

CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: A ATUAÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS É LEGÍTIMA DO PONTO DE VISTA DEMOCRÁTICO?

Carlos Eduardo Reis Fortes do Rego

Resumo

O presente trabalho estuda a função contramajoritária¹ dos Tribunais Constitucionais, enfocando o Supremo Tribunal Federal brasileiro, ao procurar relacioná-la ao princípio democrático que norteia o Estado de Direito contemporâneo. Tomando como base os ensinamentos de Ronald Dworkin e Robert Alexy, exporá, inicialmente, o conceito de constitucionalismo e sua aparente oposição a uma noção restritiva de democracia, que Dworkin chama de concepção estatística de democracia. Posteriormente, tentar-se-á legitimar as decisões contramajoritárias através de uma noção mais ampla de democracia, numa concepção comunitária de democracia, ao se ater, fundamentalmente, aos direitos fundamentais, em detrimento do mero fator majoritário.

Ademais, analisará os ensinamentos de Robert Alexy, para quem a legitimação dos Tribunais Constitucionais é dada argumentativamente, através de uma racionalidade argumentativa e procedimental, pela qual o Tribunal representa o cidadão argumentativamente. Por fim, trará as lúcidas palavras de Zagrebelsky, que faz uma excelente metáfora da noção restritiva de democracia com o episódio da crucificação de Jesus Cristo.

Palavras-chave

Jurisdição Constitucional; Função Contramajoritária; Princípio Democrático.

CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY: IS THE COUNTER- MAJORITARIAN FUNCTION OF CONSTITUTIONAL COURTS LEGITIMATE OF DEMOCRATIC POINT OF VIEW?

Abstract

This paper studies the function counter-majoritarian of constitutional courts, focusing on the Brazilian Supreme Court, seeking to relate it to the democratic principle that guides the contemporary rule of law. Based on the teachings of Ronald Dworkin and Robert Alexy, this paper exposes, initially, the concept of constitutionalism and its apparent opposition to a restrictive notion of democracy, which Dworkin calls a statistical conception of democracy.

¹ Nesse estudo, usa-se a palavra contramajoritária, obedecendo às novas regras ortográficas da Língua Portuguesa. Contudo, utilizamos textos anteriores à vigência desta nova Regra e optamos por manter a grafia original nos trechos extraídos desses trabalhos anteriores.

Later, it will try to legitimize counter-majoritarian decisions through a wider notion of democracy, a communal conception of democracy, based basically to fundamental rights, instead of the mere majoritarianism.

Also, this paper examines the teachings of Robert Alexy, who the legitimation of constitutional courts is given through a rational argument and procedural, in which the Court is representing the citizen by means of rational speech. Finally, this paper brings in the lucid words of Zagrebelsky, who makes an excellent metaphor for the restrictive notion of democracy with the episode of the crucifixion of Jesus Christ.

Key Words

Counter-majoritarian; Democratic Principle; Rule of Law.

1. A aparente contradição

O jurista norte-americano Ronald Dworkin entende constitucionalismo como:

Por “constitucionalismo” um sistema que estabelece direitos jurídicos individuais que o legislador dominante não tem o poder de anular ou comprometer. O constitucionalismo, assim entendido, é um fenômeno político cada vez mais popular. Vem se tornando cada vez mais comum supor que um sistema jurídico respeitável deve incluir a proteção constitucional de direitos individuais. (DWORKIN, p. 2,1995)

Por essa definição, é possível já constatar a alusão que Dworkin faz do constitucionalismo como um sistema pautado na proteção dos direitos fundamentais, salvaguarda que é oposta até ao legislador, que seja democraticamente imbuído de suas atividades.

Daí, no entanto, surge o primeiro embate acerca dessa idéia, que é a da confrontação do constitucionalismo com a democracia, ou melhor, com a concepção de democracia como a mera expressão de vontade de uma maioria. Continua Dworkin:

Apesar de tudo, uma forte objeção tem sido levantada contra o constitucionalismo: a de que ele subverte ou compromete a democracia, por que se uma Constituição proíbe o Poder Legislativo de aprovar uma lei limitando a liberdade de expressão, por exemplo, isto limita o direito democrático da maioria ter a lei que quer. Caso respeitemos o constitucionalismo, mas também a democracia, o que deveríamos fazer? Qual é o arranjo apropriado entre esses dois ideais? (DWORKIN, p. 3, 1995)

Logo após esses questionamentos, o mesmo jurista contorna esse imbróglio, ao propor:

Acredito que o conflito há pouco descrito é ilusório, por que é baseado numa compreensão incorreta do que a democracia é. Devemos começar anotando uma distinção entre democracia e regra de maioria. Democracia quer dizer regra da

maioria legítima, o que significa que o mero fator majoritário não constitui democracia a menos que condições posteriores sejam satisfeitas. É controverso o que essas condições exatamente são. Mas algum tipo de estrutura constitucional que uma maioria não pode mudar é certamente um pré-requisito para a democracia. Devem ser estabelecidas normas constitucionais estipulando que uma maioria não pode abolir futuras eleições, por exemplo, ou privar uma minoria dos direitos de voto. (Dworkin, p. 3, 2005)

Sugerimos que essas precondições, esses pré-requisitos da democracia, são os direitos fundamentais consagrados no ordenamento jurídico e as normas de organização do Estado, visto que são as “regras do jogo” democrático (permitam-me uma expressão mais coloquial, mas, no meu entender, oportuna e esclarecedora). Para que haja legitimidade deliberativa da maioria, faz-se mister que sejam obedecidas as “regras do jogo”, sob pena de tais deliberações sejam eivadas de inconstitucionalidade.

