



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DECISÕES JURISDICIONAIS CONTRAMAJORITÁRIAS: UMA ANÁLISE DO  
CONFLITO ENTRE DECISÕES JUDICIAIS E A VONTADE POPULAR DA MAIORIA

Cícero Batista do Nascimento Júnior

Rio de Janeiro  
2019

CÍCERO BATISTA DO NASCIMENTO JÚNIOR

DECISÕES JURISDICIONAIS CONTRAMAJORITÁRIAS: UMA ANÁLISE DO  
CONFLITO ENTRE DECISÕES JUDICIAIS E A VONTADE POPULAR DA MAIORIA

Artigo científico apresentado como exigência  
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato  
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do  
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2019

## DECISÕES JURISDICIONAIS CONTRAMAJORITÁRIAS: UMA ANÁLISE DO CONFLITO ENTRE DECISÕES JUDICIAIS E A VONTADE POPULAR DA MAIORIA

Cícero Batista do Nascimento Júnior

Graduado pela Universidade Veiga de Almeida. Pós-graduando em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo** – O sistema de repartição dos Poderes adotado no Estado brasileiro pressupõe a independência e harmonia entre eles no exercício de suas funções típicas. Com o surgimento do Estado democrático de Direito e a evolução dos direitos fundamentais, essas funções, por vezes, imbricam-se para que se viabilize a máxima eficácia ao texto constitucional, o que causa, por vezes, interferências de um Poder em outro. O cerne do presente artigo científico visa a abordar os eventuais conflitos de legitimidade entre as decisões parlamentares, qualificadas pela vontade representativa da maioria, e decisões jurisdicionais contramajoritárias, para, ao fim, identificar instrumentos de conformação do exercício das funções dos Poderes.

**Palavras-chave** – Direito Constitucional. Direitos Fundamentais. Decisões Jurisdicionais Contramajoritárias.

**Sumário** – Introdução. 1. O impacto da distinção entre o texto da lei e a norma jurídica sobre a necessidade de se empregar racionalidade às decisões judiciais. 2. Democracia, governo da maioria e tutela de grupos sociais minoritários – O juiz pode exercer a função de representar minorias sociais? 3. O conflito entre a legitimação da decisão judicial contramajoritária e a deferência à vontade democrática da maioria. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica aborda a tarefa da jurisdição contramajoritária em cotejo com a vontade política da maioria, expressa por meio de atos legislativos. Procura-se analisar o processo de legitimação da função contramajoritária do Poder Judiciário, quando tutela os direitos de minorias sociais em face da vontade política da maioria.

Para essa tarefa serão analisados posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais que versam sobre o tema, para aferir a possibilidade de se conferir legitimidade a decisões judiciais que contrariam o conteúdo de atos legislativos.

A doutrina clássica de Oitocentos entendia que a função do juiz limitava-se a declarar o texto da lei geral e abstrata, sob a lógica decisória da dedução pura, desprovida, portanto, de qualquer valoração, mas firme nas bases do logicismo e do formalismo.

A partir da distinção entre o significado do texto de lei e da norma jurídica, a atividade jurisdicional passou a exigir do magistrado um esforço interpretativo maior e fundamentação racionalmente justificada para que se atribua sentido ao caso concreto, de modo a dar

efetividade à força axiológica emanada do texto Constitucional.

Essa alteração de entendimento quanto à função do juiz tem provocado críticas contundentes em razão de decisões judiciais que vão de encontro ao conteúdo de atos legislativos, dando ensejo ao que se tem denominado de ativismo judicial e de legislativização da jurisprudência.

Por isso, o primeiro capítulo deste trabalho tem por objeto a análise da repercussão da distinção entre o texto de lei e a norma jurídica sobre a necessidade de se empregar racionalidade às decisões judiciais.

Prossegue-se, no segundo capítulo, com o escopo de abordar a representatividade da maioria pelo parlamento e o eventual conflito entre escolhas legislativas e a decisão jurisdicional contramajoritária, em face da necessidade de se tutelar os direitos de grupos sociais minoritários.

Por fim, o terceiro capítulo tem a finalidade de pesquisar o processo de legitimação da decisão judicial contramajoritária e o seu reflexo na jurisprudência e na produção de leis.

O trabalho proposto é desenvolvido a partir da metodologia do tipo bibliográfica e descritiva, na medida em que o conteúdo será coletado de leis, livros e artigos acadêmicos, bem assim serão feitas exposições do processo de legitimação das decisões judiciais em conflito com as decisões legislativas. Quanto à abordagem do tema pesquisado será utilizada a pesquisa teórica. O método utilizado será o dedutivo, tendo em vista a sua melhor adequação para levar a uma conclusão quanto à possibilidade de haver legitimidade na jurisdição contramajoritária.

