

A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL¹

Bianca Michelli Zanelato

Resumo: Este artigo possui como objetivo analisar a função contramajoritária exercida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de questões constitucionais. A despeito de a Corte ser composta por representantes investidos por critérios predominantemente meritórios, ou seja, não eleitos pela maioria do povo, determinadas situações, nas quais estejam em jogo os direitos fundamentais e o regime democrático de Direito, exigem que sua atuação se dê em sentido oposto ao definido pelas leis e atos normativos, ou mesmo, ao preconizado pela maioria da população brasileira. Na elaboração deste artigo, utiliza-se o método indutivo.

Palavras chave: Função contramajoritária. Controle de constitucionalidade. Direitos Fundamentais. Estado Democrático de Direito.

Abstract: This article's main objective is to analyze the countermajority role of the Federal Supreme Court judging constitutional affairs. Despite the fact that the Court is composed of representatives entitled by predominantly meritorious criteria, that is, not elected by the majority of people, certain situations, in which the fundamental rights and the democratic rule of law are at risk, it requires a behavior that runs in the opposite way defined by laws and Regulatory Act, or even as envisioned by the majority of the Brazilian population. In the development of this article, it uses inductive method.

Keywords: Countermajoritarian Function. Constitutionality control. Fundamental Rights. Democratic State.

Introdução

O artigo tem como objeto a análise da função contramajoritária desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de questões constitucionais, normalmente de grande relevo social e político.

O seu objetivo é entender os conceitos atribuídos à expressão, as origens do fenômeno da atuação contramajoritária, sua relação com constitucionalização e a eficácia irradiante dos direitos fundamentais e os possíveis impactos daí decorrentes nos seios jurídico, político e social.

¹ Artigo científico elaborado como trabalho final de conclusão do Curso de Especialização em Jurisdição Federal – Turma 2020.

Atuar contramajoritariamente, como o próprio nome sugere, significa optar por um caminho diverso do escolhido pela maioria. O Supremo Tribunal Federal assim procede quando invalida comandos legislativos aprovados por representantes eleitos pela maioria do povo, declarando sua inconstitucionalidade, bem como, quando age positivamente no intuito de viabilizar a concretização de anseios legítimos apresentados pela minoria. Em ambos os casos, o faz por intermédio por controle de constitucionalidade.

As questões que se colocam são: sobre que alicerces é exercido esse poder? Que fundamentos autorizariam o Judiciário a substituir a vontade do legislador? Tal conduta se sustenta num Estado Democrático de Direito? Quais efeitos o exercício dessa função pode ocasionar?

Parece que essas perguntas encontram parcela de suas respostas no papel que historicamente foi sendo atribuído à Corte Constitucional de guardião dos direitos fundamentais.

A fim de contribuir minimamente com o debate e trazer possíveis esclarecimentos sobre o assunto, no primeiro capítulo será realizado um exame a respeito do que se considera atuação contramajoritária. Em seguida, no capítulo dois, faz-se breve menção e comentários a precedentes judiciais do Supremo Tribunal Federal, nos quais é possível visualizar a atuação contramajoritária. No capítulo três, indica-se dois possíveis impactos decorrentes de tal atuação: a expansão do judiciário e o efeito backlash.

O artigo se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a atuação contramajoritária da Corte Constitucional.

1 O que é a função contramajoritária

O termo dificuldade contramajoritária foi originariamente utilizado por Alexander Bickel em sua obra “The Least Dangerous Branch”², cuja primeira edição remonta ao início da década de 1960.

Aludida expressão, em seu sentido mais usual, refere-se à atuação do Poder Judiciário nas situações em que infirma o direito previsto na legislação infraconstitucional positiva, ordinariamente aprovada pelo Poder Legislativo, a fim de salvaguardar os valores primordiais consagrados na Constituição.

Diz-se “contramajoritária” porque, enquanto as decisões legislativas (leis e atos normativos) são fruto de processo conduzido por representantes eleitos pela maioria do povo – dotados, portanto, de legitimidade democrática –, as decisões judiciais (exaradas por intermédio do controle de constitucionalidade) são tomadas por juízes investidos por critérios predominantemente meritórios.

A esse respeito, leciona Pedro Lenza:

Um dos maiores desafios a ser enfrentado é aquele decorrente da dificuldade de se justificar e aceitar o modelo de revisão judicial pelo qual se invalida a vontade do povo materializada no trabalho legislativo fruto de atuação do parlamento.

Este fenômeno tem sido denominado de dificuldade contramajoritária (ou seja, a palavra na interpretação final dada por juízes destituídos de legitimidade democrática³.

