

A TENSÃO ENTRE A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E A DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA NA TEORIA DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE SOBRE O PROBLEMA DE ALEXANDER BICKEL E SUAS POSSÍVEIS SOLUÇÕES

Francisco de Rangel Moreira¹

André Régis de Carvalho²

Resumo: este trabalho investiga a tensão existente entre a legitimidade democrática e os mecanismos de controle de constitucionalidade, consagrada na expressão “dificuldade contramajoritária”, cunhada pelo jurista Alexander Bickel, a qual servirá de fundamento às reflexões desenvolvidas. Com base nesse problema, isto é, se existe ou não solução à referida tensão, alguns argumentos são propostos e discutidos no sentido de mitigar o alegado conflito e reforçar a possibilidade de relação harmônica entre a jurisdição constitucional e o princípio democrático, notadamente quatro: 1. a legitimidade democrática indireta da corte constitucional; 2. a titularidade do poder constituinte por parte do povo; 3. um conceito material e não excludente de democracia; 4. o controle de constitucionalidade como instrumento necessário de ‘correção’ da ignorância e irracionalidade políticas. As reflexões, embora, em muitos pontos, voltadas ao contexto brasileiro, podem ser transportadas para outros regimes jurídicos, a exemplo do norte-americano e daqueles que utilizam um modelo europeu continental, posto que se trata de uma das

¹ Estudante de doutoramento em Teoria do Direito na Universidade de Lisboa. Bacharel em Direito e Mestre em Teoria da Argumentação Jurídica pela UFPE.

² Bacharel e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE).

grandes discussões internacionais da teoria da justiça constitucional na atualidade. Ao fim, uma advertência sobre a necessidade de moderação no exercício dessa competência jurisdicional, com o objetivo de evitar os desgastes oriundos de um possível excesso de ativismo judicial.

Palavras-Chave: Justiça constitucional. Legitimidade democrática. Dificuldade contramajoritária. Alexander Bickel. Ativismo judicial.

THE TENSION BETWEEN THE DEMOCRATIC LEGITIMACY AND THE COUNTER-MAJORITARIAN DIFFICULTY IN THE THEORY OF CONSTITUTIONAL JUSTICE: AN ANALYSIS OF THE ALEXANDER BICKEL'S PROBLEM AND ITS POSSIBLE SOLUTIONS

Abstract: this article investigates the existing tension between democratic legitimacy and the mechanisms of judicial review, summarized in the expression “countermajoritarian difficulty”, coined by the jurist Alexander Bickel, which will serve as foundation for the further reflections. Based on this problem, that is, whether or not there is a solution to that tension, some arguments are proposed and discussed in order to mitigate the alleged conflict and reinforce the possibility of a harmonious relationship between constitutional jurisdiction and the democratic principle, notably four: 1. the indirect democratic legitimacy of the constitutional court; 2. the ownership of constituent power by the people; 3. a material and non-excluding concept of democracy; 4. The judicial review as a necessary instrument to ‘correct’ political ignorance and irrationality. These reflections, although, in many points, focused on the Brazilian context, can be transported to other legal regimes, such as the American and those that use a continental European model, since it is one of the greatest international discussions of the theory of constitutional

justice at the present time. Finally, a warning about the need for moderation in the exercise of this judiciary competence, with the aim of avoiding the strain arising from a possible excess of judicial activism.

Keywords: Constitutional justice. Democratic legitimacy. Counter-majoritarian difficulty. Alexander Bickel. Judicial activism.

INTRODUÇÃO



Este artigo procura analisar criticamente algumas possíveis soluções, principalmente no cenário jurídico brasileiro (mas com vários elementos de coorte em relação ao caso norte-americano e europeu), para o déficit democrático e a fragilização da separação dos poderes, denunciados pelo constitucionalista romeno e norte-americano Alexander Bickel e oriundos de uma “dificuldade contramajoritária”, na medida em que uma jurisdição constitucional, formada por juízes não eleitos popularmente, mostra-se capaz de anular deliberações e textos normativos aprovados pelos representantes do povo, sob o abrigo de sua função de controle de constitucionalidade.

Para tanto, faz-se importante, no capítulo inicial, uma prévia análise histórica do modelo clássico de legitimidade democrática e separação dos poderes, entre os séculos XVIII e XIX, bem como sua evolução e consequente hipertrofia do Judiciário e do papel da constituição, sobretudo ao término da 2ª Grande Guerra, na Europa continental, o qual explica as influências que moldaram o atual cenário jurídico brasileiro.

Na sequência, ainda no primeiro capítulo, a exposição dos principais conceitos da tese sustentada por Bickel.

Já no segundo capítulo, haverá uma explicação quanto às soluções defendidas para o dilema apresentado pelo Jurista. Assim, compreende-se, primeiramente, que a proposta de controle

de constitucionalidade, seja no modelo difuso seja no concentrado, culmina, em última instância (no primeiro caso), ou tem como órgão competente (no segundo caso) um tribunal formado por juízes indiretamente legitimados democraticamente.

Em segundo lugar, entende-se que o exercício de um controle de constitucionalidade seria ainda mais legitimado popularmente do que a atividade legislativa infraconstitucional, tendo-se em conta que a defesa da constituição interessa profunda e diretamente ao povo, na medida em que se constate a sua titularidade perante o poder constituinte.

Na sequência, sugere-se um conceito mais exigente de democracia, que inclua algumas garantias em relação às minorias, a fim de se diferenciar de uma mera “tirania da maioria”.

Por fim, propõe-se que o controle de constitucionalidade funciona como um instrumento necessário de ajuste da ignorância e irracionalidade políticas.

No 3º capítulo, por sua vez, será realizada uma breve análise sobre a necessidade de parcimônia judicial no exercício do controle de constitucionalidade, tendo-se em consideração os casos do Supremo Tribunal Federal brasileiro e da *Supreme Court* norte-americana.

O artigo parte, portanto, de um problema maior, isto é, a tensão existente entre a legitimidade democrática e os mecanismos de controle de constitucionalidade, tendo como marco a obra de Alexander Bickel “The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the bar of politics”, a fim de apresentar reflexões específicas que venham a dirimir ou mitigar o conflito e, dessarte, responder à questão sobre se existem ou não soluções à referida tensão (ou, ainda, se ela é real ou meramente aparente).

Deve-se observar que se trata de um tema bastante discutido no mundo jurídico, tanto no contexto norte-americano (no qual Bickel escreveu a sua obra), como em países de tradição jurídica romano-germânica, a exemplo do Brasil e da maioria

dos países europeus. Assim, mostra-se impossível esgotar o tema e toda a literatura jurídica a seu respeito no espaço de um artigo acadêmico, de modo que as reflexões aqui aplicadas e os autores e filósofos citados, embora qualitativamente fundamentais ao tema, não excluem outros tantos pertinentes. Ademais, as referências utilizadas são essencialmente bibliográficas, com base em livros e artigos jurídicos e filosóficos, deixando-se de lado, neste espaço, uma investigação jurisprudencial.

1. O DESAFIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

1.1. A FÓRMULA CLÁSSICA DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

O modelo político-jurídico da sociedade ocidental surgido na transição para a idade contemporânea, entre os séculos XVIII e XIX, consagrou uma série de anseios liberais e iluministas de uma burguesia já fortalecida economicamente, porém ainda secundária politicamente. O caso mais emblemático foi o francês, decorrente de uma sangrenta revolução, seguida pelo governo napoleônico, o qual buscou consolidar essa visão de mundo.

Nesse sentido, um dos pilares teóricos dessa nova fórmula foi idealizado pelo Barão de Montesquieu, filósofo iluminista francês, e consistiu no princípio da separação dos três poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário –, a serem exercidos por órgãos distintos e harmônicos entre si.

Em suas palavras, “tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares” (MONTESQUIEU, 2000, p. 168).

Esse princípio visava justamente a evitar os abusos de poder de um monarca absolutista e os privilégios da nobreza (em

detrimento da burguesia), típicos do modelo até então vigente (conhecido como Antigo Regime).

Assim, de acordo com essa nova perspectiva teórica, os legisladores gozariam de grande prestígio e seriam os verdadeiros protagonistas na garantia de uma legitimidade democrática – sendo a lei o instrumento pelo qual isso seria possível –, na medida em que incorporassem a “vontade geral” do povo (conforme conceito desenvolvido pelo iluminista genebrino Jean-Jacques Rousseau³) e representassem a maioria da população⁴.

Por outro lado, os juízes, não eleitos pelo povo, eram vistos com desconfiança pelos burgueses, na medida em que frequentemente reforçavam o *status quo* do Antigo Regime, favorecendo assim os desmandos do monarca e os privilégios aristocráticos.

Desse modo, nesse novo governo pregado pela burguesia, sob a primazia da lei (expressão máxima da vontade do povo), o Judiciário deveria se abster de qualquer função criativa, limitando-se à simples aplicação da lei (a tal ponto de ter surgido a expressão juiz “boca da lei”, defendida pelo movimento francês conhecido como Escola da Exegese, de índole estritamente legalista). Qualquer postura distinta do magistrado representaria uma afronta aos desejos da população. A esse respeito, afirma Chaïm Perelman (2004, pp. 32-33), jusfilósofo polonês e belga do século XX, o seguinte:

³ A respeito da “vontade geral”, afirma Rousseau o seguinte: “Na medida em que homens reunidos se consideram como um só corpo, não têm senão uma vontade que se vincula à conservação comum e ao bem-estar geral. Então todas as molas do Estado são vigorosas e simples, suas máximas são claras e luminosas, inexistem completamente interesses confusos, contraditórios, o bem-comum se mostrando por toda parte com evidência e não exigindo senão o bom senso para ser percebido” (ROUSSEAU, 2000, p. 123).

⁴ Na prática, porém, deve-se observar que o voto universal não era garantido, já que critérios eleitorais excludentes ainda eram comuns no século XIX e início do século XX (como o voto censitário, voltado apenas a uma elite econômica, e a proibição do sufrágio feminino), de modo que a vontade da maioria não estava verdadeiramente representada. Apesar disso, esse contexto teórico iluminista se mostrou muito útil para fins de legitimação política de um segmento social ascendente da burguesia.