## 1. O IMPACTO DA DISTINÇÃO ENTRE O TEXTO DA LEI E A NORMA JURÍDICA SOBRE A NECESSIDADE DE SE EMPREGAR RACIONALIDADE ÀS DECISÕES JUDICIAIS

No início do século XX, sob a influência dos valores do Iluminismo e da Revolução Francesa, entendia-se que a função do juiz devia estar voltada estritamente à atuação da vontade concreta da lei, entendida como a mera adequação da norma geral e abstrata ao caso concreto<sup>1</sup>, simplesmente declarando-a para a solução da lide.

O quadro teórico clássico do positivismo de Oitocentos partia do pressuposto de que a atividade do magistrado era exercida posteriormente ao surgimento da norma jurídica, isto é, adotava-se o pensamento de que o parlamento outorgava tanto o texto da lei quanto a norma

---

<sup>1</sup>CHIOVENDA, Giuseppe. *Lazione nel sistema dei diritti. Saggi di diritto processuale civile*. Roma: Foro Italiano, 1930, p. 3.

jurídica ao legislar, negando-se à atividade jurisdicional o poder de atribuir qualquer sentido ao texto legal, senão apenas o de pronunciá-lo.

É dizer, restava ao julgador da época apenas ter o conhecimento intrínseco do dispositivo legal e realizar a subsunção dos fatos apresentados no caso concreto que lhe fosse submetido à apreciação ao texto da lei, limitando-se a função jurisdicional a ser meramente declaratória quando aplicava o texto da lei ao conflito de interesses.

Havia uma absoluta separação entre o Poder Legislativo, como poder político por excelência, exercido pelo parlamento, composto por representantes do povo e encarregado da criação do Direito, e o Poder Judiciário, um poder puramente técnico, exercido por juízes profissionais cuja tarefa se esgotava na declaração e aplicação das leis<sup>2</sup>.

Essa percepção estava atrelada à tomada de posição frente ao ordenamento jurídico vigente à época, quando ainda não se pensava na Constituição e nos direitos fundamentais como pressupostos que vinculassem a validade da lei, e onde o teor de uma sentença judicial era considerado como um ato externo à ordem normativa, com função simplesmente declaratória, o que deu origem à teoria dualista do ordenamento jurídico.

Já sob a ótica do cognitivismo interpretativo, à jurisdição<sup>3</sup> era atribuída a função de justa composição da lide, por meio de um processo de particularização da norma genérica e abstrata. Sob esse prisma, o magistrado, por meio da sentença, criava uma norma individual e particular para a lide, tornando concreta a lei abstrata e integrando-a ao ordenamento jurídico, sendo por isso denominado de teoria unitária do ordenamento jurídico.

Na esteira dessa linha de visada, Kelsen afirmou que “Tanto quanto se possa distingui-las, a diferença entre função jurisdicional e função legislativa consiste ante de mais nada em que esta cria normas gerais, enquanto aquela cria unicamente normas individuais”<sup>4</sup>.

Com isso não se quer dizer que o juiz criava o Direito, mesmo porque para Kelsen o juiz criava a norma individual com base na norma geral, pois toda norma teria fundamento em outra norma superior, até se chegar à norma fundamental hipotética que estaria no ápice do ordenamento.

A atividade exegética do magistrado era exercida especialmente pela lógica dedutiva, de modo que depois de interpretada, aplicava-se a norma à lide por meio do silogismo

---

<sup>2</sup> BULYGIN, Eugenio. *Los jueces crean derecho? XII Seminario Eduardo García Maynez sobre teoría e filosofía do direito*. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Instituto de Investigaciones Filosóficas, Unam, p. 8.

<sup>3</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958, p. 18.

<sup>4</sup> KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 151.

judiciário, estruturado na premissa maior — representada pela norma —, na premissa menor — que espelhava o fato —, cujo produto era a decisão que individualizava a norma geral.

É necessário destacar que nesse período os conflitos sociais eram marcados por características homogêneas, onde no Estado Liberal, sob forte influência do princípio da legalidade, a sociedade era compreendida a partir de um prisma formalmente igualizador, o que não demandava do julgador uma especial compreensão das suas particularidades.

Em consequência, não se exigia do magistrado um esforço interpretativo ou de atribuição de sentido ao texto legal que não o literal, atribuindo-se ao julgador uma atividade quase mecânica ao decidir o conflito de interesses, via de regra, pela lógica da subsunção.

Com o advento do constitucionalismo, a promoção dos valores sociais e dos direitos fundamentais no texto da própria Constituição, e mais modernamente no que se denomina de bloco de constitucionalidade, passou a constituir o fundamento de validade de todos os atos normativos estatais.