Ao lado desse, outro significado também vem sendo atribuído à expressão “atuação contramajoritária”. Diz respeito ao exercício da jurisdição constitucional com o fito garantir a tutela dos direitos fundamentais das minorias frente às investidas realizadas pela maioria – às vezes, eventual –, dotada de representatividade.

Nesse sentido, infere-se do trabalho elaborado por Clarissa Abrantes Souza:

O Supremo Tribunal Federal, na posição de garante da Lei Fundamental, passou a assumir o controle dos abusos das maiorias eventuais com o fim de

² BICKEL, Alexander. **The Last Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. New York: Vail-Ballou Press, 2.ed. 1986.

³ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 23.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 79.

resguardar os direitos das minorias. Essa responsabilidade compõe o caráter contramajoritário desempenhado pela Corte Suprema brasileira⁴.

Antes contudo, de adentrar em discussão, propriamente dita, a esse respeito, apenas para situar o leitor, importante uma brevíssima incursão teórica acerca dos influxos históricos responsáveis pelo surgimento do modelo atual de jurisdição constitucional brasileira.

A ideia de controle de constitucionalidade está intrinsecamente relacionada à de constitucionalismo, o qual, conforme singela e brilhante definição dada por Luís Roberto Barroso⁵ pode ser compreendido como limitação do poder⁶ e Estado de Direito.

Guarda, também, estreita relação com o processo de constitucionalização do Direito, pois, foi a partir do desenvolvimento desse fenômeno, cujo marco inicial se estabeleceu na Alemanha (no pós-segunda guerra mundial), que despontou a concepção de eficácia irradiante dos direitos fundamentais.

Falar em eficácia irradiante significa dizer que os direitos fundamentais, previstos na constituição, além de sua dimensão subjetiva, atinente à tutela de direitos meramente individuais, dispõem, ainda, de uma dimensão objetiva, compreendida como dever genérico de proteção de um conjunto de valores primordiais, de interesse

⁴ SOUZA, Clarissa Abrantes. **O papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal e a efetivação dos direitos fundamentais.** Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46349/o-papel-contramajoritario-do-supremo-tribunal-federal-e-a-efetivacao-dos-direitos-fundamentais>>. Acesso em 15.03.2021.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 7.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 31.

⁶ Não se trata, contudo, de simples e arbitrária restrição à atuação estatal, mas sim, de ideologia que busca refrear os poderes do Estado em nome da proteção de direitos e garantias fundamentais – conceito que, em razão da dinamicidade das relações sociais, encontra-se em constante evolução. Nesse sentido, Lênio Streck: “O constitucionalismo, pelas suas características contratualistas, vai se firmar como uma teoria que tem a Constituição como lei fundamental apta a limitar o poder, porém, mais do que isso, limitar o poder em benefício de direitos, os quais, conforme a evolução histórica, vão se construindo no engate das lutas políticas (direitos de primeira, segunda, terceira e quarta dimensões, que demonstram as diversas fases pelas quais passou o Estado de Direito a partir da revolução francesa até os dias atuais. E essa limitação assume diferentes matizes, chegando ao seu ápice no segundo pós-guerra, a partir da noção de Constituição dirigente e compromissória e da noção de Estado Democrático de Direito”. STRECK, Lenio. **Jurisdição constitucional.** 5.ed. Rio de Janeiro: Forense: 2018, p. 2.

geral da sociedade, os quais devem servir de norte à conformação de toda a ordem jurídica⁷.

Nesse ambiente, a Constituição passa a desempenhar um papel central no ordenamento jurídico, funcionando, a um só tempo, como parâmetro de validade e interpretação das normas infraconstitucionais, o qual ecoa sobre os diferentes poderes estatais⁸.

Mas é particularmente no âmbito do Poder Judiciário que o fenômeno da constitucionalização do Direito encontra solo fértil para semear maior número discussões. Isso porque, em nome da proteção da supremacia formal e axiológica da Constituição, ao longo dos últimos séculos, proliferaram-se, ao redor do mundo, diversos meios e institutos aptos à fiscalização da constitucionalidade das leis, os quais passaram a compor o que se denomina de jurisdição constitucional.

Dentre tais mecanismos de atuação prática, por sua relevância ao presente trabalho, cabe destacar: a) o controle difuso, inspirado, notadamente, na experiência do constitucionalismo norte-americano, o qual confere a todos os membros do Poder Judiciário competência para conhecer e decidir questões de constitucionalidade; e, b) o controle concentrado, herdado da Europa continental, com o modelo elaborado por Hans Kelsen para a Constituição austríaca de 1922, e que concede apenas ao Tribunal Constitucional a competência para decidir acerca da conformidade das leis com a Constituição.