A doutrina da separação dos poderes é ligada a uma psicologia das faculdades, em que vontade e razão constituem faculdades separadas. Com efeito, “a separação dos poderes significa que há um poder, o poder legislativo, que por sua vontade fixa o direito que deve reger certa sociedade; o direito é a expressão da vontade do povo, tal como ela se manifesta nas decisões do poder legislativo. Por outro lado, o poder judiciário diz o direito, mas não o elabora. Segundo esta concepção, o juiz limita-se a aplicar o direito que lhe é dado... Essa concepção conduz a uma visão legalista; a passividade do juiz satisfaz nossa necessidade de segurança jurídica. O direito é um dado que deve poder ser conhecido por todos do mesmo modo. Essa visão do direito conduz também a uma aproximação do direito com as ciências.

Em suma, a legitimidade democrática do modelo liberal iluminista consistia na separação dos poderes e na aplicação judicial meramente automática da lei, produto elaborado pelos representantes do povo.

Nem mesmo a figura da constituição escrita – fruto do movimento constitucionalista dos séculos XVIII e XIX (engatados, dentre outros pensadores, pelo francês Abade Sieyès⁵) –, possuía a aplicabilidade prática, diária e imediata da lei, apresentando, de certo modo, uma função mais simbólica naquele momento histórico.

Assim, tais dispositivos constitucionais davam suporte à visão burguesa da época e costumavam ser sucintos e limitados a funções bastante gerais, como o estabelecimento da divisão de poderes e organização do Estado, bem como a consagração dos

⁵ Verifique-se a esse respeito, por exemplo, a seguinte passagem do Abade: “É impossível criar um corpo para um determinado fim sem dar-lhe uma organização, formas e leis próprias para que preencha as funções às quais quisemos destiná-lo. Isso é que chamamos a constituição desse corpo. É evidente que não pode existir sem ela. E é também evidente que todo governo comissionado deve ter sua organização; e o que é verdade para o geral, o é também para todas as partes que o compõem. Assim o corpo dos representantes, a que está confiado o poder legislativo ou o exercício da vontade comum, só existe na forma que a nação quis lhe dar. Ele não é nada sem suas formas constitutivas; não age, não se dirige e não comanda, a não ser por elas.” (SIEYÈS, p. 30).

direitos liberais ou negativos (posteriormente conhecidos como de 1ª geração ou dimensão), isto é, aqueles referente, sobretudo, às liberdades, propriedade e não intervenção do Estado na esfera privada do indivíduo (direitos presentes também nas declarações de direitos e cartas de intenções redigidas naquele período)⁶.

1.2. O CONCEITO DE DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA

Por outro lado, o cenário previamente descrito se alterou consideravelmente ao longo do século XX, na medida em que algumas ideias pós-positivistas, ligadas, pois, à superação do positivismo jurídico (a exemplo do movimento neoconstitucionalista e da jurisprudência dos valores), surgiram no sentido de fortalecer e ampliar o papel da constituição nos países de tradição romano-germânica, sobretudo após as atrocidades cometidas durante a 2ª guerra mundial.

Assim, o instrumento constitucional, em vez de apenas prever a estrutura e organização do Estado, além de declarar sem tanta efetividade alguns direitos liberais, deveria então ostentar uma posição de primazia perante a lei, abarcando numerosos princípios constitucionais, além de consagrar uma série de direitos fundamentais de 2ª dimensão, de cunho social ou prestacional (ao lado dos já tradicionais direitos burgueses de 1ª dimensão), a serem, em tese, diretamente aplicáveis e não revogáveis (“cláusulas pétreas”); todos sob o abrigo do supremo direito à dignidade humana – como restou claro já no art 1º da

⁶ Sobre essa 1ª geração de direitos, o constitucionalista Paulo Bonavides observa o seguinte: “Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente. [...] Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.” (BONAVIDES, 2017, pp. 577-578).

Constituição Alemã de 1949, conhecida como Lei Fundamental de Bonn (ALEMANHA, 1949).

A esse respeito, os direitos sociais geralmente exigem uma postura positiva do Estado em defesa do princípio da igualdade, no sentido de garantir a todos (idealmente) os bens mais essenciais, como educação, cultura, saúde, moradia, emprego etc.

Nesse sentido, um dos mais relevantes autores do pós-positivismo alemão, Konrad Hesse, incutiu na cultura jurídica o conceito de “força normativa da constituição”, a partir de um dever efetivo e imediato de cumpri-la, presente na consciência geral da nação, o qual lhe concede força ativa, por meio da superação de um mero desejo geral de poder (*Wille zur Macht*) para um desejo de obediência à constituição (*Wille zur Verfassung*) (HESSE, 1991, p. 19).

Todo esse modelo neoconstitucionalista descrito, oriundo da Europa continental, mormente da Alemanha, fundamentado na dignidade humana e em um extenso rol de direitos fundamentais, foi fortemente adotado pelo direito brasileiro, particularmente a partir da atual Constituição Federal de 1988, de teor bastante social e protetivo, promulgada em um período de redemocratização brasileira⁷.

Ademais, todo esse contexto teórico não seria possível sem a noção de controle de constitucionalidade, a ser exercido por uma jurisdição constitucional, que faria a função de guardião da constituição e declararia a eventual inconstitucionalidade da legislação infraconstitucional, excluindo-a do ordenamento jurídico, de acordo com inspiração de Hans Kelsen (jurisdição a qual, exceto por um breve período de aplicação na Áustria pré-nazista, somente foi adotada em peso após a 2ª guerra mundial)⁸.

⁷ Daí a importância da evolução histórica previamente empreendida, a fim de situar o leitor no atual contexto jurídico brasileiro, mostrando-lhe as suas inspirações teóricas.

⁸ Sobre a discussão, afirma Kelsen o seguinte: “Não é apenas na relação entre os atos de execução material e as normas individuais - decisão administrativa e sentença ou também entre esses atos de execução e as normas legais ou regulamentares gerais, que

Nesse sentido, apesar de o referido autor se enquadrar no movimento do juspositivismo normativista, o seu legado foi fundamental para as escolas pós-positivistas. A esse respeito, de acordo com o jurista Paulo Gustavo Gonet Branco (2008, p. 53):

A Justiça constitucional, nos moldes de Kelsen, se alastrou pelo velho continente, na medida em que os seus países emergiram de dificuldades históricas extraordinárias, a partir do término da 2ª Guerra Mundial. Diplomas constitucionais de 1948 e de 1949 preveem cortes com jurisdição constitucional na Itália e na Alemanha. No auge da crise argelina, a Constituição francesa de 1958 também adota um sistema de controle peculiar, por meio do Conselho Constitucional. A jurisdição constitucional é acolhida, na década de 1970, em Portugal, na Espanha e na Grécia. Com a queda do comunismo, a partir de 1989, espalha-se pelas antigas ditaduras do Leste Europeu.⁹

Ocorre que um controle jurisdicional de constitucionalidade poderia provocar, na perspectiva do constitucionalista romano e norte-americano Alexander Bickel, um déficit democrático, de acordo com a visão exposta no subitem anterior. Isso, porque a lei infraconstitucional, elaborada pelo Legislativo, eleito diretamente pelo povo, representa a própria vontade desse último, de modo que o seu afastamento do ordenamento jurídico por um órgão não eleito, qual seja, uma corte constitucional,

podem ser postuladas a regularidade e as garantias técnicas apropriadas para assegurá-la, mas também nas relações entre o decreto e a lei, e entre a lei e a Constituição. Assim, as garantias da legalidade dos decretos e da constitucionalidade das leis são tão concebíveis quanto as garantias da regularidade dos atos jurídicos individuais. Garantias da Constituição significam portanto garantias da regularidade das regras imediatamente subordinadas a Constituição, isto é, essencialmente, garantias da constitucionalidade das leis.” (KELSEN, 2003, p. 126)

⁹ A questão foi muito bem sintetizada nas palavras do jurista português Pedro António Barbas Homem: “A concretização das disposições constitucionais torna-se aspecto definidor da função jurisdicional. É desta apreciação política e normativa que podemos encontrar várias consequências na ciência e metodologia do direito: por um lado, a superação da divisão tradicional do trabalho jurídico nas tarefas de criação, interpretação e aplicação da lei, a qual correspondia ao cânone da superioridade do poder legislativo sobre o poder de julgar; por outro lado, a necessária alteração da metodologia jurídica, com o reconhecimento aos tribunais, em especial ao tribunal constitucional, do poder de recusar a aplicação de normas legais inconstitucionais e, eventualmente, de as anular.” (HOMEM, 2001, p. 118)

contrariaria os desejos dessa população e geraria uma ferida na visão clássica de separação de poderes e, conseqüentemente, na legitimidade democrática do sistema.

É de suma importância observar que, embora Bickel leve em conta o contexto jurídico norte-americano da *common law* em sua obra, naturalmente distinto do sistema romano-germânico (adotado, por exemplo, na Alemanha e em Portugal), de modo que o seu controle de constitucionalidade (ou “*judicial review*”), chamado de “difuso” (pois não se concentra em uma única corte constitucional), segue um procedimento diferente daquele idealizado por Kelsen – considerado, ao contrário, “concentrado” –, não há como negar que o cerne do dilema por ele apresentado se mostra igualmente presente nesse último caso, sendo, pois, oportuna a presente reflexão.

