, propriamente, do exame da validade do texto posto, já se verifica a possibilidade, corroborada em seara pretoriana, de consideração da opinião diretamente manifestada pela sociedade, ainda que de maneira excepcional.

Nessa perspectiva, a Suprema Corte, no julgamento da ADPF n.º 54/DF, utilizou-se de relatos individuais de mulheres que gestaram fetos anencéfalos para, ao cabo, concluir no sentido da possibilidade de interrupção da gravidez. A decisão se coadunou – e fez questão de ressaltar este ponto – com o sentimento das mulheres imbricadas na situação, construindo, ao final, interpretação que introduziu hipótese autorizativa da realização do aborto não expressamente prevista na legislação positiva²⁸.

Neste caso, a própria Suprema Corte brasileira, considerando expressamente a opinião manifestada por integrantes da sociedade, emitiu provimento decisório que, embasado também nos anseios das pessoas diretamente afetadas, realizou direito constitucionalmente previsto de tal modo a criar hipótese não prevista em lei para realização de aborto.

V Notas conclusivas.

O presente estudo pretendeu esclarecer a função do Poder Judiciário quando em tela conflitos que trazem à baila a necessidade de se confrontar o direito posto e elaborado pelo

²⁸ Observe-se, no voto do Relator, Ministro Marco Aurélio Mello, o relato da situação envolvendo Érica, Camila e Michele, ademais de Pesquisa realizada no hospital da Universidade de São Paulo, no período de janeiro de 2001 a dezembro de 2003, com pacientes grávidas de fetos portadores de anomalia incompatível com a vida extrauterina como dados aptos a reforçar a argumentação ao final lançada, no sentido de que “O sofrimento dessas mulheres pode ser tão grande que estudiosos do tema classificam como tortura o ato estatal de compelir a mulher a prosseguir na gravidez de feto anencéfalo.” A íntegra do voto pode ser obtida em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em 05 junho de 2013.

Parlamento com diretrizes constitucionais alusivas aos direitos fundamentais, liberdades individuais e postulações de grupos minoritários na seara pública.

Inicialmente, tratou-se da correlação entre judiciário e a dificuldade contramajoritária no sentido tradicional da expressão, tal como cunhada por Alexander Bickel. Observou-se que o posicionamento suscita tanto críticas quanto elogios, mas, inequivocamente, avivou o embate entre judiciário e parlamento, cujo pano de fundo é a democracia e o constitucionalismo revelado, este último, pelo “judicial review”.

Avançou-se à concepção de Or Bassok que, com amparo em outros Autores, postula releitura da ideia contramajoritária, concebendo-a sob o viés da opinião da sociedade diretamente expressada, de sorte que a decisão judicial poderia se afastar do direito objetivo oriundo do Parlamento e, ainda assim, coadunar-se com a Constituição por intermédio da legitimação social. Não haveria, com isso, atuação contramajoritária, ao menos se entendida em caráter literal.

A análise tópica de alguns V. Julgados parece demonstrar que, em princípio, a opinião diretamente manifestada pela sociedade deve ser desconsiderada para fins de decisões judiciais. Excepcionalmente, contudo, poderá ser admitida, desde que com o objetivo de reafirmar compromissos constitucionais.

O assunto demanda, evidentemente, maior digressão, mas se pequena fração da problemática tiver sido, à suficiência, exposta, o texto terá atingido seu objetivo primário.

VI Referências bibliográficas

ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano – fundamentos do direito constitucional**. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

BASSOK, Or. **The two countermajoritarian difficulties**. Texto disponível na íntegra em <http://www.slu.edu/Documents/law/PLR/Archives/PLR31-2_Bassok_Article.pdf> Acesso em 05 junho 2013.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional – entre constitucionalismo e democracia**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

BICKEL, Alexander M. **A ética do consentimento**. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1978.

_____ **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the bar of politics.** 2nd ed. New Haven: Yale University Press, 1986

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: MartinsFontes, 2010.

_____ **O império do direito.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2ª ed., 2007.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança – uma teoria do controle judicial de constitucionalidade.** Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação.** Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia – entre facticidade e validade - Volume I.** Tradução de Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: editora tempo brasileiro, 2003

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O Federalista – Pensamento político.** Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell editores, 2010.

<<http://www.bsos.umd.edu/gvpt/lpbr/subpages/reviews/ward-castillo0206.htm>>.

Acesso em 04 junho 2013.

<<http://www.lawnix.com/cases/baker-carr.html>>. Acesso em 06 junho 2013.

<<http://www.stj.jus.br/jurisprudência>>. Acesso em 05 de junho de 2013.

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em 05 junho de 2013.

MANSBRIDGE, Jane; SHAMES, Shauna L. **Toward a Theory of Backlash: Dynamic Resistance and the Central Role of Power.** Texto disponível na íntegra em

<<http://>

<http://journals.cambridge.org/action/displayAbstract%3bjsessionid=F402E0DF87C2DFD6E68B041E85B48440.journals?fromPage=online&aid=2734152>> Acesso em 03 junho 2013.