Dworkin prossegue em seu trabalho classificando as normas constitucionais em possibilitadoras e limitadoras:

Façamos uma distinção, então, entre normas constitucionais possibilitadoras, que constroem um governo da maioria estipulando quem deve votar, quando as eleições devem se realizar, como os representantes são designados para os distritos eleitorais, que poderes cada grupo de representantes tem, e assim por diante, e normas constitucionais limitadoras, que restringem os poderes dos representantes que as normas possibilitadoras definiram. Não podemos dizer que apenas as normas possibilitadoras são pré-requisitos da democracia, por que algumas normas constitucionais que possam, aparentemente, ser normas limitadoras são plenamente essenciais à democracia. Uma maioria destruiria a democracia quase que efetivamente retirando de uma minoria o direito de livre expressão do mesmo modo que se negasse voto à mesma, por exemplo. (DWORKIN, p. 3 e 4, 1995)

Essas normas limitadoras, essenciais à democracia e ao constitucionalismo, seriam a proteção das minorias contra os abusos e arbitrariedades da maioria, se esta utilizasse o argumento da predominância da vontade de um grupo majoritário para solapar, destruir um grupo minoritário que possui também direitos de expressar e usufruir de seus direitos fundamentais. O Ministro Gilmar Mendes, ao proferir seu voto acerca da Ficha Limpa, expõe preocupação em relação à falta e/ou ao descumprimento dessas normas constitucionais limitadoras:

Presidente, são tanto os magistérios a propósito dessa questão que ela é, de fato, pacífica entre nós. O artigo 16, nesse sentido, é uma norma especial de reforço, tendo em vista a nossa experiência constitucional, a experiência do nosso constitucionalismo em relação aos abusos tradicionais. Há tentação majoritária de interferir no processo eleitoral. Por isso, o artigo 16 como norma especial neste quadro magno de segurança jurídica.

(...) Eu fico a imaginar que, agora, o legislador será convidado, daqui a pouco não será mais suficiente a condenação em segundo grau. Aí bastará a condenação em primeiro grau. Depois, vai ocorrer um outro sentimento de

“depuração” do ambiente político. E é bom ver, Presidente, que esse tipo de mensagem começa a namorar com pensamentos autoritários, quando se começa a tentar tutelar a sociedade e o próprio eleitor; nós já temos um namoro com pensamentos que gravitam em torno do nazifacismo. Aí a gente pode pensar: “Ah, quem sabe apenas a denúncia recebida”. O governo militar teve esse ímpeto, não é, Ministro Celso?”²

2. Ação coletiva estatística e ação coletiva comunitária

Prossegue Dworkin, em seu trabalho “Constitucionalismo e Democracia”, diferenciando dois tipos de ação coletiva na democracia: a estatística e a comunitária. Em razão da temática e dos limites desse trabalho, infelizmente, não abordaremos, com profundidade, essa brilhante distinção. Faremos apenas referências sobre esses conceitos.

A distinção entre ação estatística e comunitária oferece-nos duas concepções de democracia como ação coletiva. A primeira é uma concepção estatística: numa democracia as decisões políticas são tomadas de acordo com alguma função – uma maioria ou uma pluralidade – dos votos, decisões ou desejos de cidadãos individuais. A segunda é uma concepção comunitária: numa democracia as decisões políticas são tomadas por uma entidade distinta – o povo como tal – ao invés de qualquer arranjo de indivíduos um a um. A idéia de Rousseau de um governo pela vontade geral é um exemplo de uma concepção comunitária em lugar de uma estatística da democracia. (DWORKIN, p.5 e 6, 1995)

Ressalte-se o pensamento de Rousseau que distinguia a Vontade da Maioria da Vontade Geral. Nem sempre a Vontade da Maioria correspondia à Vontade Geral. Rousseau, assim, expõe:

Há comumente muita diferença entre a vontade de todos e a vontade geral. Esta se pretende somente ao interesse comum; a outra, ao interesse privado e não passa de um soma das vontades particulares. Quando se retiram, porém, dessas mesmas vontades, os excessos e as faltas que nela se destroem mutuamente, resta, como soma das diferenças, a vontade geral.

Se, quando o povo suficientemente informado delibera, não tivessem os cidadãos qualquer comunicação entre si, do grande numero de pequenas diferenças resultaria sempre a vontade geral e a deliberação seria sempre boa. Mas quando se estabelecem facções, associações parciais a expensas da grande, a vontade de cada uma dessas associações torna-se geral em relação a seus membros e particular em relação ao Estado: poder-se-á então dizer não haver mais tantos votantes quantos são os homens, mas somente tantas quantas são as associações. As diferenças tornam-se menos numerosas e dão um resultado menos geral. E, finalmente, quando uma dessas associações for tão grande que se sobreponha a todas as outras, não se terá mais como resultado uma soma das pequenas diferenças, mas uma diferença única. Então, não há mais vontade geral, e a opinião que ela se sobrepõe não passa de uma opinião particular. (ROUSSEAU, P. 41, 2010)

² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 631.102 / PA – PARÁ. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA. Julgamento: 27/10/2010. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJe-117 DIVULG 17-06-2011 PUBLIC 20-06-2011.

É de notar a semelhança dessas idéias de Rousseau com trechos do voto do Ministro Gilmar Mendes no RE 631.102/PA:

Aí nós vamos começar a pegar esses atalhos. Daqui a pouco podemos pensar – veja que é livre a imaginação! – um pai que tenha batido no filho, o espancado num tempo. Quer dizer, agora ele fica sem pátrio poder de forma definitiva, para sempre. E a gente poderia até aditar: “E será inclusive esterilizado para não ter mais filhos”. Tudo isso seria legítimo nesse contexto. É livre a imaginação! É um convite para um salão de horrores! É preciso que estejamos atentos a isso.