No caso do direito brasileiro, embora, naturalmente, oriundo da tradição romano-germânica da Europa continental, a pertinência da análise é ainda maior, posto que adota um sistema híbrido de controle de constitucionalidade, o qual abraça tanto o modelo difuso norte-americano, como o modelo concentrado europeu.^{10 11}

Retomando-se a discussão, verifica-se que todo “o problema pode ser resumido na expressão ‘dificuldade

¹⁰ Sobre o modelo norte-americano e o austríaco: “O controle de constitucionalidade, tal como o conhecemos hoje, é uma ideia com dupla paternidade. Ao lado de John Marshall, presidente da Suprema Corte norte-americana à época da mencionada decisão *Marbury v. Madison*, e principal autor intelectual da argumentação que levou à criação do controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos, está, sem dúvida nenhuma, o nome de Hans Kelsen, autor de um dos anteprojetos da Constituição austríaca de 1920 e, posteriormente, juiz do Tribunal Constitucional da Áustria. Se, com Marshall, é colocada em prática a ideia de controle de constitucionalidade, o projeto de Kelsen dá vida à ideia de um tribunal especificamente encarregado desse controle e monopolizador das decisões de inconstitucionalidade.” (SILVA, 2009, pp. 199-200)

¹¹ Para um maior aprofundamento sobre os modelos difuso e concentrado de constitucionalidade, bem como o caso híbrido brasileiro, vide, por exemplo, Bonavides (2017, cap. 9); Mendes e Branco (2012, cap. 10); Barroso (2022, parte III, caps. III-IV) e Silva (2020, 1ª parte, Título I, cap. III).

contramajoritária’, cunhada por Alexander Bickel para revelar o impasse percebido no fato de um órgão do Judiciário, não eletivo, anular uma deliberação do corpo de representantes do povo” (BRANCO, 2008, p. 74).

Desse modo, o controle de constitucionalidade seria, para Bickel (1962, p. 20), “o poder de aplicar e construir a constituição, em questões da maior atualidade, contra os desejos da maioria legislativa, a qual se mostra, por sua vez, impotente para atacar a decisão judicial”. (tradução nossa do original em inglês)

A repercussão da obra de Bickel foi tanta (não apenas nos EUA), que o constitucionalista norte-americano Barry Friedman (1998, pp. 334-335) chegou a descrever a ‘dificuldade contramajoritária’ como uma ‘fixação acadêmica visível em todo lugar’ e como a ‘obsessão central da sabedoria constitucional moderna’. (tradução nossa do original em inglês)

Na sequência, mais algumas considerações sobre o problema e as suas possíveis soluções.

2. AS POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA O DILEMA

2.1. A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA INDIRETA DA CORTE CONSTITUCIONAL

Após a exposição do problema pensado por Bickel, o qual deve ser encarado com grande seriedade, são cabíveis, porém, algumas reflexões no sentido de mitigar a sua gravidade.

Primeiramente, deve-se salientar o fato de que, tanto no contexto norte-americano (no qual o Autor escreveu a sua obra), como no brasileiro (tido em conta no presente artigo), a corte responsável, em última instância, por esse controle de constitucionalidade – no caso do controle difuso (seja a *Supreme Court* dos Estados Unidos, seja o Supremo Tribunal Federal brasileiro, por meio de Recurso Extraordinário) –, ou responsável diretamente por ele, no modelo concentrado (também o STF, no caso

brasileiro), não é composta por magistrados ausentes de legitimidade democrática, haja vista o papel do presidente da república e do senado federal em sua escolha.

Assim, no caso brasileiro (e, similarmente, no norte-americano), na medida em que os candidatos ao Supremo são selecionados e nomeados pelo presidente da república, além de sabatinados e confirmados pelo senado, eles passam a gozar de legitimidade democrática, ainda que indiretamente, já que o presidente e os senadores, no atual regime democrático e constitucional brasileiro (bem como no norte-americano), são eleitos diretamente pela população.

Ademais, o fato de haver, na jurisdição constitucional, uma margem discricionária ao magistrado não era de modo algum um problema para Kelsen, na medida em que tal espaço volitivo já existiria nas sentenças da justiça ordinária (a figura da moldura kelseniana), sendo ilusória a crença em um juiz exegético meramente aplicador do direito, rigorosamente apartado do momento de criação legislativa.

Assim, para o Austríaco, a diferença entre um juiz constitucional e um ordinário, tendo-se em conta o seu modelo de controle de constitucionalidade, não residiria propriamente na natureza da atividade, mas apenas no seu grau de discricionariedade, sendo a moldura daquele perante a constituição, no momento de declarar a inconstitucionalidade de determinada lei infraconstitucional, mais abrangente do que a desse perante a lei infraconstitucional (no momento de proferir a sentença ao caso concreto). Em qualquer dos casos, portanto, haveria, em algum nível, um problema de política do direito, e não simplesmente de teoria do direito (KELSEN, 1999, p. 249).

A particularidade do juiz constitucional, contudo, seria o seu teor negativo, já que age não como um legislador padrão, criando leis dentre de uma margem constitucional, mas, inversamente, afastando as leis que (em sua interpretação) fogem dessa moldura.

Vale destacar que, apesar das possíveis críticas (quanto a um suposto déficit democrático) dirigidas a um controle judicial de constitucionalidade, a opção alternativa tampouco se torna viável, qual seja, um controle efetuado por um órgão democraticamente legitimado.

Em verdade, essa foi a proposta de Carl Schmitt, em oposição ao modelo kelseniano de controle concentrado.

Nos termos de Schmitt (2007, p. 233), a função de guarda da constituição (em vez da corte constitucional defendida por Kelsen) deveria ser exercida pelo “Presidente do Reich” (Chefe de Estado alemão), o qual representaria a vontade unificada da nação alemã, uma vez que ele próprio seria eleito pelo povo, respeitando-se assim a legitimidade democrática.

Tal proposta, contudo, foi, não sem motivos, deixada de lado após a 2ª Guerra Mundial, em benefício do modelo kelseniano, o qual se alastrou pela Europa continental e, posteriormente, por vários outros países.

Nesse sentido, os Estados democráticos reconheceram o potencial perigo de um controle de constitucionalidade exercido por uma autoridade diretamente eleita pelo povo, a qual, desse modo, estaria diretamente a serviço dos interesses da maioria, possivelmente em detrimento das garantias dos grupos minoritários.

2.2. A LEGITIMIDADE CONSTITUINTE DO “POVO”

Outro ponto relevante na mitigação da controvérsia é que a proteção da constituição perante a legislação infraconstitucional não deveria ser vista como uma atividade antidemocrática, na medida em que o detentor do poder constituinte nos Estados contemporâneos é o próprio povo (ou a nação), segundo as mesmas teorias constitucionalistas clássicas dos séculos XVIII e XIX, principalmente a do já citado Abade Sieyès (ainda, contudo, que o seu exercício ativo se concentre em parcela da

população¹²).

Em sua obra de 1789, o abade Sieyès reafirma a doutrina da soberania da Nação, dizendo que “*em toda Nação livre – e toda Nação deve ser livre – só há uma forma de acabar com as diferenças que se produzem com respeito à Constituição. Não é aos notáveis que se deve recorrer, é à própria Nação*” (SIEYÈS, 2001, p. 113). Foi com essa posição que Sieyès confirma, desde uma posição racional, o princípio da soberania da Nação como instrumento de legitimação para a instituição de um Estado baseado no Direito estipulado em um contrato social que deverá ser o estabelecimento prévio das regras de viver em sociedade que será uma constituição escrita pelos representantes da nação. (GARCIA, 2016, pp. 7-8)

Assim, a proteção da constituição deve, ao contrário, ser encarada como a tutela dos desígnios mais basilares da nação, conseqüentemente um procedimento profundamente democrático, ainda mais na medida em que a própria constituição, como no caso brasileiro, prevê os seus mecanismos de justiça constitucional e controle de constitucionalidade.¹³

É bem verdade que tal argumento já havia sido levado em consideração por Alexander Bickel (1962, pp. 16-17), ao minimizar a relevância do conceito de “povo” na titularidade da constituição, julgando-o uma mera abstração, em oposição à vontade imediata e atualizada dos legisladores, representantes eleitos do povo.

Mas a palavra "povo" assim usada é uma abstração. Não necessariamente sem sentido ou pernicioso; sempre carregada de emoção, mas não representativa – uma abstração que

¹² Nas palavras de Paulo Bonavides sobre o poder constituinte contemporâneo: “Durante a Revolução Francesa o mesmo poder coube nominalmente à Nação ou ao Povo, mas de modo efetivo, no seu exercício, a uma Classe – a burguesia – ou seja, aquela parte do Povo que toma ‘consciência política autônoma’ e entra a decidir acerca da forma de existência estatal, exercendo, por consequência, o poder constituinte.” (BO-NAVIDES, 2017, pp. 160-161).

¹³ Nesse ponto, resta clara a distinção entre o caso brasileiro e o norte-americano, já que, no último, o fundamento do controle de constitucionalidade é jurisprudencial, não sendo expresso na própria Constituição dos EUA (o que não compromete, contudo, a sua legitimidade, pois a constituição não precisa explicitar o óbvio, isto é, que ela possui a pretensão de ser observada).

obscurece a realidade de que quando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo ou o ato de um membro eleito do Executivo, ela frustra a vontade dos representantes do povo real, do aqui e agora; ela exerce controle, não em nome da maioria prevalente, mas contra ela. Isso, sem conotações místicas, é o que realmente acontece. É a razão pela qual pode-se acusar o controle de constitucionalidade de antidemocrático. (tradução nossa do original em inglês)

Ocorre, contudo, que as teorias hermenêuticas mais modernas já compreendem a necessidade de uma interpretação histórico-evolutiva por parte dos juízes, mormente os das cortes supremas e constitucionais.

Assim, espera-se de um jurista tecnicamente extremamente qualificado, como devem ser aqueles da *Supreme Court* dos EUA ou do STF brasileiro, o domínio dessa técnica no plano constitucional, no sentido de interpretar a constituição não apenas no seu texto seco, mas ante uma leitura atualizada dos anseios sociais, considerando-se as alterações tecnológicas e morais pelas quais passou a sociedade desde a elaboração da constituição até o tempo presente.

Trata-se do conhecido conceito de “mutação constitucional”, que procura dar um caráter de atualidade democrática às decisões de um tribunal constitucional, neutralizando ou minimizando a crítica supracitada de Bickel.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso (2022, p. 52):

(...) a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. Para que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular.