No Brasil, conforme pontua o ministro Luís Roberto Barroso, essa ampliação do exercício da jurisdição constitucional (especialmente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988), aliada ao aumento da demanda por justiça (em razão da proliferação de direitos e da facilitação do acesso) e à ascensão institucional do

⁷ Sobre a questão, o ministro Gilmar Ferreira Mendes: “É fácil ver que a ideia de um dever genérico de proteção fundado nos direitos fundamentais relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos (Austrahlungswirkung) sobre toda a ordem jurídica (von MÜNCH, Ingo. Grundgesetz-Kommentar, Kommentar zu Vorbemerkung Art I-19, N. 22)”. MENDES, Gilmar. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 120.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. p. 408.

Judiciário, acabou por ensejar significativa judicialização das relações sociais⁹. Consequentemente o Judiciário passou a atuar como instância final decisória do mais variado leque de questões, de caráter particular, social e, até mesmo, político.

Desse modo, como não poderia ser diferente, passamos a utilizar também, como forma de solucionar as questões que tem como pano de fundo a alegação de ofensa a matérias de índole constitucional, o já denominado controle de constitucionalidade.

Adotamos aqui o sistema misto ou híbrido de controle, de modo que a prerrogativa de invalidação de leis e atos normativos contrários à Constituição, provenientes dos outros poderes é conferida tanto aos juízes e tribunais, por intermédio do controle difuso, quanto ao Supremo Tribunal Federal, por intermédio do controle concentrado de constitucionalidade.

Mas é notadamente quanto ao papel exercido pela Corte Suprema, como órgão responsável por proferir a última palavra em matéria constitucional, que a doutrina insere a discussão atinente à atuação contramajoritária, mormente em razão do íntimo encontro que proporciona entre o Direito e a política.

A respeito:

Há praticamente consenso, na doutrina contemporânea, de que a interpretação e aplicação do Direito envolvem elementos cognitivos e volitivos. Do ponto de vista funcional, é bem de ver que esse papel de intérprete final e definitivo, em caso de controvérsia, é desempenhado por juízes e tribunais. De modo que o Poder Judiciário e, notadamente o Supremo Tribunal Federal, desfruta de uma posição de primazia, na determinação do sentido e do alcance da Constituição e das leis, pois cabe-lhe dar a palavra final, que vinculará os demais Poderes. Essa *supremacia judicial*, quanto à determinação do que é o Direito envolve, por evidente, o exercício de um poder político, com todas as suas implicações para a legitimidade democrática.¹⁰

À luz do já consignado no início do presente tópico, usualmente a atuação contramajoritária é conceituada como a função por meio da qual o Judiciário, órgão

⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 428.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 460.

composto por juízes não eleitos, invalida o direito previsto na legislação infraconstitucional positiva, aprovada por representantes eleitos pela maioria do povo (integrantes dos Poderes Executivo e Legislativo), a fim de preservar os direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

O Supremo Tribunal Federal assim procede quando reconhece a existência de incompatibilidade de leis e atos normativos provenientes de qualquer dos demais poderes com a Constituição Federal, extirpando do sistema normativo artigos, parágrafos, incisos e interpretações em nome da Lei Maior.

Todavia, há que se considerar, ainda, para além da definição acima exposta, a existência de outro significado, também já referido, e que hodiernamente vem sendo atribuído à expressão “atuação contramajoritária”. Refere-se aos casos em que a ação da Corte Constitucional se dá para tutelar os direitos fundamentais relativos a uma minoria, que, no mais das vezes, carece de representação política.

Nessa acepção, o termo “contramajoritário” deixa de abranger unicamente a ideia de que o Supremo exerce o papel de legislador negativo (no sentido de ser contrário àquilo os representantes da maioria expressamente decidiram por lei), e passa a dizer respeito, também, às situações em que, sem aprovar formalmente qualquer texto de lei, a Corte atua como legislador positivo (no sentido de que age para viabilizar a concretização dos anseios legítimos da minoria).

Referida atuação tem se mostrado bastante presente nos casos em que verificada a existência de omissão dos poderes competentes, no tocante à preservação e implementação dos direitos fundamentais relativos a um grupo minoritário.

Neste ponto, contudo, necessária uma ressalva: não nos parece que toda e qualquer decisão do Supremo Tribunal Federal no sentido de suprir uma lacuna legislativa possa ser denominada contramajoritária (entendida aqui a expressão como atuação contrária à vontade da maioria do povo). Mas, apenas nas situações em que a inércia do poder competente esteja, de fato, fundada na vontade da maioria, e, além disso, que a atuação da Corte se dê para tutelar direitos de minorias não representadas, é que se poderá dizer, efetivamente, que se trata de posicionamento contramajoritário.