Por isso, sabedor desse tipo de experiência, é que o Constituinte de 88 quis poupar o Tribunal desse constrangimento. E colocou esta cláusula, que não trata do direito adquirido, uma cláusula específica de segurança jurídica ao processo eleitoral para evitar essas interveniências indevidas, essa tentação que existe por parte da maioria. E que pode existir também, Presidente, por parte de agrupamentos determinados da sociedade.

Eu disse, naquela outra assentada, que sequer um milhão, sequer dois milhões, sequer três milhões de assinaturas me impressionavam. A gente sabe como elas são colhidas; se a gente sabe que por trás estão organizações partidárias, e se consegue assinatura para isso e para aquilo. Isto é apenas um índice para um processamento de uma ação; isto não retira a lei do modelo de controle de constitucionalidade.³

Percebe-se que o Ministro Mendes quis ressaltar que a força da pressão de uma maioria, de uma parcela organizada da sociedade, não pode inibir a atuação do Judiciário, não pode influenciar, como acontece com o Congresso Nacional, nas suas decisões. O Supremo Tribunal Federal deve zelar pela Constituição, pelo ideal democrático, pelo respeito à democracia e aos direitos da Minoria, visto que se a Maioria pudesse conduzir o processo e julgamento dos tribunais, resultaria numa opressão ao grupo minoritário da sociedade, o que não corresponderia a Vontade Geral da República Federativa do Brasil, apenas a Vontade de um grupo circunstancialmente majoritário.

Daí, o Supremo Tribunal Federal ocupar uma função proeminente no sistema político brasileiro. Numa de suas principais atividades, no controle de constitucionalidade, é de notar a sua função contramajoritária. Ao julgar inconstitucional, por exemplo, uma lei aprovada no Congresso Nacional, isto é, elaborada por representantes eleitos democraticamente, por considerá-la incompatível com a Constituição, percebe-se que a Corte Constitucional rejeita uma decisão soberana de uma maioria, sob o argumento de que tal deliberação não se coaduna

³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 631.102 / PA – PARÁ. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA. Julgamento: 27/10/2010. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJe-117 DIVULG 17-06-2011 PUBLIC 20-06-2011.

com o sistema jurídico-constitucional vigente. Advertências são feitas pelo Ministro Gilmar Mendes, em seu voto no RE 630.147/DF – Caso Roriz:

Já se falou muito, aqui e fora, por exemplo, que o fato de ser uma lei de iniciativa popular daria uma grande legitimidade, uma legitimidade diferenciada a esta norma. Não penso assim, Senhor Presidente, Senhores Ministros. Lei está submetida às regras constitucionais. Devemos estar muito atentos a este tipo de fenômeno.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Como o próprio povo também se submete à Constituição.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E isso é evidente, especialmente na democracia constitucional. É preciso que tenhamos bem essa dimensão. Fosse a lei aprovada por unanimidade do Congresso Nacional, ainda assim estaria submetida à Constituição. A missão da Corte Constitucional é uma missão contramajoritária. Por isso, ela tem as suas garantias. Sua função não é mimetizar decisões de palanques, decisões do Congresso. É uma função pura. Muitas vezes tem que se contrariar aquilo que a opinião pública entende como "a salvação" para, às vezes, salvar a própria opinião pública, porque esse tipo de violência começa com o nosso vizinho e depois chega a nós. É preciso que nós tenhamos, então, essa dimensão. É preciso sempre colocar essa questão, essa tensão existente entre jurisdição constitucional e democracia; jurisdição constitucional e política; pois toda ela se renova e se coloca aqui. Agora, é uma missão contramajoritária. Se fosse para mimetizar, para ser decalque da decisão do Congresso, podia fechar o Supremo Tribunal Federal. Se a iniciativa popular tornar inútil a nossa atividade, melhor fechar o Supremo Tribunal Federal.⁴

3. A legitimação argumentativa das decisões contramajoritárias

Segundo o pensamento de Robert Alexy, o Tribunal, ao prolatar uma decisão contramajoritária, utiliza-se de uma legitimação argumentativa. Ou melhor, a fonte de legitimação de sua prerrogativa contramajoritária advém de uma representação argumentativa, ao invés da legitimação democrática do legislador ordinário.

Uma das principais questões que permeia a construção deste raciocínio teórico é a relação existente entre democracia e direitos fundamentais. Pergunta-se se a primazia hierárquica dos direitos fundamentais pode torná-los antidemocráticos na medida em que inibe a ação do legislador ordinário, representante popular.

Como início para o enfrentamento desse problema, e considerando que “todo o poder emana do povo”, Robert Alexy supõe a existência não só de uma representação política, mas também de uma representação argumentativa exercida, particularmente, pelo Tribunal Constitucional. Para o autor, o jogo democrático pressupõe uma racionalidade discursiva e o discurso exige a democracia deliberativa. Nela o discurso não é composto tão-somente por interesses e poder, mas abrange também os argumentos dos participantes que lutam por uma solução política correta. Quando as leis respeitam e promovem os direitos fundamentais, a maioria parlamentar atende às exigências da democracia deliberativa. Do contrário, resta recorrer ao remédio da jurisdição constitucional.

Com efeito, o legislador pode praticar atos que provocam colisão entre os direitos fundamentais ou com medidas que assegurem a sua própria efetivação. Como proposta para esse problema, Alexy sugere, desde que respeitados os espaços

⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 630.147 / DF - DISTRITO FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. AYRES BRITTO. Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 29/09/2010. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJe-230 DIVULG 02-12-2011 PUBLIC 05-12-2011.

do legislador, uma jurisdição constitucional provedora da última palavra, de forma a proteger os cidadãos de eventuais abusos de seus representantes políticos. Nesta ordem de idéias, o Tribunal Constitucional exerce o importante papel de “instância de reflexão do processo político”.