Existem, inclusive, estudos que apontam uma relativa sintonia entre, de um lado, as interpretações e decisões em sede

de justiça constitucional e, do outro, os movimentos e clamores presentes em cada época na sociedade. Verifique-se, por exemplo, nessa linha de raciocínio, o constitucionalista norte-americano Michael Dorf, que, tendo em conta o contexto dos Estados Unidos, afirma que, embora leis estaduais e federais sejam regularmente declaradas inconstitucionais a título de *judicial review*, raramente essas decisões se afastam substancialmente da opinião pública média e, mesmo quando o fazem, caso a crítica popular persista, esse posicionamento institucional acaba por ser alterado, no sentido de se aproximar da opinião média, seja por emenda constitucional, seja por mudanças no entendimento jurisprudencial, de modo que as cortes norte-americanas não podem ser consideradas “órgãos contramajoritários fortes” (DORF, 2010, pp. 283-284).

Dorf reforça o seu ponto ao alegar que, nos Estados Unidos, a jurisprudência da *Supreme Court* reconheceu demandas, primeiramente, ligadas à igualdade racial; posteriormente, contra discriminação de gênero e, por fim, contra a discriminação por orientação sexual, o que, não por acaso, coincide com a ordem na qual tais movimentos e clamores irromperam na sociedade norte-americana (DORF, 2010, p. 287).

No caso brasileiro, ainda que, provavelmente, em menor grau, se comparado ao norte-americano, pode-se perceber que as decisões do STF consideradas “revolucionárias” e de grande repercussão, em termos de controle de constitucionalidade, quase sempre, foram possíveis apenas após fortes movimentações da sociedade civil. Por certo, decisões como aquelas que reconheceram uniões estáveis homoafetivas no Brasil (ADI 4277 e ADPF 132, ambas de 2011¹⁴), ou a que julgou inconstitucional o enquadramento da interrupção de parto de feto anencéfalo como aborto, nos termos tipificados pelo Código Penal

¹⁴ Para uma análise hermenêutica mais detida da referida decisão, vide, por exemplo, Just e Castro (2014).

brasileiro (ADPF 54, de 2012¹⁵), ou ainda a que declarou inconstitucional a proibição de doação de sangue no Brasil por homens que houvessem praticado relações sexuais homoafetivas nos 12 meses anteriores (ADI 5543, de 2020¹⁶) seriam impensáveis até os anos 80 ou 90 do século passado, em que não se via um clamor tão forte por esses direitos, de cunho feminista e LGBT, na sociedade brasileira.

Assim, também no caso do Brasil, seria possível sugerir (como Dorf fez no exemplo norte-americano) que o STF não é um “órgão contramajoritário forte”, pois ele leva em conta demandas organizadas e de significativo alcance na sociedade (ainda que não, necessariamente, defendidas pela maioria da população).

Quanto ao argumento do poder constituinte do povo, não se pode negar, é bem verdade, que, na era contemporânea, constituições autoritárias e ilegítimas têm sido, com alguma frequência, outorgadas, sem que o povo consiga impedi-las, a exemplo das brasileiras de 1824 (constituição imperial) e de 1937 (que originou o Estado Novo de Getúlio Vargas). Ademais, mesmo constituições promulgadas, de forte teor social e garantista, por exemplo, podem não refletir necessariamente os desejos e a mentalidade imediata de uma determinada sociedade (eventualmente mais liberal e individualista).

Não obstante, pode-se entender que a vontade popular unida e organizada seria invencível, de modo que, ainda que com alguma demora, acabaria por derrubar, pacífica ou violentamente, o poder autoritário ou em descompasso com o seu espírito, caso contrário, teria com ele consentido, ainda que tacitamente (no sentido de julgá-lo, se não ideal ou satisfatório, ao menos tolerável). Por isso, reitera-se que cabe ao povo, em último grau, a titularidade do poder constituinte.

¹⁵ Para uma leitura profunda a respeito da referida decisão e dos modelos argumentativos utilizados pelos ministros, vide, por exemplo, Moreira (2021).

¹⁶ Para um maior aprofundamento sobre a referida decisão, de uma perspectiva hermenêutica, vide, por exemplo, Moreira (2022).

A esse respeito, Ferdinand Lassalle já afirmava, no século XIX, que, uma vez organizado (ainda que somente em períodos excepcionais), perante uma forte comoção popular, o poder da nação seria invencível, superior, até mesmo, ao do próprio exército, capaz, pois, de derrubar uma constituição (real ou escrita) tida como insuportável.

Mas a população, um dia, cansada de ver os assuntos nacionais tão mal administrados e pior regidos e que tudo é feito contra a sua vontade e os interesses gerais da nação, pode se levantar contra o poder organizado, opondo-lhe sua formidável supremacia, embora desorganizada. (LASSALLE, 2001, p. 23)

É que o poder desta – “nação” – é um poder desorganizado e o daquele – “exército” – é uma força organizada e disciplinada que se encontra a todo momento em condições de enfrentar qualquer ataque, vencendo sempre, a não ser nos casos isolados em que o sentimento nacional se aglutina e, num esforço supremo, vence o poder organizado do exército. Mas isso somente acontece em momentos históricos de grande emoção. (LASSALLE, 2001, p. 34)

Na sequência, um terceiro argumento para a mitigação do dilema.

2.3. A ATUAL PERSPECTIVA SOBRE DEMOCRACIA

Mais um elemento essencial para a discussão é o da superação da visão clássica (e mesmo simplista) de democracia como mera vontade da maioria, exposta anteriormente, haja vista a necessidade de garantir minimamente a todos um espaço seguro de participação e inclusão para o bom funcionamento do Estado Democrático de Direito.

Em outras palavras, um regime que concede à maioria a faculdade de hostilizar e intimidar as minorias, qualquer que seja a motivação – a exemplo de etnia, origem, religião ou orientação sexual – negando-lhes todos ou alguns de seus direitos, liberdades e individualidades mais básicos, não é uma democracia, mas sim uma “tirania da maioria”, conforme expressão já consagrada na literatura política.

Já na primeira metade do século XIX, o pensador francês Alexis de Tocqueville (2005, pp. 294-295), em sua conhecida obra “A Democracia na América”, referiu-se ao que entendia como uma tirania da maioria (título de um dos seus capítulos). O Autor indaga o que seria:

(...) uma maioria tomada coletivamente, senão um indivíduo que tem opiniões e, na maioria dos casos, interesses contrários a outro indivíduo, denominado minoria? Ora, se você admitir que um homem investido da onipotência pode abusar dela contra seus adversários, por que não admite a mesma coisa para uma maioria? Os homens, reunindo-se, mudaram de caráter? Tornaram-se mais pacientes diante dos obstáculos tornando-se mais fortes? Quanto a mim, não poderia acreditar em tal coisa; e o poder de fazer tudo, que recuso a um só de meus semelhantes, nunca vou conceder a muitos.

Poucos anos depois, em famoso ensaio denominado “*On Liberty*”, no original, o pensador utilitarista inglês John Stuart Mill também a utilizou (mesmo sem se valer de noções atuais, como direitos fundamentais ou garantias das minorias), descrevendo-a do seguinte modo:

Como outras tiranias, a tirania da maioria era, a princípio, e ainda é, vulgarmente, temida, principalmente por operar por meio dos atos das autoridades públicas. Mas as pessoas sensatas perceberam que quando a própria sociedade é a tirana – a sociedade coletivamente, sobre os indivíduos separados que a compõem – seus meios de tiranização não se restringem aos atos que ela pode realizar pelas mãos de seus funcionários políticos. A sociedade pode e, de fato, executa suas próprias determinações: e se emite determinações erradas em vez de certas, ou quaisquer determinações em coisas com as quais não deveria se intrometer, ela pratica uma tirania social mais terrível do que muitos tipos de opressão política, pois, embora geralmente não seja sustentada por penas tão extremas, deixa menos meios de fuga, penetrando muito mais profundamente nos detalhes da vida e escravizando a própria alma. (MILL, Chapter 1) (tradução nossa do original em inglês)

Outro autor (este contemporâneo) que se debruçou sobre o tema foi o jusfilósofo alemão Stephan Kirste, associando estreitamente o direito à democracia a outros direitos humanos,

mormente à liberdade, a qual serviria de fundamento àquele. Assim, para Kirste (2016, p. 34), “o reconhecimento do direito humano fundamental à democracia é, igualmente, o reconhecimento de se esclarecer sempre e novamente os direitos humanos (VISMANN, 1996, p. 323.), o direito das pessoas de em si, desde sempre, se determinar no autocriado reino da liberdade”.

O jusfilósofo também observa que várias legislações internacionais já oferecem um conceito mais abrangente de democracia, não restringindo-o apenas à vontade da maioria, mas incluindo noções de liberdade e desenvolvimento social.

Nesse sentido, segundo Kirste (2016, p. 7), as “declarações regionais de direitos humanos, como o art. 3º 1 do Protocolo Adicional à Convenção Europeia dos Direitos Humanos e o art. 10 da Convenção Europeia, art. 26, Frase 1 da Carta Interamericana, reconhecem que a democracia é a forma de vida baseada na liberdade e na melhoria das condições econômica, social e cultural”.

Em suma, sob essa perspectiva, não é correto afirmar que a dificuldade contramajoritária, observada por Bickel e enfrentada pelas cortes constitucionais – por ocasionar a nulidade de leis formuladas pelos legisladores e aprovadas pelo Chefe do Executivo (todos eles eleitos pelo povo) –, implica um déficit democrático.

Isso devido ao fato de que as concepções mais recentes de democracia já incluem fatores qualitativos, uma vez que dizem respeito não apenas à vontade absoluta da maioria, mas também a algumas proteções e garantias básicas das minorias, devidamente previstas constitucionalmente, de modo que uma justiça constitucional que atue (ao interpretar e aplicar a constituição) no controle dos excessos por vezes tirânicos da maioria, em auxílio aos segmentos mais vulneráveis da população, de forma alguma atua no enfraquecimento da legitimidade democrática de um Estado, mas justamente em seu favor.

Nesse sentido, a interpretação legítima da Constituição pode coincidir tanto com a opinião da maioria quanto da minoria.