Junto com o advento do constitucionalismo houve um gradativo aumento na complexidade que permeia as relações sociais, de modo que não mais se admite ao juiz ignorar o pluralismo existente na sociedade moderna e a constante transformação dos fatos sociais, fazendo-se necessário, portanto, à atividade jurisdicional atribuir sentido ao texto legal e solucionar os conflitos que se lhe apresentem em consonância com os valores constitucionais e com os direitos dotados de fundamentalidade.

A mudança de paradigma na transição do Estado Liberal para o Estado Social e Democrático de Direito, marcada por profundas alterações econômicas, sociais e políticas, que ensejaram as “gerações de novos direitos”, também influenciou na forma de atuação do juiz.

Vale dizer, exigiu do magistrado o desapego ao formalismo para aprofundar a sua cognição da carga axiológica dos interesses envolvidos em determinado litígio, a fim de prestar uma adequada tutela jurisdicional por meio da concretização dos direitos constitucionais, mormente os fundamentais.

Atualmente, o fato de o Poder Legislativo criar documentos normativos, nos quais estão os dispositivos, os textos dotados de autoridade, mas não ainda normas, evidencia a realidade de que a norma jurídica adscritiva não constitui mais o objeto, revelando-se, agora, como o produto da interpretação<sup>5</sup>.

Esse é o ponto de partida para se compreender a distinção entre a norma jurídica e o texto legal, de maneira que este não representa mais o limite do discurso jurídico.

---

<sup>5</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, V. 1. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 102.

Essa distinção, atribuída à hermenêutica constitucional, repercutiu na legitimidade da atividade jurisdicional, que passa a depender de um discurso racionalmente justificado, e no conceito de fundamentação, que requer uma adequada formulação, para suprir o *déficit* de legitimidade do Poder Judiciário quando atualiza o texto da lei ao trazer à lume uma norma jurídica.

A diferenciação que aqui se propõe a estabelecer entre o texto e a norma é a que compreende o dispositivo legal, concebido como texto da lei, e a norma jurídica como o produto da interpretação do texto legal, sem olvidar que por interpretação do dispositivo legislativo se deve entender o resultado da filtragem constitucional do seu objeto.

Importa ainda ressaltar que o ato de criação da norma jurídica é meio de conformação da legislação aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais, bem como de qualificar a atividade interpretativa do magistrado como adscritiva de sentido ao Direito positivo e não apenas como simplesmente cognitiva e declaratória.

Nesse sentido, a sentença precisa apresentar algumas características para que possa ser considerada legítima em um Estado Constitucional, dentre as quais se faz necessária uma justificação racional da fundamentação como produto do contraditório, sem a qual a decisão jurisdicional não será intersubjetivamente controlável ou não democraticamente aceitável.

A decisão judicial, enquanto fruto da atividade exegética, tornar-se-á racional quando justificada interna e externamente<sup>6</sup>.

A sentença revela justificação interna quando a sua parte dispositiva é corolário das premissas constantes da fundamentação, onde devem estar os argumentos aduzidos pelos litigantes e as razões do convencimento do julgador, a partir de uma regra de dedução aceitável.

Portanto, conforme a validade da regra dedutiva, haverá uma sentença internamente justificável. Exemplo disso ocorre com a particularização de uma norma geral pelo método da subsunção. Essa justificação interna é corolário da necessidade de que haja uma justificação formal na decisão, na qual não haja contradição no argumento judicial.

Noutro giro, há justificação externa na sentença quando as premissas empregadas são adequadas para dirimir o conflito de interesses, consistindo em uma justificação substancial, onde se adotam razões suficientes e adequadas para o processo da tomada de decisão.

Aqui, são avaliadas tanto a validade como a consistência das premissas adotadas pelo julgador, a exemplo do que sucede com a realização do controle abstrato de constitucionalidade e a cristalização da interpretação mediante precedentes vinculantes.

---

<sup>6</sup> WRÓBLEWSKI, Jerzy. *The Judicial Application of Law*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1992, p. 209-262.

De outro modo, cuida-se da argumentação lógico-racional que incide na atividade interpretativa criadora da norma jurídica, na qual o magistrado particulariza a relação conflituosa, atribui qualificação jurídica aos fatos, a partir da compreensão dos textos legislativos (análise e decodificação das ideias presentes no texto) e de sua interpretação (conclusão a que se chega ao conectar as ideias do texto com a realidade apresentada na lide), e toma a decisão com base nos recursos hermenêuticos que produzam, dentre as possíveis, a melhor solução à controvérsia.

Nessa linha, o produto da exegese será considerado racional caso também seja coerente e universalizável. A universalização da justificação adotada na decisão judicial tem que ser idônea de ser replicável para conflitos futuros semelhantes, pois ausente a replicabilidade não haverá as qualidades da imparcialidade e da objetividade da interpretação.

Quanto à coerência da sentença, mister que o conteúdo da justificação da decisão judicial seja internamente, formal e materialmente, consistente, pois a coerência na argumentação jurídica é uma característica própria da racionalidade<sup>7</sup>.