Segundo Alexy, o fato de os magistrados encontrarem-se vinculados institucionalmente às regras da argumentação jurídica, como também aos princípios da publicidade e da motivação da decisão judicial, permite-nos um maior grau de conhecimento e controle da jurisdição constitucional, decisivo para a distinção do debate judicial e do debate político – este tipicamente marcado pela negociação e pela barganha em torno de interesses específicos. A partir da premissa de que representação significa consonância de idéias entre representante e representado, Alexy procura mostrar que o Tribunal, ao trazer suas razões de decidir, pela lógica da argumentação procura a concordância das pessoas; dos cidadãos em geral, mas principalmente daqueles diretamente ou indiretamente atingidos pela decisão.

(...) Nesse sentido, diz Alexy, o Tribunal Constitucional argumenta com mais seriedade e vigor, do que o legislador. Enquanto este, por força do mandato popular, possui carta branca para decidir sobre a aprovação de projetos de lei (sem ter que fundamentar o seu voto), o juiz, ao contrário, tem que justificar cada ato decisório seu, na constante busca de adesão popular. Com isso se forma e se aprimora a interação existente entre representante e representado. “A representação do povo no Tribunal Constitucional é puramente argumentativa”, diz Alexy, enquanto a representação parlamentar constitui um conjunto, nem sempre coerente, composto por elementos decisionistas e discursivos. Isto confere ao Tribunal Constitucional um discurso possuidor de um viés idealístico mais forte, com uma maior pretensão de correção quanto ao conteúdo. Com efeito, a representação não é algo meramente fático (substituição da vontade) e normativo (previsto em lei), mas contém um fator idealístico, porque é necessariamente orientada para algum ideal (pretensão de correção).

(...) O fenômeno da judicialização da política nos leva a reconhecer o afastamento do debate democrático das vias tradicionais, e o desenho de outros espaços de representação e participação da sociedade civil. Trata-se de novas conformações que brotam em terreno fértil, vez que a superação das democracias majoritárias pelo pluralismo passou a contar com a garantia de um Supremo Tribunal Federal apto a protegê-las com o manto dos Direitos Fundamentais, ainda que legitimando práticas contra-majoritárias.

A recepção da categoria da representação argumentativa pelo discurso do Ministro Gilmar Mendes é, com efeito, estratégica para a legitimação da expansão da competência institucional do Tribunal, verificado por meio de um ativismo jurisdicional e contra-majoritário. A contribuir para o fortalecimento da representação argumentativa nesse processo, encontra-se o aumento da demanda judicial proveniente das omissões legislativas e governamentais garantidoras de direitos. E por que não mencionar também o fato de que não raramente grupos vencidos no jogo político recorrem ao Supremo pela via do controle da constitucionalidade de atos normativos e administrativos?

Pode-se daí perceber o surgimento de novos padrões que merecem ser estudados e explicados, tendo em vista a sua importância para os modelos de jurisdição e democracia atualmente em construção pela via jurisdicional.

O caráter contra-majoritário desses novos padrões cria uma contradição entre a efetivação dos direitos fundamentais e a democracia, vez que o Tribunal Constitucional é quem passa a dar a última palavra em termos do que o legislador pode ou não fazer. Dessa forma, apesar de ser o Legislativo quem elabora as normas, a interpretação final ficará sempre a cargo de um outro Poder, o Judiciário. Neste ponto, Robert Alexy mostra que, em sede de interpretação constitucional, o Tribunal Constitucional consegue transformar a concepção que possui sobre problemas sociais e políticos “em componentes da Constituição”, e, com isso, assume política. À luz desta teoria, só existe contradição entre democracia e direitos fundamentais quando se considera somente uma forma de representação popular, qual seja, a política. Contudo, conforme o autor sustenta, existe também uma outra forma de representação, a argumentativa, que, por também representar uma determinada comunidade, é quem pode autorizar o Tribunal Constitucional a fornecer a última

palavra. Nesse sentido, a contradição entre direitos fundamentais e democracia se dissolve. (NETTO; CAMARGO, 2010, p. 1346)

Isso justificaria o fato de o Supremo Tribunal Federal ter a legitimidade de dar a última palavra no sistema político-jurídico. Segundo Alexy, o STF seria uma instituição mais idônea, porquanto estaria limitada pelas regras da argumentação jurídica, pela racionalidade argumentativa procedimental, pelo sistema jurídico vigente, pela motivação das suas decisões, pelo caráter colegiado de suas decisões. Ademais, por ser um órgão sem vinculação partidária, com Ministros vitalícios que, assim, não são submetidos regularmente ao escrutínio popular, como acontece com os membros dos Poderes Executivo e Legislativo e, portanto, mais sujeitos a barganhas, ao lobby, à pressão popular, o Tribunal Constitucional assumiria legitimamente o papel de intérprete final do ordenamento jurídico nacional.

Constatamos o cerne dessas idéias nos argumentos apresentados pelo Ministro Gilmar Mendes, no julgamento da autorização de pesquisas envolvendo células-tronco embrionárias (ADI nº 3.510):

Assim, o que posso dizer é que este Tribunal encerra mais um julgamento que certamente representará um marco em nossa jurisprudência constitucional.

Chamado a se pronunciar sobre um tema tão delicado, o da constitucionalidade das pesquisas científicas com células-tronco embrionárias, um assunto que é ético, jurídico e moralmente conflituoso em qualquer sociedade construída culturalmente com lastro nos valores fundamentais da vida e da dignidade humana, o Supremo Tribunal Federal profere uma decisão que demonstra seu austero compromisso com a defesa dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.