Portanto, não podemos correr o risco de confundir legitimidade apenas com a vontade da maioria. É por isso, inclusive, que a corte constitucional tem o poder legítimo, conferido pela própria Constituição, de contrariar o próprio Poder Legislativo, com ou sem a chancela do Executivo, quando considera determinada lei, mesmo aprovada pela maioria, como inconstitucional. (RÉGIS; MAIA, 2004, pp. 55-56)

Em sentido semelhante, também o ilustre constitucionalista português Jorge Miranda (2019, pp. 119-120) ensina que a democracia representativa não pode prescindir do Estado de Direito, o qual apresenta não apenas um viés formal, pautado pela separação dos Poderes e respeito à lei, mas também um material, responsável pela garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos, o que, naturalmente, deve ser feito, até mesmo, no sentido de restringir a vontade da maioria, por meio dos mecanismos de resposta adequados à disposição do Estado de Direito democrático, o que inclui, evidentemente, o controle de constitucionalidade.

Tal atuação da corte constitucional, ainda que inevitavelmente mais discricionária do que o juízo ordinário (como já havia afirmado Kelsen), deve ser, todavia, realizada, na medida do possível, com comedimento, constância e coerência, a fim de evitar desconfiças da população quanto aos seus juizes constitucionais e um conseqüente comprometimento do ideal de segurança jurídica do sistema, sob a acusação (frequentemente negativa) de ativismo judicial e mesmo de judicialização da política.

2.4. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO UMA RESPOSTA NECESSÁRIA À IGNORÂNCIA E IRRACIONALIDADE POLÍTICAS

Um último argumento para a mitigação do problema da dificuldade contramajoritária, nos termos colocados por Bickel (sem qualquer pretensão de exaurir a discussão), é o da ignorância política da maior parcela da população.

Nesse sentido, o jurista Ilya Somin (de origem soviética, porém crescido nos EUA e de formação jurídica norte-americana) ressalta, em uma de suas obras, o descaso, à época, da literatura acadêmica do direito e da ciência política a respeito da ignorância política dos eleitores – fator crucial, em sua opinião, para os temas da democracia, do controle de constitucionalidade e da dificuldade contramajoritária. Em suas palavras (SOMIN, 2006, p. 2):

A ideia da dificuldade contramajoritária repousa na suposição de que as leis promulgadas pelos legisladores refletem a vontade das maiorias eleitorais, o que, por sua vez, baseia-se na suposição de que essas últimas possuem conhecimento político suficiente para controlar o que seus representantes fazem. No entanto, apesar da centralidade do eleitorado supostamente majoritário para a questão em disputa, a literatura não inclui sequer uma única avaliação da relevância da ignorância do eleitor para o debate. (...) Assim como a literatura acadêmica jurídica sobre a dificuldade contramajoritária tem ignorado a potencial relevância da ignorância maciça do eleitor, a extensa literatura da ciência política sobre o conhecimento do eleitor tem, geralmente, ignorado as possíveis implicações de suas descobertas para o controle judicial de constitucionalidade. (tradução nossa do original em inglês)

Assim, após pesquisas sobre o grau de educação política da sociedade norte-americana, o Autor conclui que uma grande parte dos eleitores norte-americanos desconhece, até mesmo, informações básicas sobre o funcionamento do sistema político e instituições democráticas dos EUA.¹⁷ Segundo o Jurista (SOMIN, 2006, p. 16):

O ponto mais importante estabelecido em cerca de cinco décadas de pesquisa sobre conhecimento político é que a maioria dos cidadãos americanos carece até mesmo de um conhecimento político muito básico. Tomando emprestada a terminologia do cientista político Stephen Bennett, quase um terço dos adultos americanos são “sabem nada” políticos (“*political know nothings*”), que não possuem sequer quase nenhum

¹⁷ Para um maior entendimento, vide o texto na íntegra, particularmente os diversos dados e tabelas apresentados pelo Autor (SOMIN, 2006).

conhecimento útil de política. Para os propósitos atuais, é importante enfatizar que a maioria dos cidadãos carece de conhecimento básico sobre as “regras do jogo”, sobre informações a respeito de quais funcionários e órgãos públicos são responsáveis por quais questões. Por exemplo, a maioria não conhece as respectivas funções dos três poderes do governo, quem tem o poder de declarar guerra ou qual instituição controla a política monetária. Um problema relacionado é que os cidadãos muitas vezes desconhecem quais partidos políticos controlam quais instituições do governo. (tradução nossa do original em inglês)

Ora, levando-se em conta o cenário de ignorância política apresentado por Somin, torna-se problemática a conclusão, fruto de uma presunção errônea, de que as leis refletem fielmente a vontade democrática da maioria dos cidadãos, já que boa parte dos eleitores vota e se posiciona politicamente de modo profundamente desinformado.

Isso, naturalmente, não é razão para descartar o sistema democrático, mas apenas para compreender a necessidade de mecanismos de correção de algumas de suas “falhas” ou “distorções”.

Nesse sentido, além, claro, de iniciativas para a conscientização política da população, também o controle de constitucionalidade (particularmente em sua modalidade judicial), desde que exercido com parcimônia, apresenta-se não como um elemento de atrito com o princípio democrático, mas, ao contrário, como um poderoso instrumento para o seu bom exercício, ao sanar o sistema de vícios (os quais, frequentemente, são consequência da referida ignorância política).

Naturalmente, os dados apresentados por Somin se limitam ao caso norte-americano. Entretanto, não parece haver motivos para um maior otimismo em relação à realidade brasileira, conforme apontam, de modo sucinto, as informações abaixo:

- 14% dos brasileiros possuem baixo interesse por política, 30% possuem nenhum interesse e somente 17% possuem alto interesse (DATASENADO, 2020);

- 54% dos brasileiros não lembram em quem votou para o Senado Federal nas eleições anteriores e 6% preferem não responder (DATASENADO, 2020);

- 58% dos brasileiros acompanham com pouco frequência as notícias do Senado e 17% não acompanham nunca (DATASENADO, 2020);

- 80% dos brasileiros não lembram em quem votou para a Câmara de Vereadores de seu município nas eleições anteriores (INSTITUTO LOCOMOTIVA E O RENOVABR, 2020);

- 60% dos moradores de São Paulo, maior cidade do Brasil, não sabem citar uma instituição política sequer, a nível municipal, estadual ou federal (ÍNDICE DE DEMOCRACIA LOCAL SÃO PAULO, 2019);

- O índice de cultura política no Brasil é de 5.63, de 0 a 10, segundo o Democracy Index 2020 (THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT), o que ainda é considerado bastante ruim – para se ter uma ideia, os Estados Unidos, com toda a sua ignorância política, segundo os dados de Ilya Somin, ainda pontuam acima do Brasil nesse índice (6.25);

- O Brasil é, entre 82 democracias no mundo, uma das 7 em que a educação política não faz parte dos currículos escolares, segundo o Latinobarómetro 2020 (NEXO, 2021).

Como se percebe, portanto, a ignorância política gera, similarmente, repercussões consideráveis (e negativas) no sistema político brasileiro, de modo que a jurisdição constitucional, também nesse contexto, possui o potencial de exercer um relevante papel na correção de distorções ocasionadas por esse desconhecimento e na busca e manutenção de uma democracia saudável. Isso para não falar no problema das *fake news*, geradoras de grande desinformação.¹⁸

Além da ignorância política, também se faz necessário mencionar o mito de que a vontade da maioria dos cidadãos seria

¹⁸ Dada a sua complexidade, não cabe aqui aprofundar esse relevante tema das *fake news*, o qual, por si só, ensejaria trabalho acadêmico próprio.

racionalmente pautada no melhor interesse da coletividade, ao passo que, o que frequentemente ocorre, ao contrário, são decisões tomadas com base em critérios de amizade, parentesco, afetividade e ganhos pessoais: seja do eleitor (ao votar e se manifestar politicamente), seja do político (no exercício de suas funções)¹⁹. Tal realidade não é exclusiva do Brasil, porém, não há como negar que ela se manifesta com especial intensidade nesse país.

Assim, pode-se reconhecer, mais uma vez, a necessidade da jurisdição constitucional, não como problemática à democracia, porém, ao contrário, como imprescindível ao seu bom funcionamento.

Um último argumento quanto à distorção da vontade da maioria, representada, em tese, pelos políticos eleitos (no caso dos legisladores e representantes do Executivo), diz respeito ao conhecido fenômeno do *lobby* e dos grupos de pressão.

Desse modo, o *lobby* pode ser caracterizado como “uma atividade em que empresas, entidades, pessoas físicas, segmentos da sociedade lutam para viabilizar seus interesses perante o governo, seja no Congresso, seja no Executivo.” (KIM, 2016)

Nem sempre há uma distinção clara, por parte dos autores, entre *lobby* e grupo de pressão, porém uma possível diferenciação reside na permanência de um e outro. É que um grupo de pressão geralmente “resulta de situações emergenciais nas quais alguns interesses e preocupações são afetados de forma comum.

¹⁹ Marcelo Neves utiliza o termo “alopoiese” para se referir, não a um simples condicionamento dos sistemas sociais entre eles (tais como direito, política ou economia), mas a uma verdadeira interferência direta de um sistema no funcionamento do outro (a exemplo do econômico no jurídico), o que seria particularmente visível em Estados periféricos (como o Brasil). Em suas palavras: “Na medida em que (...) os agentes do sistema jurídico estatal põem de lado o código-diferença ‘lícito/ilícito’ e os respectivos programas e critérios, conduzindo-se ou orientando-se primária e frequentemente com base em injunções diretas da economia, do poder, das relações familiares etc., cabe, sem dúvida, sustentar a existência da alopoiese do Direito. (...) O problema implica o comprometimento generalizado da autonomia operacional do Direito.” (NEVES, 1992, p. 291)

O "lobby", por outro lado, tem características institucionais e formais e representa, na maioria dos casos, interesses permanentes e bem estabelecidos.²⁰ (DUTRA, 1990, pp. 245-246)

Por si só, os *lobbies* e grupos de pressão – desde que não extrapolem os limites éticos e legais (a exemplo das práticas de corrupção) – nada têm de nocivos, já que, ao contrário, representam um legítimo exercício de cidadania por parte da sociedade civil, perante uma salutar interação com agentes públicos.