Em verdade, a atividade criadora de normas teria por função essencial o incremento, não a repetição, do conteúdo normativo que começaria na Constituição e continuaria nas leis, decretos, regulamentos, disposições administrativas e sentenças, todas elas colaborando para dotar de significado o último ato de execução<sup>8</sup>.

## 2. DEMOCRACIA, GOVERNO DA MAIORIA E TUTELA DE GRUPOS SOCIAIS MINORITÁRIOS – O JUIZ PODE EXERCER A FUNÇÃO DE REPRESENTAR MINORIAS SOCIAIS?

Compreender a democracia como o governo da maioria é bastante comum, mas também sério equívoco porquanto não se revela suficiente considerar a democracia como o governo da maioria do povo.

Faz-se necessário ter em conta que mesmo em decisões coletivas majoritárias há ou pode haver resquícios de irracionalidade.

A complexidade da relação entre minorias e maiorias hodiernamente conduz a ponderar que, em determinadas situações, o fenômeno da massificação dos indivíduos é

---

<sup>7</sup> MICHELON JÚNIOR, Cláudio. Princípios e Coerência da Argumentação Jurídica. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (coords.), *Direito e Interpretação: Racionalidades e Instituições*. São Paulo, Saraiva, 2011, p. 267.

<sup>8</sup> BULYGIN, op. cit., p. 2.



inadequado. Ele faz com que as pessoas deixem de se comportar como indivíduos e passem a carecer de consciência, a qual fica sobrepujada por uma “consciência coletiva”. Esse é o terreno propício para a tirania das majorias, tradução da onipotência moral e material exercida pelo pensamento majoritário, geradora de um cerceamento, até então desconhecido, ao pensamento minoritário.

A revolução democrática era um processo de redução progressiva da distância social entre nobres e plebeus e uma “realidade providencial”, pretendendo, com isso, afirmar como característica central dessa crescente igualização a duração secular do processo, a sua extensão geográfica e o fato de ele ser irresistível historicamente, isto é, sobreviver apesar de ações contrárias<sup>9</sup>.

Nesse ponto, cabe recordar a definição mínima de democracia bobbiana. Para o jurista e politólogo italiano, a única maneira de se compreender a democracia, enquanto contraposta a outras formas autoritárias de governo, é aquela que a considera como “um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos”.

Uma decisão pode ser considerada como sendo coletiva, quando é tomada com base em regras que estabelecem quais os indivíduos autorizados a tomar as decisões que vincularão todos os membros do grupo e quais os procedimentos que serão adotados. Bobbio acrescenta três condições para a existência da democracia.

A primeira diz respeito aos sujeitos que participarão: “um regime democrático caracteriza-se por atribuir este poder (que estando autorizado pela lei fundamental torna-se um direito) a um número muito elevado de integrantes do grupo”.

A segunda condição relaciona-se às modalidades de decisão. Neste caso a regra fundamental é a da maioria. Frise-se, “fundamental”, não a única.

Por fim, pela condição terceira, as alternativas postas aos chamados a decidir deverão ser reais e eles devem ser colocados em posição de escolher entre uma ou outra.

Como corolário, tem-se que o Estado liberal é um pressuposto histórico e jurídico do Estado democrático, na medida em que os direitos de liberdade (de pensamento, de expressão das próprias opiniões, de reunião, etc.) deverão ser assegurados aos chamados a decidir<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> JASMIN, Marcelo Gantus. *Tocqueville, a Providência e a História*. Dados, Rio de Janeiro, v. 40, n. 2, 1992. Disponível: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52581997000200002>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

<sup>10</sup> BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 18 a 20.

Nesse contexto, as constantes modificações dos arranjos que antecedem às decisões baseadas na vontade da maioria acabam por colocar em xeque as próprias decisões. Os cenários políticos, sociais e econômicos podem se transformar sem que os processos de sondagem da vontade coletiva possam captar essas alterações, visto não serem contínuos.

Releva pontuar que, à época do Estado liberal, a lei era considerada o produto da vontade de um parlamento formado tão somente por representantes da classe burguesa, onde inexistia confronto ideológico.

Após essa fase, uniformidade perde espaço nas casas legislativas, tornando-se locais da divergência, em que ideias distintas a respeito da função do Direito e do Estado passam a compor embates. Por evidente, não mais subsiste uma vontade geral, falando-se mais apropriadamente em uma “vontade política”, ou melhor, na vontade do grupo mais forte dentro do parlamento.

Hodiernamente, no entanto, essa denominada vontade política é amalgamada com o interesse dos *lobbies* e dos grupos de influência que agem nos bastidores do parlamento.