O julgamento desta ADI nº 3.510, dedicadamente conduzido pelo Ministro Carlos Britto, constitui uma eloqüente demonstração de que a Jurisdição Constitucional não pode tergiversar diante de assuntos polêmicos envolvidos pelo debate entre religião e ciência.

É em momentos como este que podemos perceber, despidos de qualquer dúvida relevante, que a aparente onipotência ou o caráter contra-majoritário do Tribunal Constitucional em face do legislador democrático não pode configurar subterfúgio para restringir as competências da Jurisdição na resolução de questões socialmente relevantes e axiologicamente carregadas de valores fundamentalmente contrapostos.

Delimitar o âmbito de proteção do direito fundamental à vida e à dignidade humana e decidir questões relacionadas ao aborto, à eutanásia e à utilização de embriões humanos para fins de pesquisa e terapia são, de fato, tarefas que transcendem os limites do jurídico e envolvem argumentos de moral, política e religião que vêm sendo debatidos há séculos sem que se chegue a um consenso mínimo sobre uma resposta supostamente correta para todos.

Apesar dessa constatação, dentro de sua competência de dar a última palavra sobre quais direitos a Constituição protege, as Cortes Constitucionais, quando chamadas a decidir sobre tais controvérsias, têm exercido suas funções com exemplar desenvoltura, sem que isso tenha causado qualquer ruptura do ponto de vista institucional e democrático. Importantes questões nas sociedades contemporâneas têm sido decididas não pelos representantes do povo reunidos no parlamento, mas pelos Tribunais Constitucionais. Cito, a título exemplificativo, a famosa decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *Roe vs. Wade*, assim

como as decisões do Tribunal Constitucional alemão nos casos sobre o aborto (*BVerfGE 39, 1, 1975; BVerfGE 88, 203, 1993*).

Muito se comentou a respeito do equívoco de um modelo que permite que juízes, influenciados por suas próprias convicções morais e religiosas, dêem a última palavra a respeito de grandes questões filosóficas, como a de quando começa a vida.

Lembro, em contra-argumento, as palavras de Ronald Dworkin que, na realidade norte-americana, ressaltou o fato de que “*os Estados Unidos são uma sociedade mais justa do que teriam sido se seus direitos constitucionais tivessem sido confiados à consciência de instituições majoritárias*”.

Em nossa realidade, o Supremo Tribunal Federal vem decidindo questões importantes, como a recente afirmação do valor da fidelidade partidária (MS nº 26.602, 26.603 e 26.604), sem que se possa cogitar de que tais questões teriam sido melhor decididas por instituições majoritárias, e que assim teriam maior legitimidade democrática.

Certamente, a alternativa da atitude passiva de *self restraint* – ou, em certos casos, de *greater restraint*, utilizando a expressão de García de Enterría – teriam sido mais prejudiciais ou menos benéficas para a nossa democracia.

O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o Parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas. As audiências públicas, nas quais são ouvidos os expertos sobre a matéria em debate, a intervenção dos *amici curiae*, com suas contribuições jurídica e socialmente relevantes, assim como a intervenção do Ministério Público, como representante de toda a sociedade perante o Tribunal, e das advocacias pública e privada, na defesa de seus interesses, fazem desta Corte também um *espaço democrático*. Um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas.

Ressalto, neste ponto, que, tal como nos ensina Robert Alexy, “**o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente**”. Cito, nesse sentido, a íntegra do raciocínio do filósofo e constitucionalista alemão:

“O princípio fundamental: “Todo poder estatal origina-se do povo” exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer *negativamente* que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprovelem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão reconciliados.

O debate democrático produzido no Congresso Nacional por ocasião da votação e aprovação da Lei nº 11.105/2005, especificamente de seu artigo 5º, não se encerrou naquela casa parlamentar. Renovado por provocação do Ministério Público, o debate sobre a utilização de células-tronco para fins de pesquisa científica reproduziu-se nesta Corte com intensidade ainda maior, com a nota distintiva da

racionalidade argumentativa e procedimental própria de uma Jurisdição Constitucional.

Não há como negar, portanto, a legitimidade democrática da decisão que aqui tomamos hoje.⁵

E, devido a essa maior resistência a uma suposta maioria organizada, o Judiciário seria o Poder para que as Minorias pudessem recorrer quando seus direitos fundamentais fossem violados pela Maioria despótica. O eminente professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Geraldo Ataliba, assim doutrinava:

De nada vale fazer uma Constituição, se ela não for obedecida. Não adianta haver lei para tudo, se não for respeitada. Daí, a importância do Poder Judiciário. Este merece especial cuidado dos constituintes, porque é a chave de todas as instituições. Elas só funcionam com o virtual ou atual controle do Judiciário, como o demonstra o sábio SEABRA FAGUNDES.

(...) É que os fracos, os pobres, os destituídos, os desamparados, bem como as minorias (raciais, religiosas, econômicas, políticas, étnicas etc.), só têm por arma de defesa o direito. E direito só existe onde haja juízes que obriguem o seu cumprimento.

Na democracia, governam as maiorias. Elas fazem as leis, elas escolhem os governantes. Estes são comprometidos com as maiorias que os elegeram e a elas devem agradar. As minorias não têm força. Não fazem leis, nem designam agentes públicos, políticos ou administrativos.

Sua única proteção está no Judiciário. Este não tem compromisso com a maioria. Não precisa agradá-la, nem cortejá-la. Os membros do Judiciário não são eleitos pelo povo. Não são transitórios, não são periódicos. Sua investidura é vitalícia. Os magistrados não representam a maioria. São A EXPRESSÃO DA CONSCIÊNCIA JURÍDICA NACIONAL (grifos do autor).