Ocorre, contudo, que, se realizada de modo excessivo (e abusivo), essa prática gera uma distorção quanto à representação popular perante os órgãos políticos, no sentido de gerar uma “super-representatividade” dos interesses dos lobistas e uma sub-representatividade dos demais setores da população, os quais (por questão de tempo, dinheiro, falta de organização formal ou de educação política) não possuem condições de exercer diariamente (ainda que legitimamente) pressão sobre os políticos.

Assim, verifica-se, nesses casos, mais um elemento potencial de distorção da vontade democrática, que pode, eventualmente, gerar uma sub-representação (e mesmo prejuízo) de grupos mais vulneráveis, em benefício de setores poderosos da sociedade, detentores de tempo, dinheiro, contatos privilegiados, poder de barganha e organização institucional. Nesse contexto, mais uma vez, o controle de constitucionalidade, se exercido moderadamente, poderia corrigir os abusos dessa prática e mitigar esses vícios de representatividade.

²⁰ De modo mais complexo, em obra coordenada pela jurista Samantha MEYER-PFLUG, os termos '*lobbies*', 'grupos de pressão', 'grupos de interesse' e 'grupos latentes' são conceituados e diferenciados da seguinte maneira, do mais geral ao mais restrito: "i) os grupos latentes ou potenciais são os mais abrangentes, enquanto configuram-se como os interesses difundidos na sociedade não organizados formalmente; ii) os grupos de interesse constituem-se como desdobramentos daqueles, quando passam a se organizar formalmente; iii) os grupos de pressão são uma derivação dos grupos de interesses, a partir do momento em que exercem pressão; iv) o lobby são grupos de atuação mais restritos, derivam dos grupos de pressão, à medida que instrumentalizam recursos de poder em busca de influência." (MEYER-PFLUG, 2009, p. 20)

3. O RISCO DA HIPERTROFIA DO JUDICIÁRIO EM MATÉRIA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

No capítulo final, faz-se importante uma advertência quanto ao risco de excessos por parte do Judiciário. Como se procurou demonstrar ao longo do trabalho, se existe, por um lado, uma suma relevância na função desempenhada pela justiça constitucional, além de inúmeros fatores que podem ser alegados no sentido de mitigar a preocupação de Alexander Bickel quanto a uma dificuldade contramajoritária – a qual, ainda que não seja integralmente negada, deve ter o seu peso consideravelmente reduzido perante as inúmeras contribuições democráticas potencialmente proporcionadas pelo controle judiciário de constitucionalidade –, há também, por outro lado, a necessidade de moderação judicial.

Ocorre que, ao julgar pautas de natureza política, tradicionalmente deliberadas pelo Legislativo, surge também uma visibilidade muito maior dos juízes constitucionais perante a mídia e a grande população, de modo que a preocupação com a popularidade e com desgastes políticos, tipicamente existente nos poderes essencialmente políticos (Legislativo e Executivo), passa a alcançar também o Judiciário.

Em outras palavras, ao assumir a responsabilidade por uma decisão de controle de constitucionalidade em determinadas matérias, de forte apelo midiático e natureza particularmente sensível à sociedade (no tocante a costumes, valores morais, religião, perspectivas ideológicas etc.), as quais, usualmente, tinham a sua discussão e deliberação atribuída aos legisladores, o Judiciário passa a ser alvo de críticas, protestos, rancor e desconfiança, dos quais, a princípio, deveria estar blindado, por não se tratar de um poder originariamente político, diretamente eleito pela população. Ademais, o que é mais grave, no que tange a matérias controversas que dividem os cidadãos, qualquer

decisão de mérito dos juízes constitucionais – isto é, que não seja pelo simples reconhecimento de ausência da própria competência para julgar determinada pauta política – irá provocar forte reação de uma ou outra parcela da população (seja pela constitucionalidade, seja pela inconstitucionalidade de determinada lei), o que gera, gradualmente, o desgaste desses magistrados.

Trata-se de um “canto da sereia”, uma vez que os juízes constitucionais, ao serem reconhecidos por decisões de maior interesse na sociedade (e mesmo elogiados, em um primeiro momento), tornam-se cada vez mais inclinados à hipertrofia de suas competências em matérias tradicionalmente políticas e de forte apelo midiático. O resultado é uma crise de judicialização da política e fragilização da crença na separação dos Poderes. No caso brasileiro, esse fenômeno se agrava ainda mais com a existência da “TV Justiça”, inaugurada em 2002, responsável por televisonar os julgamentos do plenário do Supremo Tribunal Federal. Não por acaso os ministros do STF brasileiro, desconhecidos do grande público até os anos 90, passaram a ser manchete de revistas e jornais e tema recorrente nos noticiários televisivos e, com isso, também alvos de crescentes críticas e mesmo hostilidades (as quais, saliente-se, não são justificáveis em hipótese alguma):

Ministro do Supremo Alexandre de Moraes é hostilizado e tem o filho agredido, no aeroporto de Roma. (...) O ministro Alexandre de Moraes estava na Itália para fazer uma palestra na Universidade de Siena. Na noite de sexta, quando estava no aeroporto de Roma, foi vítima de agressões. O filho de Alexandre de Moraes, que o acompanhava na viagem, chegou a ser agredido por um dos envolvidos. (JORNAL NACIONAL, 15.07.2023)

Ministros do STF foram hostilizados ao menos 74 vezes em 6 anos. Dados consideram episódios contra composição mais recente da Corte; o mais antigo foi em 2017 e o último, em 14 de julho. Levantamento do Poder360 mostra que ministros do STF (Supremo Tribunal Federal) foram alvos de episódios de hostilização ao menos 74 vezes de 2017 a 2023. A reportagem considerou a composição mais recente da Corte. (PODER360,

30.07.2023)

A situação se torna ainda mais crítica em razão da crescente e profunda polarização político-ideológica e partidária que tem sido verificada recentemente em diversos países, a exemplo nítido do Brasil e dos Estados Unidos, onde posturas cada vez mais extremistas por parte da população têm sido presenciadas.^{21 22}

Tal fenômeno de polarização catalisa consideravelmente o desgaste dos ministros do STF (no caso brasileiro) e dos *justices* da *Supreme Court* (no caso norte-americano), o que leva, em última instância, às já referidas críticas e mesmo hostilidades – muito embora seja possível perceber, ao se comparar os dois cenários, que a situação brasileira é bem mais grave do que a norte-

²¹ A respeito da polarização política recente no Brasil: “Houve um aumento no índice de “polarização afetiva”, que trata do afeto dos eleitores em relação aos candidatos adversários aos seus – nesse caso, o presidente Luiz Inácio Lula da Silva (PT) e o ex-presidente Jair Bolsonaro (PL). A pesquisa indicou que a “distância de amor/ódio para com os candidatos aumentou muito depois de 2018”. “A polarização significa mais distância entre os eleitores de candidatos opostos em termos de seus valores, ideias e visões sobre política. A calcificação significa menos vontade de desertar do seu partido, como romper com o presidente do seu partido ou até votar no partido oposto. Há, portanto, menos chance de eventos novos e até dramáticos mudarem as escolhas das pessoas nas urnas”, afirma o levantamento. Dessa forma, o último processo eleitoral e esse processo de “enrijecimento” levaram os eleitores a se tornarem “torcedores apaixonados”, e a torcida independe da partida estar acontecendo agora ou já ter acabado. “Essas identidades políticas em uma sociedade altamente polarizada, por sua vez, afetarão nosso comportamento político e cotidiano”, aponta a pesquisa.” (CNN BRASIL, 30.09.2023)

²² A respeito da polarização política recente nos EUA: “republicanos (conservadores) e democratas (liberais) se odeiam cada vez mais — um fenômeno que vem conturbando vidas familiares e o cenário político-eleitoral dos EUA. E que leva historiadores e cientistas políticos a temer por confrontos armados, segundo o Business Insider. Uma pesquisa recente do Pew Research Center, em que 6.174 eleitores foram entrevistados (normalmente são entrevistadas cerca de mil pessoas), explica, em boa parte, esse fenômeno. A pesquisa indica que as hostilidades entre republicanos e democratas estão se agravando progressivamente no país desde 2016, quando Donald Trump foi eleito presidente depois de perder o voto popular, mas ganhar mais delegados para o Colégio Eleitoral. Nessa pesquisa, entrevistados republicanos e democratas explicaram por que não se suportam mais. Declararam que os eleitores do “outro partido” são cabeças-duras (*closed-minded* — ou, literalmente, mentes fechadas), desonestos, imorais, ignorantes e preguiçosos.” (MELO, CONJUR, 15.08.2022)

americana, em termos de desgaste institucional da suprema corte, o que pode ser atribuído a vários fatores, tais como uma transição bem mais rápida para uma postura de “ativismo judicial”²³ e uma maior exposição midiática (a exemplo da já referida TV Justiça). Apesar disso, o problema também existe na realidade norte-americana.