Ora, há casos em que, embora haja demandas sociais e políticas reivindicadas pela maior parte da população, o legislador, por opção política, deixa de se manifestar e, assim, de atender os anseios da vontade popular dominante. Evidentemente, não se está aí diante de atuação contramajoritária da Corte, ao menos não no sentido democrático que lhe pode ser atribuído.

A seguir, a fim de enriquecer o debate, faz-se um breve recorte dos precedentes judiciais que bem ilustram o papel contramajoritário da Corte Constitucional.

2 A função contramajoritária no supremo tribunal federal: análise de casos

No emblemático julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277/DF¹¹ e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132/RJ¹², ambas sob relatoria do Ministro Ayres Britto, o Supremo Tribunal Federal, ao conferir interpretação conforme a Constituição Federal ao artigo 1.723 do Código Civil – no sentido de excluir qualquer significado que impedisse o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar –, assegurou a uma parcela minoritária da população, os homossexuais, a proteção a uma série de direitos fundamentais, dentre eles: o direito à igualdade, à não discriminação, à liberdade sexual, à inclusão social, à intimidade, à dignidade.

Ao proferir o seu voto, o Ministro Luiz Fux, em brilhante explanação, muito bem delineou as razões que autorizaram a Corte Constitucional a dilatar o conceito ortodoxo de família, e, ao assim proceder, fazer uso do papel contramajoritário que lhe é atribuído. Transcrevo:

“[...] o ato de constituição da união homoafetiva existe, ocorre e gera efeitos juridicamente relevantes, que, portanto, merecem tratamento pelo direito.

A vexata quaestio, pois, não é saber se as uniões homoafetivas encontram amparo na Constituição e no direito infraconstitucional. Tem-se por sabido que sim. Cuida-se, então, de dizer qual o tratamento jurídico a ser conferido,

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4277/DF. Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011, DJ 14.10.2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=62863>>. Acesso em 15.03.2021.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 132/RJ. Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011, DJ 14.10.2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 12.03.2021.

de modo constitucionalmente adequado, à união homoafetiva, ou melhor, se a estas deve ser estendido o tratamento jurídico dado à união estável entre homem e mulher.

Mesmo que já dito antes, não é demais registrar novamente que o tema revolve preconceitos ainda muito disseminados e arraigados na sociedade brasileira. Independentemente do resultado deste julgamento, a sua repercussão social será imensa e são, em boa parte, imprevisíveis as suas consequências. Mas assim será toda vez que as liberdades essenciais dos indivíduos – em especial aquelas ligadas à sua identidade – forem alvo de ameaças do Estado ou dos particulares e o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, for convocado a assegurar a proteção os direitos fundamentais.

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”.

Também o Ministro Marco Aurélio, ressaltou o relevante papel exercido pelo Supremo com o objetivo de proteção aos direitos fundamentais:

“No mais, ressalto o caráter tipicamente contramajoritário dos direitos fundamentais. De nada serviria a positivação de direitos na Constituição, se eles fossem lidos em conformidade com a opinião pública dominante. Ao assentar a prevalência de direitos, mesmo contra a visão da maioria, o Supremo afirma o papel crucial de guardião da Carta da República [...]”.

Nota-se, portanto, em linha ao que já foi dito ao longo do primeiro capítulo, que a bússola a direcionar a atuação do Supremo deve, sempre, ter como norte a tutela dos direitos fundamentais.

Outro precedente que merece lembrança é a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 187/DF¹³, de relatoria do Ministro Celso de Mello, por meio da qual foi autorizada a realização dos eventos chamados “marcha da maconha”, que reúnem manifestantes favoráveis à descriminalização da droga.

Por unanimidade, decidiu o Supremo Tribunal Federal, também mediante a técnica de interpretação conforme à Constituição, que o sentido a ser conferido ao artigo 287 do Código Penal (o qual tipifica como crime a apologia de “fato criminoso”

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 187/DF. Rel. Celso de Mello, j. 15.06.2011, DJ. 29.05.2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>> Acesso em: 13.03.2021.

ou de "autor do crime") é aquele que não se preste a impedir a realização de manifestações públicas em defesa da legalização de drogas.

Dentre os fundamentos utilizados no acórdão para justificar a liberação de movimentos dessa natureza, estão os direitos constitucionais de reunião e de livre expressão do pensamento. Duas das mais importantes liberdades públicas, absolutamente caras à sociedade brasileira – mormente considerando o recente período ditatorial vivenciado antes da promulgação da Carta de 1988 –, e que também legitimam a atuação contramajoritária da Supremo.