Seu único compromisso é com o direito, com a Constituição e as leis; com os princípios jurídicos encampados pela Constituição e os por ela não repelidos. Com os princípios gerais do direito, que são universais. São dotados de condições objetivas de independência, para serem imparciais; quer dizer: para não serem levados a decidir a favor da parte mais forte, num determinado litígio.

Assim é em todos os países democráticos, que podem ser qualificados como Estados de direito.

A complementação da garantia de que nem as leis feitas pela maioria podem ferir a minoria está no caráter geral e abstrato da lei, por imposição do princípio da igualdade. A lei é aplicável a todos que nela se enquadrem. Deve o Judiciário inaplicar lei discriminatória, isto é, a dirigida contra a minoria. Onde se consagra o princípio da isonomia, a lei não pode individualizar situações, não pode dispor sobre caso concreto: deve ser abstrata, sob pena de inconstitucionalidade. E o Judiciário deve declarar inconstitucional tal lei (como ensina CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO). (ATALIBA, p. 189-190, 1987)

Com esses esclarecimentos do prof. Geraldo Ataliba, a preocupação do Ministro Gilmar Mendes, em seu voto acerca da Ficha Limpa, torna-se muito pertinente: “É fundamental, portanto, que estejamos atentos a essas conseqüências das decisões que tomamos: nós podemos estar comprometendo o modelo de democracia constitucional,

⁵ BRASIL.SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3510 / DF - DISTRITO FEDERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator(a): Min. AYRES BRITTO. Julgamento: 29/05/2008. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010

estimulando essas aventuras, a feitura das leis de caráter casuístico e oportunístico. É preciso ter muito cuidado.”⁶

Continua Geraldo Ataliba:

É que só há verdadeira República democrática onde se assegure que as minorias possam atuar, erigir-se em oposição institucionalizada e tenham garantidos seus direitos de dissensão, crítica e veiculação de sua pregação. Onde, enfim, as oposições possam usar de todos os meios democráticos para tentar chegar ao governo. (...) Conseqüentemente, têm as minorias o pleno direito de criticá-la (a maioria), formular propostas alternativas, pregá-las, aliciar adeptos e lutar, por todos os meios legítimos, para obter apoio suficiente, para fazer-se substituir à corrente majoritária. A Constituição verdadeiramente democrática há de garantir todos os direitos das minorias e impedir toda prepotência, todo arbítrio, toda opressão contra elas. Mais que isso – por mecanismos que assegurem representação proporcional -, deve atribuir um relevante papel institucional às correntes minoritárias mais expressivas.

(...) Na democracia, governa a maioria, mas – em virtude do postulado constitucional fundamental da igualdade de todos os cidadãos – ao fazê-lo não pode oprimir a minoria. Esta exerce também uma função política importante, decisiva mesmo: a de oposição institucional, a que cabe relevante papel no funcionamento das instituições republicanas. O principal papel da oposição é o de formular propostas alternativas às idéias e ações do governo da maioria que o sustenta. Correlatamente, crítica, fiscaliza, aponta falhas e censura a maioria, propondo-se à opinião pública, como alternativa. Se a maioria governa, entretanto, não é dona do poder, mas age sob os princípios da relação de administração.

Efetivamente, ensina KELSEN, ‘o princípio da maioria não se identifica de fato com a senhoria absoluta da maioria, a ditadura da maioria sobre a minoria. A maioria pressupõe, por definição, a existência de uma minoria; e o direito da maioria implica, portanto, o direito de existência das minorias. O princípio da maioria é observado em uma democracia, quando se consente a todos os cidadãos a participação na criação da ordenação jurídica, embora seu conteúdo seja determinado pela vontade da maioria. Não é democrático – porque contrário ao princípio da maioria – excluir qualquer minoria da criação da ordenação jurídica, ainda que a exclusão seja decidida pela maioria. Se a minoria não é eliminada do procedimento – mediante o qual é criada a ordenação social -, sempre há a possibilidade de que a minoria influencie a vontade da maioria. É, portanto, possível impedir, nessa medida, que o conteúdo da ordenação social determinado pela maioria se oponha absolutamente aos interesses da minoria. Este é um elemento característico da democracia’. Isto é absolutamente essencial à República.

Daí a necessidade de garantias amplas, no próprio texto constitucional, da existência, sobrevivência, liberdade de ação e influência da minoria, para que se tenha verdadeira República. Isso explica que, no Brasil, aos partidos políticos se garanta sempre representação proporcional na atividade legislativa, bem como seja princípio constitucional o da pluralidade dos partidos. Por isso, também, a Constituição assegura, no Congresso, representação proporcional dos partidos, na constituição de todas as comissões, inclusive, evidentemente, na Comissão Diretora, configurada pela Mesa de cada Casa legislativa.

⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 631.102 / PA – PARÁ. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA. Julgamento: 27/10/2010. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJe-117 DIVULG 17-06-2011 PUBLIC 20-06-2011.

Pela proteção e resguardo das minorias e sua necessária participação no processo político, a República faz da oposição instrumento institucional de governo. (ATALIBA, p. 191 – 192, 1987)

Como há de se inferir pelos ensinamentos do prof. Ataliba, o direito de oposição, no caso parlamentar, deve ser assegurado pela Constituição vigente. No caso de descumprimento, cabe à oposição recorrer ao Judiciário, para que este intervenha e tutele as prerrogativas dessa minoria.