Em 2022, ao menos 3 episódios foram registrados – todos depois que o Supremo derrubou a *Roe vs. Wade*, decisão que garantia o direito ao aborto nos EUA. [...] Até a prisão de Nicholas John Roske em 2022, detido nas proximidades da casa do juiz Brett Kavanaugh com uma arma de fogo e uma faca, não havia registros de outros casos na atualidade em que alguém tivesse sido acusado de tentar assassinar um juiz da Suprema Corte dos EUA. [...] A escassez de casos em comparação com o Brasil pode ser explicada pelo maior “anonimato” desses legisladores nos EUA. Segundo levantamento realizado pela rede de televisão norte-americana C-Span em 2022, mesmo que 84% dos cidadãos do país acreditem que as decisões do Tribunal interferem no seu cotidiano, só 50% conseguiriam identificar qualquer juiz da Suprema Corte pelo nome. Além disso, a falta de câmeras no Tribunal contribuiu para que os juízes mantivessem algum nível de anonimato em público ao longo dos anos. Atualmente, a Suprema Corte norte-americana não permite transmissão ao vivo de sessões ou sabatinas,

²³ O *modus operandi* dos ministros do STF brasileiro, relativamente à jurisdição constitucional, mudou radicalmente nos últimos 20 ou 30 anos, no que se refere a uma maior inserção em temas tradicionalmente políticos (a exemplo dos costumes e da moral), acórdãos consideravelmente mais extensos e elaborados e julgamentos bem mais demorados. Nem tudo, entretanto, é culpa dos ministros, já que, do ponto de vista normativo, a Constituição Federal brasileira (1988), bem como algumas leis – a exemplo da Lei nº 9.882/99 (Lei da ADPF), da Lei nº 9.868/99 (Lei da ADI e ADC) e da Emenda Constitucional nº 45/2004, a qual introduziu a possibilidade de aprovação de súmulas vinculantes pelo Supremo – contribuíram consideravelmente para a expansão das competências de jurisdição constitucional do STF. Por outro lado, a *Supreme Court* norte-americana, em razão, até mesmo, de diversas distinções inerentes ao sistema do *common law* (se comparado à tradição romano-germânica) possui, desde suas origens, uma postura de maior relevo institucional (e, possivelmente, de maior ativismo), o que remonta ao famoso julgamento do caso *Marbury v. Madison*, em 1803. Assim, o seu claro papel de destaque está enraizado e consolidado na tradição jurídica norte-americana há mais de 2 séculos, o que muito se distancia da grande inconstância institucional performada pelos ministros do STF brasileiro, como já demonstrado.

apenas de áudio. No Brasil, o STF transmite as sessões desde 2002. (PODER360, 30.07.2023)

Nesse sentido, pesquisas de 2023 mostram claramente a perda de credibilidade sofrida pelas supremas cortes do Brasil e dos Estados Unidos nos últimos tempos (ainda que a impopularidade seja bastante superior no caso brasileiro), conforme se observa abaixo:

A pesquisa Genial Quaest divulgada nesta semana traça um quadro preocupante para o STF. A avaliação negativa da Corte saiu de 29%, em fevereiro, para 36% agora, no recorte exclusivo obtido pelo Radar. A parcela que avalia positivamente o Supremo era de 23% em fevereiro. Agora está em 17%. A avaliação regular da Corte é de 36%, o mesmo patamar do início do ano. O levantamento ouviu 2.000 pessoas, em todo o país, entre os dias 19 e 22 de outubro. A margem de erro é de 2,2 pontos percentuais. (VEJA, 27.10.2023)

O agitado mandato de 2022-2023 da *Supreme Court* dos EUA parece não ter tido qualquer efeito na opinião geral dos norte-americanos a seu respeito, com o seu índice de aprovação de 40% igual ao que a GALLUP obteve em setembro do ano passado, pouco antes do início do mandato. A aprovação atual empata com a pontuação mais baixa da Corte, registrada em setembro de 2021, que subiu ligeiramente para 43% em julho de 2022, antes de cair novamente para 40%. Os últimos resultados baseiam-se numa pesquisa da GALLUP de 3 a 27 de julho, realizada semanas após a *Supreme Court* ter concluído o seu trabalho para este mandato, antes de entrar no recesso de verão. [...] A GALLUP pediu pela primeira vez aos norte-americanos que avaliassem o trabalho que o Supremo estava a realizar em setembro de 2000. Naquela altura, 62% aprovaram, o que ainda permanece (juntamente com uma classificação de junho de 2001) como a mais elevada medida até a presente data. Em média, 51% aprovaram a *Supreme Court* ao longo desses últimos 23 anos. [...] Além disso, uma minoria de norte-americanos, 47%, expressou, no outono passado, confiança no Judiciário federal, um mínimo histórico que ocorreu depois de décadas em que a confiança naquele Tribunal nunca caiu abaixo de 60%. (tradução nossa do original em inglês) (GALLUP, 02.08.2023)

O próprio Alexander Bickel, debruçando-se sobre a obra

de James Bradley Thayer, reflete sobre alguns perigos, a longo prazo, do controle de constitucionalidade para o enfraquecimento das instituições democráticas, tais como uma acomodação e descuido dos legisladores e dos eleitores, que sabem que podem sempre contar, posteriormente, com o Judiciário para o “conserto” do ordenamento jurídico, com a eliminação de todo tipo de lei tola e absurda.²⁴ Reitere-se, entretanto, que o perigo está na prática abusiva do controle de constitucionalidade, ao ponto de gerar uma judicialização da política. Se exercida com cautela, a justiça constitucional apresenta um grande potencial de fortalecimento democrático (conforme se buscou demonstrar ao longo do trabalho) e se mostra, muito provavelmente, incapaz de gerar o efeito de acomodação dos legisladores e eleitores referido por Bickel.

A definição do limiar entre o legítimo e saudável exercício judiciário do controle de constitucionalidade e a judicialização da política não é, de modo algum, uma tarefa fácil e somente pode ser encontrada nos processos concretos de justiça constitucional que chegam aos magistrados. Nem se pode, de um lado, por parte das cortes, abrir mão por completo das decisões meritorias que envolvem controle de constitucionalidade, nem tampouco deliberar sobre todas as questões políticas e morais da sociedade, uma vez que não se trata do Legislativo.

²⁴ Nesse sentido, segundo Bickel (1962, pp. 21-22): “O controle de constitucionalidade expressa, é claro, uma forma de desconfiança do legislador. “As legislaturas”, escreveu James Bradley Thayer na virada do século, estão se acostumando a essa desconfiança e cada vez mais prontamente inclinadas a justificá-la e a se desfazer das considerações sobre restrições constitucionais (...), relegando esse assunto aos tribunais; e o que é pior, elas insensivelmente costumam presumir que não há problemas em tudo o que se pode fazer constitucionalmente – como se a honra, o tratamento justo e a honestidade comum não fossem relevantes para suas investigações. O povo, nesse meio-tempo, torna-se descuidado quanto a quem envia ao legislativo; votando frequente e alegremente em homens a quem não confiariam em um assunto privado importante, e quando essas pessoas inadequadas aprovam leis tolas e ruins, e as cortes intervêm e as desconsideram, o povo fica feliz que esses poucos senhores sábios estão tão prontos para protegê-los contra seus representantes mais imediatos.” (tradução nossa do original em inglês)

Talvez a solução passe pelo exercício do controle de constitucionalidade, por parte do Judiciário, para o afastamento de leis flagrantemente inconstitucionais, particularmente aquelas que violam direitos fundamentais (geralmente de grupos minoritários, dada a sua vulnerabilidade e dificuldade de representação em parlamentos e governos eleitos pela maioria), e a abstenção de julgamento de mérito (por reconhecimento de extrapolação de competência) para aqueles casos (sobretudo os mais sensíveis e midiáticos) em que o juízo de constitucionalidade de determinada lei se mostre meramente interpretativo – sem uma clara violação de direitos constitucionais –, de modo que a sua defesa (para um lado ou o outro) dependeria simplesmente da formação jurídica do magistrado, bem como de seu *background* moral, social etc. Reitere-se que o estabelecimento desse limite em concreto tem se provado uma tarefa árdua e, por certo, exige bastante sensibilidade e prudência do intérprete.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo se propôs a examinar, com maior ênfase no contexto institucional brasileiro, um problema clássico da justiça constitucional (denunciado, sobretudo, por Alexander Bickel), a respeito das tensões entre a legitimidade democrática e as decisões proferidas sob a sede do controle de constitucionalidade, responsáveis por gerar, em suas palavras, uma “dificuldade contramajoritária”.

Para tanto, algumas considerações históricas foram, inicialmente, realizadas, a fim de mostrar os fatores que levaram à atual importância da constituição nos sistemas jurídicos ocidentais, bem como ao desenvolvimento da jurisdição constitucional.

Com base nisso, buscou-se mitigar o problema, por meio do desenvolvimento de quatro argumentos.

Primeiramente, alegou-se, em linhas gerais, que as cortes constitucionais também gozam de legitimidade democrática,

ainda que indiretamente.

Em segundo lugar, foi defendido que a aplicação da constituição, em prejuízo das leis infraconstitucionais, não atua contra a vontade do povo, mas, ao contrário, no seu mais profundo respeito, já que esse mesmo povo é titular do poder constituinte (não apenas o povo histórico, mas o povo atual, desde que os juízes constitucionais procedam a uma interpretação sensível e atualizada da constituição).

Em terceiro lugar, foi apresentado um conceito de democracia que abrange não apenas uma mera vontade da maioria (o que poderia levar a uma “tirania da maioria”), mas também algumas proteções e garantias básicas das minorias, o que ganha relevância na medida em que boa parte das “decisões polêmicas” das cortes constitucionais (não apenas no Brasil) incide justamente sobre discussões de direitos fundamentais das minorias, em conflito com alguma lei infraconstitucional.

Por fim, mostrou-se que o controle de constitucionalidade acaba por funcionar como instrumento fundamental de solução de alguns vícios ligados à ignorância e irracionalidade políticas, da população e dos seus representantes, presentes em regimes democráticos.

Já no último capítulo, procurou-se ressaltar a importância de uma moderação judicial na atividade do controle de constitucionalidade, uma vez que a jurisdição constitucional, embora de imensurável relevância para uma democracia saudável, pode gerar resultados contrários se descambar em um abuso de ativismo judicial e em uma judicialização da política. Para tanto, foram ilustrados, brevemente, os casos do Supremo Tribunal Federal do Brasil e da *Supreme Court* dos Estados Unidos da América, os quais têm sofrido, recentemente, profundo desgaste institucional e reputacional perante as populações desses países.

Compreende-se, em suma, que as referidas tensões não são incontornáveis e que a atividade de controle de constitucionalidade, desde que exercida com coerência e parcimônia, não

compromete nem enfraquece a democracia.