Do voto proferido pelo relator, é possível extrair riquíssimos ensinamentos acerca da relevância da função contramajoritária da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito:

A opção do legislador constituinte pela concepção democrática do Estado de Direito não pode esgotar-se numa simples proclamação retórica. A opção pelo Estado democrático de direito, por isso mesmo, há de ter consequências efetivas no plano de nossa organização política, na esfera das relações institucionais entre os poderes da República e no âmbito da formulação de uma teoria das liberdades públicas e do próprio regime democrático. Em uma palavra: ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República, cujo texto confere, aos direitos fundamentais, um nítido caráter contramajoritário.

É evidente que o princípio majoritário desempenha importante papel no processo decisório que se desenvolve no âmbito das instâncias governamentais, mas não pode legitimar, na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, a supressão, a frustração e a aniquilação de direitos fundamentais, como o livre exercício do direito de reunião e da liberdade de expressão (e, também, o do direito de petição), sob pena de descaracterização da própria essência que qualifica o Estado democrático de direito.

Vê-se, pois, novamente a importantíssima incumbência atribuída ao Supremo Tribunal Federal no plano de proteção das liberdades fundamentais dos indivíduos.

Como órgão investido de poder, tem, não somente, a responsabilidade, mas o dever institucional de proteger as minorias contra excessos e abusos praticados pela maioria e, muitas vezes, porque não dizer, pelo próprio Poder Público, como bem pontuou o Ministro Celso de Mello em sua fala no corpo do acórdão.

De grande relevo, ainda, para o presente trabalho, menção à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1351/DF¹⁴ e à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1354/DF¹⁵, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, por intermédio da qual, conforme dispositivo do acórdão, foi declarada a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos da Lei nº 9.096/1995 (Lei dos Partidos Políticos):

[...] artigo 13; a expressão "obedecendo aos seguintes critérios", contida no caput do artigo 41; incisos I e II do mesmo artigo 41; artigo 48; a expressão "que atenda ao disposto no art. 13", contida no caput do artigo 49, com redução de texto; caput dos artigos 56 e 57, com interpretação que elimina de tais dispositivos as limitações temporais neles constantes, até que sobrevenha disposição legislativa a respeito; e a expressão "no art. 13", constante no inciso II do artigo 57

A discussão que ensejou o ingresso das ações pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB) e pelo Partido Socialista Cristão (PSC), respectivamente, dizia respeito, essencialmente, à inconstitucionalidade da denominada "cláusula de barreira", imposta pelo artigo 13 da Lei nº 9.096/1995.

Segundo os autores das demandas, a lei ordinária ao estabelecer limites e condições restritivas com relação ao direito ao funcionamento dos partidos políticos no Congresso Nacional, à distribuição do Fundo Partidário e ao tempo de programa para a propaganda partidária, feriria o direito de manifestação política das minorias partidárias.

Acolhendo a argumentação, o plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por unanimidade, declarar a inconstitucionalidade do artigo 13 Lei nº 9.096/1995 e, por arrastamento, de diversos outros dispositivos e expressões que a ele remetiam.

Novamente, o fundamento utilizado foi a proteção de direitos e princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, tais como, o pluralismo político, o pluralismo partidário, a igualdade, dentre outros.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1351/DF. Marco Aurélio, j. 07.12.2006, DJ. 29.06.2007. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416150>> Acesso em 12.03.2021.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1354/DF. Marco Aurélio, j. 07.12.2006, DJ. 29.06.2007. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416150>> Acesso em 12.03.2021.

Do voto condutor do julgamento, proferido pelo Ministro Marco Aurélio, extrai-se importante reflexão:

No Estado Democrático de Direito, a nenhuma maioria, organizada em torno de qualquer ideário ou finalidade – por mais louvável que se mostre –, é dado tirar ou restringir os direitos e liberdades fundamentais dos grupos minoritários dentre os quais estão a liberdade de se expressar, de se organizar, de denunciar, de discordar e de se fazer representar nas decisões que influem nos destinos da sociedade como um todo, enfim, de participar plenamente da vida pública, inclusive fiscalizando os atos determinados pela maioria. Ao reverso, dos governos democráticos espera-se que resguardem as prerrogativas e a identidade própria daqueles que, até numericamente em desvantagem, porventura requeiram mais da força do Estado como anteparo para que lhe esteja preservada a identidade cultural ou, no limite, para que continue existindo.