Nos Estados Unidos, a jurisdição – *adjudication* – tem a função de atribuir significado concreto e de aplicar os valores constitucionais<sup>11</sup>. Essa linha doutrinária tem preocupação preponderante com a proteção das minorias sociais e se fundamenta na ideia de que um regime constitucional não tem legitimidade tão somente pela submissão à vontade da maioria, consubstanciada na predominância das instituições políticas, representativas de maiorias, em prejuízo dos órgãos jurisdicionais.

Por esse viés, critica-se a teoria coordenativa que rege a relação entre os tribunais e as outras instituições de Estado, com fulcro no “defeito legislativo” (*legislative failure*). Consoante as balizas da teoria do defeito legislativo – cuja referência mais difundida consta da nota de rodapé nº 4 da decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *United States versus Carolene Products*<sup>12</sup> –, há um dever de deferência do Poder Judiciário ao Poder Legislativo em assuntos de estatura constitucional, a menos que se identifique alguma razão para se admitir que o processo legislativo esteja funcionando de modo inadequado.

Todavia, essa teoria tem ao menos duas inconsistências. Uma delas é a sua incapacidade de explicar por qual razão os chamados defeitos legislativos devem ser corrigidos pelo Poder Judiciário. A outra inconsistência resulta da ausência de justificação da sua basilar

---

<sup>11</sup> FISS, Owen. *The forms of justice*. Harvard Law Review, v. 93, p. 4

<sup>12</sup> EUA. 304 U.S. 144, 152, n. 4 (1938). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/304/144/>> Acesso em: 20 jan. 2019.

premissa normativa: a de que os órgãos políticos majoritários detêm supremacia ainda quando os valores constitucionais são potencialmente desafiados.

O “defeito legislativo” restringe-se a identificar as ocasiões em que o Poder Judiciário deve atuar, mas não de que forma. Não obstante a incompletude dessa teoria, além de se fundamentar numa ideia majoritária inconciliável com um regime constitucional, é importante enfatizar o seu ponto mais interessante: a tese segundo a qual os tribunais têm por função agir quando o processo político ordinário resulta na vitimização de grupos minoritários isolados e sem voz ou de maioria silenciosa, assim entendida quando, no aspecto quantitativo, é composta por maior número de integrantes que outros grupos sociais, porém sem ocupar o adequado espaço no debate político.

Em alguns momentos, porém, a prevalência da vontade da maioria que vitimiza um determinado grupo minoritário pode ser preservada mesmo que os interesses dessa minoria sejam formalmente computados no processo político.

Ainda quando exista uma situação de desconfiança em relação ao funcionamento adequado do processo legislativo, “não há razão para pensar que a decisão oposta prevaleceria se o processo legislativo estivesse funcionando perfeitamente; não há razão para supor que o grupo isolado e sem voz venceria ao invés de perder”<sup>13</sup>.

É dizer, apenas garantir a participação de todos os grupos sociais no processo legislativo é insuficiente. Os grupos minoritários, mesmo que tenham os seus interesses considerados, podem ser relegados no processo de deliberação legislativa. Logo, a proteção dos direitos das minorias não deve ser alcançada por meio de eventual defeito de participação no processo legislativo, mas na dimensão da Constituição.

Na dimensão do texto constitucional, o juiz não deve argumentar em nome das minorias, senão apenas declarar a eficácia dos valores constitucionais. Carece de qualquer sentido e de juridicidade atribuir ao magistrado a função de representante das minorias, como forma de evitar que se torne um atuante na política de grupos de interesse. À jurisdição cabe dar a cada um o que é seu mediante a interpretação da Constituição, tendo em conta o seu texto, o contexto histórico e os fins sociais para, então, se for o caso, dar tutela à minoria.

Conforme a compreensão da lei pelo magistrado deva ter por parâmetro a Constituição, ainda não implica que declarar os valores constitucionais seja suficiente. O exercício da judicatura exige que o magistrado compreenda o verdadeiro significado da Constituição, de modo a conferir, conscientemente, o real sentido aos textos constitucionais, legais e ao caso

---

<sup>13</sup> FISS, op. cit., p. 9.

concreto para, assim, dar tutela efetiva ao direito. Eis a razão fundamental de uma adequada compreensão da expressão “dar sentido aos valores públicos”.

“Os tribunais existem para dar sentido aos nossos valores públicos, não para resolver disputas. A jurisdição constitucional é a mais viva manifestação dessa função, mas ela também parece verdadeira para a maior parte dos casos civis e criminais”<sup>14</sup>.

Conferir significado aos valores públicos não é, porém, apenas atribuir-lhes significados específicos. Para além disso, é dotá-los de substrato operacional, ou seja, concretizá-los, efetivá-los e atualizá-los como forma de a jurisdição realizar o que se denomina de “reforma estrutural” por meio do exercício da função típica dos tribunais.