Essa vertente da corrente contramajoritária é a mais comum no cenário político-jurídico brasileiro. Tanto na doutrina, como na jurisprudência, quando se fala de princípio contramajoritário, quer se referir ao direito das minorias parlamentares, como, por exemplo, em criar Comissão Parlamentar de Inquérito. Se houver impedimento do exercício dessas prerrogativas parlamentares pela maioria, cabe a impetração de mandado de segurança contra a autoridade coatora ao Supremo Tribunal Federal. Veja exemplo:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - QUESTÕES PRELIMINARES REJEITADAS - PRETENDIDA INCOGNOSCIBILIDADE DA AÇÃO MANDAMENTAL, PORQUE DE NATUREZA "INTERNA CORPORIS" O ATO IMPUGNADO - POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS DE CARÁTER POLÍTICO, SEMPRE QUE SUSCITADA QUESTÃO DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL - O MANDADO DE SEGURANÇA COMO PROCESSO DOCUMENTAL E A NOÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA - CONFIGURAÇÃO, NA ESPÉCIE, DA LIQUIDEZ DOS FATOS SUBJACENTES À PRETENSÃO MANDAMENTAL - COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - DIREITO DE OPOSIÇÃO - PRERROGATIVA DAS MINORIAS PARLAMENTARES - EXPRESSÃO DO POSTULADO DEMOCRÁTICO - DIREITO IMPREGNADO DE ESTATURA CONSTITUCIONAL - INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO PARLAMENTAR E COMPOSIÇÃO DA RESPECTIVA CPI - IMPOSSIBILIDADE DE A MAIORIA PARLAMENTAR FRUSTRAR, NO ÂMBITO DE QUALQUER DAS CASAS DO CONGRESSO NACIONAL, O EXERCÍCIO, PELAS MINORIAS LEGISLATIVAS, DO DIREITO CONSTITUCIONAL À INVESTIGAÇÃO PARLAMENTAR (CF, ART. 58, § 3º) - MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO. O ESTATUTO CONSTITUCIONAL DAS MINORIAS PARLAMENTARES: A PARTICIPAÇÃO ATIVA, NO CONGRESSO NACIONAL, DOS GRUPOS MINORITÁRIOS, A QUEM ASSISTE O DIREITO DE FISCALIZAR O EXERCÍCIO DO PODER. - Existe, no sistema político-jurídico brasileiro, um verdadeiro estatuto constitucional das minorias parlamentares, cujas prerrogativas - notadamente aquelas pertinentes ao direito de investigar - devem ser preservadas pelo Poder Judiciário, a quem incumbe proclamar o alto significado que assume, para o regime democrático, a essencialidade da proteção jurisdicional a ser dispensada ao direito de oposição, analisado na perspectiva da prática republicana das instituições parlamentares. - A norma inscrita no art. 58, § 3º, da Constituição da República destina-se a ensejar a participação ativa das minorias parlamentares no processo de investigação legislativa, sem que, para tanto, mostre-se necessária a concordância das agremiações que compõem a maioria parlamentar. - O direito de oposição, especialmente aquele reconhecido às minorias legislativas, para que não se transforme numa prerrogativa constitucional incosequente, há de ser aparelhado

com instrumentos de atuação que viabilizem a sua prática efetiva e concreta no âmbito de cada uma das Casas do Congresso Nacional. - A maioria legislativa não pode frustrar o exercício, pelos grupos minoritários que atuam no Congresso Nacional, do direito público subjetivo que lhes é assegurado pelo art. 58, § 3º, da Constituição e que lhes confere a prerrogativa de ver efetivamente instaurada a investigação parlamentar, por período certo, sobre fato determinado. Precedentes: MS 24.847/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.. - A ofensa ao direito das minorias parlamentares constitui, em essência, um desrespeito ao direito do próprio povo, que também é representado pelos grupos minoritários que atuam nas Casas do Congresso Nacional. REQUISITOS CONSTITUCIONAIS PERTINENTES À CRIAÇÃO DE COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO (CF, ART. 58, § 3º): CLÁUSULA QUE AMPARA DIREITO DE CONTEÚDO EMINENTEMENTE CONTRA-MAJORITÁRIO. - A instauração de inquérito parlamentar, para viabilizar-se no âmbito das Casas legislativas, está vinculada, unicamente, à satisfação de três (03) exigências definidas, de modo taxativo, no texto da Lei Fundamental da República: (1) subscrição do requerimento de constituição da CPI por, no mínimo, 1/3 dos membros da Casa legislativa, (2) indicação de fato determinado a ser objeto da apuração legislativa e (3) temporariedade da comissão parlamentar de inquérito. Precedentes do Supremo Tribunal Federal: MS 24.831/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.. - O requisito constitucional concernente à observância de 1/3 (um terço), no mínimo, para criação de determinada CPI (CF, art. 58, § 3º), refere-se à subscrição do requerimento de instauração da investigação parlamentar, que traduz exigência a ser aferida no momento em que protocolado o pedido junto à Mesa da Casa legislativa, tanto que, "depois de sua apresentação à Mesa", consoante prescreve o próprio Regimento Interno da Câmara dos Deputados (art. 102, § 4º), não mais se revelará possível a retirada de qualquer assinatura. - Preenchidos os requisitos constitucionais (CF, art. 58, § 3º), impõe-se a criação da Comissão Parlamentar de Inquérito, que não depende, por isso mesmo, da vontade aquiescente da maioria legislativa. Atendidas tais exigências (CF, art. 58, § 3º), cumpre, ao Presidente da Casa legislativa, adotar os procedimentos subsequentes e necessários à efetiva instalação da CPI, não se revestindo de legitimação constitucional o ato que busca submeter, ao Plenário da Casa legislativa, quer por intermédio de formulação de Questão de Ordem, quer mediante interposição de recurso ou utilização de qualquer outro meio regimental, a criação de qualquer comissão parlamentar de inquérito. - A prerrogativa institucional de investigar, deferida ao Parlamento (especialmente aos grupos minoritários que atuam no âmbito dos corpos legislativos), não pode ser comprometida pelo bloco majoritário existente no Congresso Nacional, que não dispõe de qualquer parcela de poder para deslocar, para o Plenário das Casas legislativas, a decisão final sobre a efetiva criação de determinada CPI, sob pena de frustrar e nulificar, de modo inaceitável e arbitrário, o exercício, pelo Legislativo (e pelas minorias que o integram), do poder constitucional de fiscalizar e de investigar o comportamento dos órgãos, agentes e instituições do Estado, notadamente daqueles que se estruturam na esfera orgânica do Poder Executivo. - A rejeição de ato de criação de Comissão Parlamentar de Inquérito, pelo Plenário da Câmara dos Deputados, ainda que por expressiva votação majoritária, proferida em sede de recurso interposto por Líder de partido político que compõe a maioria congressual, não tem o condão de justificar a frustração do direito de investigar que a própria Constituição da República outorga às minorias que atuam nas Casas do Congresso Nacional.⁷