Aliás, a diversidade deve ser entendida não como ameaça, mas como fator de crescimento, como vantagem adicional para qualquer comunidade que tende a enriquecer-se com essas diferenças. O desafio do Estado moderno, de organização das mais complexas, não é elidir as minorias, mas reconhecê-las e, assim o fazendo, viabilizar meios para assegurar-lhes os direitos constitucionais. Para tanto, entre outros procedimentos, há de fomentar diuturnamente o aprendizado da tolerância como valor maior, de modo a possibilitar a convivência harmônica entre desiguais. Nesse aspecto, é importante sublinhar, o Brasil se afigura como exemplo para o mundo.

Democracia que não legitima esse convívio não merece tal status, pois, na verdade, revela a face despótica da inflexibilidade, da intransigência, atributos que, normalmente afetos a regimes autoritários, acabam conduzindo à escravidão da minoria pela maioria.

Alfim, no Estado Democrático de Direito, paradoxal é não admitir e não acolher a desigualdade, o direito de ser diferente, de não formar com a maioria. Mais: o Estado Democrático de Direito constitui-se, em si mesmo – e, sob certo ponto de vista, principalmente –, instrumento de defesa das minorias.

[...]

É de repetir até a exaustão, se preciso for: Democracia não é a ditadura da maioria! De tão óbvio, pode haver o risco de passar despercebido o fato de não subsistir o regime democrático sem a manutenção das minorias, sem a garantia da existência destas, preservados os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente”.

Na mesma toada, acompanhando o voto do relator, asseverou o ministro Ricardo Lewandowski:

“a cláusula de barreira, tal como posta, atinge profundamente a garantia essencial, inerente a uma democracia representativa, que é a garantia de que as minorias encontrem efetiva expressão no plano político, sob pena de instaurar-se uma ditadura da maioria, sobretudo quando se estabelece, como no caso, restrições draconianas, irrazoáveis, desproporcionais para o acesso ao fundo partidário e ao tempo no rádio e na televisão”.

Não é demais citar, ainda, a ministra Carmem Lúcia segundo a qual, em breve, mas valiosa explanação asseverou que a: "minoría de hoje tem que ter espaço para ser maioria amanhã".

Nota-se, portanto, em sintonia com o narrado, que o alicerce a sustentar a atuação legítima da Corte nos casos anteriormente mencionados – a despeito dos diferentes temas por eles abordados – é um só: a defesa dos direitos fundamentais e do regime democrático. Em nome desses postulados autoriza-se o Supremo Tribunal Federal, muitas vezes, a funcionar como mecanismo de oposição às pressões exercidas pelas maiorías.

Diversos outros exemplos a esse respeito poderiam ser aqui abordados e examinados a fim de enriquecer o debate (vide: PET 3388/DF, sobre o caso Raposa Serra do Sol; ADI 4678/DF que tratou da Lei da Ficha Limpa; MS 24841/DF, que garantiu a criação de Comissão Parlamentar de Inquérito pela vontade de um terço dos parlamentares).

Todavía, longe de ter a pretensão de esgotar o tema, esse tópico teve como finalidade unicamente fornecer subsídios ao leitor, a fim de instigá-lo à reflexão que se deixará no tópico a seguir.

3 implicações jurídicas, sociológicas e políticas da atuação contramajoritária: breves considerações sobre a expansão do judiciário e o efeito *backlash*

Neste tópico, busca-se apenas tecer algumas pequenas provocações acerca de duas possíveis consequências provenientes da prolação de decisões de caráter contramajoritário pela Corte Constitucional.

Um dos impactos de maior conflito relacionado à atuação contramajoritária da Corte, e que tem relação – quando não é a causa – de diversas outras consequências, diz respeito ao alargamento (por vezes, excessivo) do espaço de exercício do poder pelo Judiciário.

A ideia está intimamente relacionada a outras duas: ativismo e autocontenção judicial, as quais frequentemente ocupam o centro dos debates político-jurídicos.

Por ativismo – a despeito de haver inúmeras e mais complexas conceituações –, é possível compreender a atuação expansiva e proativa do Poder Judiciário, a qual, em certas ocasiões, poderá ocasionar interferência na opção legislativa ou política efetuada pelos demais Poderes.

Nos dizeres de Luís Roberto Barroso:

A ideia de ativismo está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas vezes nem sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios.¹⁶

De seu turno, autocontenção é postura adotada pelo Judiciário quando busca refrear ao máximo a sua ingerência no âmbito de atuação do Executivo e do Legislativo.

Novamente, extrai-se da obra de Barroso:

Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas¹⁷.