A reforma estrutural, como um dos efeitos do exercício da jurisdição, deve ser vista com reservas em razão de promover um encontro entre as burocracias estatais e o Poder Judiciário. O juiz busca dar sentido aos valores constitucionais no funcionamento de outras instituições, com esboço no pressuposto de que “valores constitucionais não podem ser plenamente assegurados sem que se efetuem mudanças básicas nas estruturas dessas organizações”<sup>15</sup>.

Uma reforma estrutural realizada pelo Judiciário é aquela em que o magistrado, cotejando a operacionalidade institucional com valores de dimensão constitucional, avoca para si a responsabilidade de reestruturar uma organização estatal, para suprimir a ameaça de violação àqueles valores imposta pelos arranjos institucionais vigentes.

A ampliação da compreensão sobre a função judicial, no sentido de dar sentido aos valores públicos, importa em enfatizar a necessidade de dar efeito concreto ao teor material do ordenamento jurídico, uma vez que somente definir o significado dos valores públicos é muito pouco, pois à função jurisdicional é indispensável implementar esses valores.

Não obstante o magistrado, para interpretar a lei e dar tutela ao direito material, tenha que compreender o real significado da norma constitucional, a atividade jurisdicional não se encerra no ato de declarar os valores constitucionais.

“A tarefa não é apenas declarar quem está certo e quem está errado (...) a tarefa é remover a condição que ameaça os valores constitucionais”<sup>16</sup>. Mais propriamente, a tarefa da jurisdição está nessa perspectiva em atuar os “valores” encampados pelas normas constitucionais.

---

<sup>14</sup> Idem, op. cit., p. 29.

<sup>15</sup> Idem, op. cit., p. 2.

<sup>16</sup> Idem, op. cit., p. 28.

Além de dar sentido ao caso concreto em face da lei, da realidade social e do texto constitucional, o magistrado não pode adscrever a norma jurídica do caso concreto mirando exclusivamente a Constituição. Faz-se imprescindível a consideração das necessidades do direito material para uma prestação adequada da tutela jurisdicional.

Isso porque a tutela jurisdicional exerce uma função de instrumentalidade no que se refere ao direito material em litígio. Portanto, além de se estear no texto da Constituição, a tutela jurisdicional deve identificar as necessidades do direito material, de maneira que as normas constitucionais iluminem a tarefa de proteção jurisdicional dos direitos. Aqui reside o motivo pelo qual atribuir significado aos valores previstos nas normas constitucionais, em uma primeira análise, revela a complexidade do exercício da judicatura.

A jurisdição tem, assim, por objetivo atualizar a norma jurídica capaz de atender as demandas do direito material controvertido e, por via de consequência dessa finalidade, produzir o efeito da pacificação social.

### 3. O CONFLITO ENTRE A LEGITIMAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL CONTRAMAJORITÁRIA E A DEFERÊNCIA À VONTADE DEMOCRÁTICA DA MAIORIA

As questões que provocam inquietações acerca da legitimidade da jurisdição constitucional, isto é, os questionamentos que pairam sobre a legitimidade do controle da constitucionalidade da lei, assenta-se sobretudo na questão da legitimidade do Poder Judiciário para controlar a decisão da maioria parlamentar<sup>17</sup>.

Isso é decorrência do fato de que a lei tem sua base na vontade popular que elegeu o (s) seu (s) elaborador (es), o que se denomina de democracia representativa.

Já os magistrados, por sua vez, não se submetem ao processo de escrutínio pelo povo, não obstante devam ser investidos nos cargos da estrutura do Poder Judiciário mediante o procedimento previsto no texto constitucional, segundo o qual há a necessidade de que se submetam à regra do concurso público para o ingresso na magistratura no primeiro grau de jurisdição, a despeito de critérios outros para o ingresso nos tribunais.

---

<sup>17</sup> GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. 1ª reimp. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011. Disponível em: <[http://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/corte/pdfs/la\\_justicia\\_frente\\_al\\_gobierno.pdf](http://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/corte/pdfs/la_justicia_frente_al_gobierno.pdf)> Acesso em: 20 jan. 2019.

Nessa perspectiva, é evidente que há uma deficiência de legitimidade do magistrado, o que conduz ao entendimento de que a legitimidade do juiz para controlar uma decisão política do parlamento é consequência atribuível ao procedimento, deslocando-se o ponto de referência da legitimidade do julgador para o procedimento.

A legitimação do exercício da jurisdição por meio do procedimento se baseia na ideia de que a melhor maneira para o regular desenvolvimento do processo de julgamento, que leva à edição da decisão, é pela observância do quadrante estabelecido pelo legislador.

A par da distinção entre legitimação e legitimidade<sup>18</sup>, duas são as formas que delimitam o procedimentalismo.

A primeira, fundada em uma postura de ceticismo moral, parte da premissa de que o problema da legitimação só se pode discutir racionalmente. Como inexistente imunidade ao subjetivismo em relação a juízo de valor em questões normativas, o problema da legitimidade é consumido pelo da legitimação.