REFERÊNCIAS

- ALEMANHA. Deutscher Bundestag (Parlamento Federal Alemão). *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Bonn-ALE: versão alemã de 23 de maio de 1949; última atualização em 29 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 15.12.2021.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 10^a ed. Livro digital (E-pub) disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br>>. São Paulo: SaraivaJur, 2022.
- BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the bar of politics*. 2nd ed. New Haven and London: Yale University Press, 1962 (first published).
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional: pressupostos de fato e teóricos reveladores do seu papel e de seus limites*. Tese apresentada ao Programa de Doutorado em Direito da UnB, como requisito para a obtenção do título de Doutor em Direito. Brasília, 2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277/DF*. Relator: BRITTO, Ayres. Data: 05.05.2011. Disponível em: <<https://reidir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>.

-
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5543/DF*. Relator: FACHIN, Edson. Data: 11.05.2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>>.
-
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF*. Relator: MELLO, Marco Aurélio. DJe: 30.04.2013. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807932/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-54-df-stf/inteiro-teor-112281184?ref=juris-tabs>>.
-
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ*. Relator: BRITTO, Ayres. DJe: 05.05.2011. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>.
- CNN BRASIL. *Polarização política: 41% dos brasileiros mudariam de país se pudessem, diz Quaest* (manchete). Redação de Léo Lopes. Notícia publicada no dia 30.09.2023. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/politica/polarizacao-politica-41-dos-brasileiros-mudariam-de-pais-se-pudessem-diz-quaest/>>. Acesso em: 13.11.2023.
- DORF, Michael C. *The Majoritarian Difficulty and Theories of Constitutional Decision Making*. In *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol. 13:2, pp. 283-304, dec. 2010. Available at: <<https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1075&context=jcl>>. Accessed on: 10.03.2023.
- DUTRA, Yamil Sousa. *"Lobbies" e Grupos de Pressão como Agentes de Informação para o Poder Legislativo*. In *Revista Inf. Legisl, Brasília*, a. 27, n. 107, p. 245 e ss., jul./set. 1990. Disponível em:

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175803/000451079.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 04.05.2023.

FRIEDMAN, Barry. *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: the road to judicial supremacy*. In *New York University Law Review*, vol. 73, n. 2, pp. 333-433, May 1998. Available at: <<https://www.nyulawreview.org/issues/volume-73-number-2/the-history-of-the-countermajoritarian-difficulty-part-one-the-road-to-judicial-supremacy/>>. Accessed on: March 15, 2023.

GALLUP. *Supreme Court Approval Holds at Record Low* (headline). Written by Jeffrey M. Jones. Published on August 2, 2023. Available at: <<https://news.gallup.com/poll/509234/supreme-court-approval-holds-record-low.aspx#:~:text=Americans'%20approval%20of%20the%20job,a%2042%25%20reading%20in%202005.>>. Accessed on: November 10, 2023.

GARCIA, Marcos Leite. *As Origens da Teoria do Poder Constituinte: o Abade Sieyès e a Revolução Francesa*. In *Revista Brasileira de História do Direito*. Curitiba: v. 2, n. 2, jul/dez. 2016.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOMEM, Pedro António Barbas. *O Justo e o Injusto*. Lisboa: AAFDL Editora, 2001 (reimpressão de 2017).

JORNAL NACIONAL (G1). *Ministro do Supremo Alexandre de Moraes é hostilizado e tem o filho agredido, no aeroporto de Roma* (manchete). Notícia publicada no dia 15/07/2023. Disponível em: <<https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2023/07/15/ministro-do-supremo-alexandre-de-moraes-e-hostilizado-e-tem-o-filho-agredido-no-aeroporto-de-roma.ghtml>>. Acesso em: 09.11.2023.

JUST, Gustavo; CASTRO, Igor Beltrão. *A Teoria dos*

- Constrangimentos do Raciocínio Jurídico e seu Teste de Verdade: uma análise retroditiva da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ. In Revista Caderno de Relações Internacionais*, vol. 5, nº 8, pp. 159-206, jan-jun. 2014. Disponível em: <<http://www.li-maefalcao.com.br/imagens/noticia/a-teoria-dos-constrangimentos-do-raciocinio-juridico-e-seu-teste-de-verdade-uma-analise-retroditiva-da-arguicao-de-preceito-fundamental-n-132-rj-gustavo-just-da-costa-e-silva-e-igor-beltrao-castro-de-assis.pdf>>. Acesso em: 21.03.2023.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- KIM, Suyani. *Lobby e corrupção*. Publicado em 2016. Disponível em: <https://www.politize.com.br/lobby-ou-corrupcao/?https://www.politize.com.br/&gclid=CjwK-CAjw-vmkBhBMEiWAlr-MeF2HXxKgw74dENp2S5ECBNnQHrRzVic-Txp4X05MubL2uDuakw_OTbqRoCBU-oQAvD_BwE>. Acesso em: 04.05.2023.
- KIRSTE, Stephan. *O Direito Humano Fundamental à Democracia. In Rev. Direitos Fundam. Democ.*, v. 20, n. 20, p. 5-38, jul./dez. 2016.
- LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Publicado originalmente em 1863. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.
- MARMENTINI, Gabriel *et al.* *A educação política e a promessa da democracia*. Publicado em 2021. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/ensaio/2021/A-educacao-politica-e-a-promessa-da-democracia>>. Acesso em: 27.04.2023.
- MELO, João Ozorio de. *Hostilidades entre republicanos e*

- democratas estão se agravando nos EUA* (manchete). Publicada em “Consultor Jurídico (CONJUR)” no dia 15.08.2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-ago-15/polarizacao-partidaria-eua-cada-vez-radical/>>. Acesso em: 13.11.2023.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro (coord. acad.). *Grupo de Interesses (Lobby)*. In Série Pensando o Direito, n. 8, 2009. Ministério da Justiça do Brasil e Centro Universitário de Brasília (UNICEUB). Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/08Pensando_Direito1.pdf>. Acesso em: 04.05.2023.
- MILL, John Stuart. *On Liberty*. Chapter I. Publicado originalmente em 1859. Disponibilizado no dia 05.02.2018 em: <https://www.econlib.org/library/Mill/mlL-bty.html?chapter_num=1#book-reader>. Acesso em: 19.01.2022.
- MIRANDA, Jorge. *Juízes constitucionais e Parlamentos: a experiência de Portugal*. In Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 74, out./dez., pp. 119-135, 2019.
- MONTESQUIEU, Barão de. *O Espírito das Leis*. Segunda parte, livro décimo primeiro, cap. VI. São Paulo: Martins Fontes, ed. de 2000.
- MOREIRA, Francisco de Rangel. *Da Aplicação dos Modelos Posnerianos de Comportamento Judicial à ADI Brasileira nº 5543 sob um Viés Retórico*. In Revista Cognitio Juris, João Pessoa, ano XII, n. 40, jun. 2022. Disponível em: <<https://cognitiojuris.com.br/da-aplicacao-dos-modelos-posnerianos-de-comportamento-judicial-a-adi-brasileira-no-5543-sob-um-vies-retorico/>>. Acesso em:

21.03.2023.

- _____. *Da Investigação sobre os Instrumentos Argumentativos Utilizados pelos Ministros do STF quando do Julgamento da ADPF 54/DF: uma análise cartográfica do discurso prático adotado pelo Supremo sob a luz da retórica da objetividade*. Belo Horizonte: Dialética, 2021.
- NEVES, Marcelo. *Da Autopoiese à Alopoiese do Direito*. In Anuário do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, nº 5, pp. 273-298, 1992.
- PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- PODER 360. *Ministros do STF foram hostilizados ao menos 74 vezes em 6 anos* (manchete). Redação de Natália Veloso e Caio Vinícius. Notícia publicada no dia 30/07/2023. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/justica/ministros-do-stf-foram-hostilizados-ao-menos-74-vezes-em-6-anos/>>. Acesso em: 09.11.2023.
- RÉGIS, André. *Interpretação Constitucional e Legitimidade*. In RÉGIS, André; MAIA, Luciano Mariz. *Direitos Humanos, Impeachment e outras questões constitucionais*. Recife: Editora Base; João Pessoa: Editora Universitária, 2004.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social: Princípios do Direito Político*. Livro IV, cap. I. São Paulo: EDIPRO, ed. de 2000.
- SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SENADO FEDERAL. *O Cidadão e o Senado Federal: opiniões sobre economia, democracia e polarização política*. Pesquisa DataSenado. Publicado em 2020. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/para-a-maioria-dos-brasileiros-a-democracia-e-a-melhor-forma-de-governo>>. Acesso em:

27.04.2023.

- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *Considerações Preliminares sobre o que é o Terceiro Estado?* Publicado originalmente em 1789. Disponível em: <https://www.academia.edu/31491520/Emmanuel_Joseph_Siey%C3%A8s_Considera%C3%A7%C3%B5es_Preliminares_sobre_o_que_%C3%A9_o_Terceiro_Estado>. Acesso em: 20.12.2021.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 43ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*. In *Revista de Direito Administrativo*, v. 250, pp. 197–227, 2009. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4144>>. Acesso em: 10.03.2023.
- SOMIN, Ilya. *Political Ignorance and the Countermajoritarian Difficulty: a new perspective on the “central obsession” of Constitutional Theory*. In *George Mason School of Law's series of Working Papers in Law & Economics*, n. 3-47, 2006. Available at: <<https://web.archive.org/web/20060901203801/http://www.law.gmu.edu/faculty/papers/wpDetail.php?wpID=182>>. Accessed on: 14.03.2023.
- THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT. *Democracy Index 2020: in sickness and in health?* Published in 2021. Available at: <<https://www.eiu.com/n/campaigns/democracy-index-2020/>>. Accessed on: 27.04.2023.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VEJA. *Pesquisa revela dado preocupante sobre a popularidade do STF* (manchete). Redação de Robson Bonin. Notícia publicada no dia 27.10.2023. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/coluna/radar/pesquisa-revelado-preocupante-sobre-a-popularidade-do-stf>>. Acesso em: 10.11.2023.