São, portanto, dois lados da mesma moeda.

Aqueles que condenam o ativismo enxergam, muitas vezes, na atuação do Supremo Tribunal Federal uma indevida intromissão no âmbito de atuação dos demais poderes, em especial do Poder Legislativo, o que poderia levar à ruína o Princípio da Separação dos Poderes.

Veja-se, a respeito, a explanação realizada por Lenio Luiz Streck, Vicente De Paulo Barretto e Rafael Tomaz De Oliveira – em trabalho denominado “Ulisses e o Canto Das Sereias: Sobre Ativismos Judiciais e os Perigos da Instauração de um

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 448.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 449.

‘Terceiro Turno da Constituinte’” – no tocante à regulamentação da união homoafetiva por meio da já mencionada ADPF nº 178:

De plano, salta aos olhos a seguinte questão: a efetivação de uma medida desse jaez importa(ria) transformar o Tribunal em um órgão com poderes permanentes de alteração da Constituição, estando a afirmar uma espécie caduca de mutação constitucional (Verfassungswandlung) que funcionaria, na verdade, como um verdadeiro processo de alteração formal da Constituição (Verfassungsänderung), reservado ao espaço do Poder Constituinte derivado pela via do processo de emenda constitucional.¹⁸

De seu turno, os que defendem a expansão judicial, por meio de uma atuação contramajoritária e ativista da Corte, aduzem que seria, em certa medida, uma maneira de fazer prevalecer os preceitos fundamentais ditados na própria Constituição, os quais, por razões justas, e outras não tão justas assim, permanecem por anos à míngua de devida regulamentação pelo poder competente.

Trata-se, sem dúvida, de questionamento que efetivamente merece atenção em outra oportunidade.

A preocupação com o estabelecimento de fronteiras à atuação judicial, longe de ser devaneio infundado de opositores, tem suas origens no recente passado ditatorial brasileiro e mundial, onde soerguimento de um poder como instância hegemônica (no caso do Brasil, do Executivo) acabou por asfixiar a autonomia funcional dos demais poderes (Legislativo e Judiciário).

Para encerrar, interessante, mencionar, também, mormente diante da estreita correlação com o ativismo judicial, outro fenômeno que tem sua origem na atuação contramajoritária do Supremo Tribunal Federal: o chamado efeito backlash.

Expressão disseminada entre os juristas norte-americanos, o efeito backlash, modernamente, pode ser caracterizado como uma reação de determinada parcela da população, frente a uma decisão judicial relacionada a temas que se afigurem polêmicos e delicados para seu momento histórico. Dito de outro modo, nada mais é

¹⁸ STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Ulisses e o Canto Das Sereias: Sobre Ativismos Judiciais e os Perigos da Instauração de um “Terceiro Turno da Constituinte”**. Disponível em: <<https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/TextoPrevioSelecao2.pdf>> Acesso em 15.03.2015.

do que uma intensa e vigorosa reação majoritária contra um posicionamento contramajoritário do Judiciário, no intuito de remover a força impositiva da decisão, não admitindo, portanto, sua produção de efeitos no seio social¹⁹.

A grande controvérsia envolvendo questões dessa natureza – e a própria atuação contramajoritária em si –, está relacionada, como bem pontuou Pedro Lenza²⁰, ao risco de que uma decisão tomada sem o apoio popular, possa trazer a própria existência e legitimidade do Poder Judiciário.

Então, pergunta-se: qual seria o limite da jurisdição constitucional? Até onde se estenderia, no Estado Democrático de Direito, o poder do Judiciário de invalidar leis e atos normativos aprovados por representantes eleitos pela maioria do povo?

A resposta, ou pelo menos uma delas, perpassa por inúmeros e complexos fatores que exigiriam a elaboração de outro – quiçá, outros, trabalhos por esta autora. No entanto, a chave parece estar nos contornos estabelecidos pelos próprios direitos fundamentais e no que Barroso chamou de legitimação argumentativa: o Judiciário deve ser visto como local de reflexão e de afirmação da importância dos direitos constitucionais.