Quando se admite a legitimação por meio do procedimento, enclausura-se o conteúdo da decisão, não sendo este relevante para aferir a legitimidade, na medida em que a aceitação não é corolário do conteúdo decisório, mas da observância estrita do procedimento.

Entretanto, sob outro prisma procedimental, não se nega que a questão da legitimidade possa ser analisada de forma racional. Mas adota como pressuposto o argumento de que decisões normativas só podem ser racionalmente avaliadas de acordo com critérios procedimentais.

Para essa concepção, a legitimidade de uma decisão advém de um procedimento no qual as condições que asseguram a correção de seu resultado foram observadas.

Essa compreensão do procedimentalismo se opõe a teorias substanciais da legitimidade, nas quais o crivo de correção das decisões é avaliado mediante a comparação com alguma outra decisão ideal tida como justa ou correta.

Ao magistrado, em certa medida, é impossível decidir de forma puramente racional sobre as decisões políticas a partir tão somente dos direitos, valores e princípios constitucionais de justiça.

Com efeito, o grau de fluidez das normas constitucionais permitiria sempre a possibilidade de o julgador manifestar-se de variadas formas diante do mesmo texto legal, sendo o procedimento o único meio de assegurar previsibilidade do exercício da jurisdição.

---

<sup>18</sup> O uso dos termos legitimação e legitimidade, nesse contexto, demonstra que eles não devem ser confundidos. A legitimação está relacionada ao fato de uma decisão ser tomada por seus destinatários como dotada de autoridade. A legitimidade, diversamente, exige que uma determinada decisão se apresente em conformidade com algum padrão de justiça ou correção. Num caso, está em jogo um juízo fático; noutro, um juízo normativo.

Mesmo que o procedimento mitigue o *déficit* de legitimidade do magistrado, ainda persiste uma dificuldade na aceitação de decisões contramajoritárias, que poderia ser assim resumida: quando se declara a inconstitucionalidade de uma lei produzida no Legislativo, há, de certo modo, a frustração da vontade das pessoas que elegeram um Parlamento.

Isso porque a vontade do Parlamento é associada à ideia de governo do povo, que elege diretamente seus representantes.

Nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510<sup>19</sup>, em que se julgou a constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias, o Ministro Gilmar Mendes, ao mencionar Robert Alexy, pontuou que “o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente”.

Na experiência brasileira, tem-se emblemático julgamento do Supremo Tribunal Federal, no qual se reconheceu, como afirmação dos direitos de minorias, a união homoafetiva como uma relação jurídica de entidade familiar legítima, em face de eventuais interpretações tidas como discriminatórias ou preconceituosas, a saber:

[...] INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. [...] Particularmente nos casos em que se trata de direitos de minorias é que incumbe à Corte Constitucional operar como instância contramajoritária, na guarda dos direitos fundamentais plasmados na Carta Magna em face da ação da maioria ou, como no caso em testilha, para impor a ação do Poder Público na promoção desses direitos. (ADPF 132, Ministro Relator Ayres Britto, Tribunal Pleno, Data de Julgamento: 05/05/2011, Data de Publicação: DJ 14/10/2011)<sup>20</sup>.

Na posição de guardião da Lei Fundamental, o Supremo Tribunal Federal é o órgão do Poder Judiciário que deve assumir a vanguarda no controle dos abusos das maiorias eventuais com o fim de resguardar os direitos das minorias.

Essa responsabilidade compõe o caráter contramajoritário desempenhado pela Corte Suprema brasileira, sem que implique em ausência de deferência ao Poder Legislativo, porque tem seu fundamento de validade no pacto social materializado na Constituição da República.

Esse papel contramajoritário da Suprema Corte brasileira, cujo exercício é, por vezes, estimulado pela crise de representatividade dos parlamentares, tem seu espaço de atuação, sobretudo, no âmbito do controle de constitucionalidade abstrato, na medida em que modifica o

<sup>19</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 3510*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>> Acesso em: 10 jan. 2019.

<sup>20</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 132*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em: 10 jan. 2019.

resultado de um processo eminentemente político ao decidir pela expurgação de um ato normativo, discutido e votado pelo Poder Legislativo, do ordenamento jurídico.

O Excelso Pretório, no exercício de sua função contramajoritária, interfere em função típica do Poder Legislativo, ora decidindo de forma diametralmente oposta à vontade de maiorias eventuais, ora impondo ao Poder Público a promoção de direitos fundamentais, para garantir a máxima efetividade dos mandamentos constitucionais e assegurar o exercício de direitos por grupos sociais minoritários aliados do processo político, mas não sem observar os limites impostos pelo dever de autocontenção<sup>21</sup>.