Para arrematar, o seguinte excerto do autor a esse respeito, que de forma muito elucidativa resume a ideia:

A jurisdição constitucional pode não ser um componente indispensável do constitucionalismo democrático, mas tem servido bem à causa de maneira geral. Ela é um espaço de legitimação discursiva ou argumentativa das decisões políticas, que coexiste com a legitimação majoritária, servindo-lhe de “contraponto e complemento”. Isso se torna especialmente verdadeiros em países de redemocratização mais recente, como o Brasil, onde o amadurecimento institucional ainda se encontra em curso, enfrentando uma tradição de hegemonia do Executivo e uma persistente fragilidade do sistema representativo. As constituições contemporâneas, como já se assinalou, desempenham dois grandes papéis: (i) o de condensar valores políticos nucleares da sociedade, os consensos mínimos quanto às suas instituições e quanto aos direitos fundamentais nela consagrados; e (ii) o de disciplinar o processo político democrático, propiciando o governo da maioria, a participação da minoria e a alternância no poder. Pois é este o grande papel de um tribunal constitucional, do Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro: proteger e promover os direitos fundamentais, bem como resguardar as regras do jogo democrático. Eventual atuação

¹⁹ ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. A dificuldade contramajoritária – versões tradicional e literal. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6b4017c4c626882a>> Acesso em 15.03.2015.

²⁰ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. p. 91.

contramajoritária do Judiciário em defesa dos elementos essenciais da Constituição se dará a favor e não contra a democracia²¹

Fica, pois, a reflexão.

4 Considerações finais

Este pequeno artigo pretendeu dar apenas algumas pinceladas a respeito da atuação contramajoritária do Supremo Tribunal Federal, a fim de demonstrar, brevemente, os conceitos e discussões que permeiam a superfície desse fenômeno.

De imediato, verificou-se que a expressão “atuação contramajoritária” é polissêmica, podendo ser compreendida tanto como a atuação do Poder Judiciário quando infirma o direito previsto na legislação infraconstitucional positiva, quanto como o exercício da jurisdição constitucional com o objetivo garantir a tutela dos direitos das minorias, por vezes carentes de representação.

Não obstante distintas, ambas as conceituações se elevam sob o mesmo fundamento: a tutela dos direitos fundamentais e das regras do jogo democrático. Além disso, nos dois casos, a referência ao termo “contramajoritária” diz respeito ao atuar da Corte em sentido oposto ao referendado pela maioria, seja ela de eleitores, seja de cidadãos.

O centro do debate insere-se entre as discussões travadas por aqueles procuram buscar elementos a legitimar a atuação, de certo modo, intromissiva do Judiciário, e os que rechaçam a possibilidade de exercício de função legislativa por magistrados, os quais alegam não serem dotados de legitimidade democrática.

O grande receio, sem dúvida, seria uma expansão desmedida desse Poder, a ponto de consolidá-lo – assim como ocorreu com o Executivo em passado recente – como instância hegemônica e imune ao sistema de freios e contrapesos, que preserva o equilíbrio então vigente.

Como efeito desse alargamento das funções jurisdicionais, é possível constatar reações não apenas dos corpos técnicos integrantes dos demais Poderes,

²¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 452-453.

ou pessoas a ele relacionadas, mas também, dos próprios cidadãos integrantes do corpo social.

A questão que se coloca, é, principalmente, a dos limites a serem observados na atuação contramajoritária no Supremo num Estado Democrático de Direito.

A resposta a esse e outros questionamentos que possam surgir, como já exposto, envolve uma série de fatores.

Todavia, uma proposição me parece adequada: de fato, a legitimidade dos ministros do Supremo Tribunal Federal não deriva diretamente de sua eleição pela maioria do povo – como acontece com os membros dos demais poderes –, mas, sim, do dever que tem sobre a tutela dos direitos fundamentais e o regime democrático de Direito e do papel argumentativo que lhe cabe exercer frente ao que Barroso convencionou chamar de desacordos morais razoáveis.

REFERÊNCIAS

ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. A dificuldade contramajoritária – versões tradicional e literal. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6b4017c4c626882a>> Acesso em 15.03.2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BICKEL, Alexander. **The Last Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. New York: Vail-Ballou Press, 2.ed. 1986.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4277/DF. Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011, DJ 14.10.2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=62863>>. Acesso em 15.03.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 132/RJ. Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011, DJ 14.10.2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 12.03. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1351/DF. Marco Aurélio, j. 07.12.2006, DJ. 29.06.2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416150>> Acesso em 12.03.2021.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 23.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MENDES, Gilmar. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 120).

SOUZA, Clarissa Abrantes. **O papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal e a efetivação dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46349/o-papel-contramajoritario-do-supremo-tribunal-federal-e-a-efetivacao-dos-direitos-fundamentais>>. Acesso em 15/3/2021.

STRECK, Lenio. **Jurisdição constitucional**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense: 2018.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o Canto Das Sereias: Sobre Ativismos Judiciais e os Perigos da Instauração de um “Terceiro Turno da Constituinte”. Disponível em: <<https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/TextoPrevioSelecao2.pdf>> Acesso em 15.03.2015.