Portanto, a função contramajoritária, moderada pela autocontenção, é indispensável à efetividade da Constituição porquanto a prevalência da vontade de maiorias ocasionais no processo político, substrato fático do sistema e da lógica que dá suporte ao regime democrático, não é o suficiente para garantir a concretização dos direitos públicos fundamentais destinados a grupos sociais minoritários ou a maiorias silenciosas, quando a vontade daquelas maiorias não traspassa o filtro constitucional.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou analisar o processo de legitimação da decisão jurisdicional contramajoritária em cotejo com a vontade popular representativa da maioria.

A função contramajoritária do Poder Judiciário se revela como um meio de conferir a máxima eficácia ao texto da Constituição, não obstante o seu *déficit* de legitimidade e a eventual ausência de convergência com a vontade da maioria representada pelo Parlamento.

A partir da ideia de distinção ontológica entre o texto de lei e a norma jurídica, a hermenêutica constitucional propiciou a compreensão da necessidade de se dotar as decisões jurisdicionais de fundamentação racionalmente justificada, afastando-se da lógica decisional de subsunção e da leitura acrítica dos atos legislativos.

Essa alteração de entendimento quanto à função do magistrado tem provocado, de certo modo, um tensionamento na relação entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, em razão de decisões judiciais que vão de encontro ao resultado de deliberações políticas tomadas por maiorias eventuais em detrimento de grupos minoritários, dando ensejo ao denominado ativismo judicial ou de legislativização da jurisprudência.

A compreensão da imbricação das funções típicas dos Poderes da República passa pelo

---

<sup>21</sup> TAVARES, André Ramos. Minorias e justiça constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, V. 4, n. 13, jan. 2010.



sistema representativo pelo parlamento, que trouxe à tona a teoria do defeito legislativo, pelo qual os tribunais devem deferência ao Poder Legislativo, em questões constitucionais, a menos que haja razão para admitir que o processo legislativo esteja funcionando de forma inadequada.

Não obstante essa teoria se limite a identificar as ocasiões em que o Poder Judiciário deve atuar, sua relevância está na circunstância de, não raras vezes, a preferência majoritária, no sistema representativo, vitimizar ou denegar direitos fundamentais a determinados grupos sociais minoritários, ainda que as preferências desse grupo sejam formalmente consideradas no processo legislativo.

Assim, por meio do procedimentalismo, viu-se que o *déficit* de legitimidade do magistrado é mitigado, superando-se, em certa medida, a frustração da vontade da maioria quando um ato normativo é, por exemplo, declarado inconstitucional, na medida em que a vontade do Parlamento é associada à ideia de governo do povo, que elege diretamente seus representantes, abrindo-se espaço ao processo de legitimação das decisões judiciais contramajoritárias.

No Brasil, viu-se que o Supremo Tribunal Federal, na posição de guardião da Lei Fundamental, passou a assumir a vanguarda no controle dos abusos das maiorias eventuais com o fim de resguardar os direitos das minorias, desempenhando uma função contramajoritária.

Portanto, o exercício moderado dessa função contramajoritária, sobretudo pela imparcialidade do Poder Judiciário e pela observância da autocontenção, faz-se imprescindível para garantir a máxima eficácia dos mandamentos constitucionais e superar a lógica do regime democrático, em relação à prevalência da vontade da maioria nas deliberações legislativas, a fim de garantir que grupos sociais minoritários, alijados do processo político, sejam contemplados na concretização de direitos públicos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 3510*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>> Acesso em: 10 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 132*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em: 10 jan. 2019.

BULYGIN, Eugenio. *Los jueces crean derecho? XII Seminario Eduardo García Maynez sobre teoría e filosofía do direito*. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Instituto de Investigaciones Filosóficas, Unam.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Lazione nel sistema dei diritti. Saggi di diritto processuale civile*. Roma: Foro Italiano, 1930.

FISS, Owen M. *The forms of justice*. V. 93. Harvard Law Review.

GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. 1ª reimp. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011. Disponível em: <[http://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/corte/pdfs/la\\_justicia\\_frente\\_al\\_gobierno.pdf](http://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/corte/pdfs/la_justicia_frente_al_gobierno.pdf)> Acesso em: 20 jan. 2019.

JASMIN, Marcelo Gantus. *Tocqueville, a Providência e a História*. Dados, Rio de Janeiro, V. 40, n. 2, 1992. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52581997000200002>> Acesso em: 15 jan. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, V. 1. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MICHELON JÚNIOR, Cláudio. Princípios e Coerência da Argumentação Jurídica. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Coords.), *Direito e Interpretação – Racionalidades e Instituições*. São Paulo, Saraiva, 2011.

RAWLS, John. *A theory of justice*. V. 121. Harvard Law Review.

TAVARES, André Ramos. *Minorias e justiça constitucional*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, V. 4, n. 13, jan. 2010.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *The Judicial Application of Law*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1992.