Todavia, esse trabalho tem a pretensão de ir um pouco além dessa vertente da corrente contramajoritária. Já é pacífico o entendimento desse princípio no caso da oposição

⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 26441/DF – DISTRITO FEDERAL. MANDANDO DE SEGURANÇA. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 25/04/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

parlamentar, mesmo que alguns juristas ainda utilizem do argumento ultrapassado da “natureza *interna corporis*” da questão, o que impediria o controle jurisdicional dos atos de caráter político dos Poderes Legislativo e Executivo, sob alegação de invasão, pelo Poder Judiciário, da competência dos outros poderes da República. Por isso, esse trabalho procura analisar a corrente contramajoritária sob uma perspectiva mais ampla, ao não se resumir às minorias parlamentares, e sim realizar um estudo teórico-filosófico cabível em qualquer ramo do direito.

Em relação ao processo penal, é salutar fazer breves comentários. Nos crimes de grande repercussão, é expressiva a exorbitante pressão da mídia, da sociedade como um todo, para a aplicação de punições a autores (ou supostos autores) do delito. Ademais, sabe-se que o inquérito policial e o processo judicial são lentos e que, por isso, há uma certa morosidade no julgamento e punição dos envolvidos. Todavia, a mídia e a população em geral não levam em conta esses fatores, pressionando bastante os delegados, promotores e juízes a punir alguém, considerando culpados meros suspeitos ou indiciados, que, talvez nunca tenham passado perto de cometer um crime. Assim, esses indivíduos são pré-julgados pela população, eles têm suas vidas prejudicadas, destruídas, sem ter direito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa. Por isso, requer aos operadores do Direito, nesses casos, muita cautela e diligência para não ceder à pressão e exercer suas funções arbitrariamente, com o mero intuito de atender às expectativas de uma maioria, que está sob o forte impacto de um crime bárbaro e de uma imprensa inescrupulosa e irresponsável. A corrente contramajoritária está aí presente, com o propósito de defender os direitos fundamentais desses indivíduos, contra os abusos, os excessos e as arbitrariedades de uma maioria. O voto do Ministro Gilmar, no RE 630.147 / DF, sustenta nossos argumentos:

 Ou defendendo-se o ficha suja. Mas é claro, na guerra retórica que se estabelece, faz-se essa seleção de maneira absolutamente indevida. Quem está defendendo aplicação da Constituição, especialmente do artigo 16, ou mesmo da concepção sobre ato jurídico perfeito, obviamente, não está defendendo ímprobos, está apenas defendendo a Constituição, o Estado de Direito, que é a missão desta Corte.

 Em relação à matéria penal, lembro-me de que o Ministro Sepúlveda Pertence sempre citava uma frase de Frankfurter, célebre Juiz da Corte Suprema norte-americana, que dizia: “as garantias penais, em geral, eram asseguradas não a Madre Teresa de Calcutá, mas a pessoas que haviam cometido, em princípio, delitos”. É esse o contexto que se coloca.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE - E ele afirmou isso exatamente no "caso Miranda".

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - No "caso Miranda" que estabelece todas essas regras básicas sobre o processo penal constitucional americano.

Então, é preciso que essas coisas se estabeleçam, para que nós não sejamos vítimas dessa retórica fácil, desse populismo, que não pode ser populismo judicial.⁸

Corroborando nosso posicionamento, traz-se à tona o julgamento do *Habeas Corpus* 82.959 da Relatoria do Ministro Marco Aurélio, em que o Supremo Tribunal Federal se posicionou no sentido de declarar a inconstitucionalidade de um dispositivo da Lei de Crimes Hediondos, que vedava a progressão no regime de cumprimento de pena para os que cometiam crimes hediondos, por contrariar dispositivos constitucionais. Vale recordar a circunstância da aprovação desta lei, em 1990, com forte apelo popular (ressalte-se que o projeto de lei foi de iniciativa popular), que teve forte apoio da mídia, já que foi motivada pela morte do filho de uma importante personalidade da maior rede de televisão brasileira. Devido a este estado de comoção, de sentimentos exaltados, aprovou-se, às pressas e sem muito critério, uma lei dura, que viola, em alguns aspectos, preceitos constitucionais. No caso, a Suprema Corte emitiu seu posicionamento, exercendo sua prerrogativa contramajoritária, ao rejeitar determinados dispositivos dissonantes do texto constitucional.

Ademais, as cláusulas pétreas da Constituição Federal configuram uma forte demonstração da preocupação do legislador constituinte com a possibilidade de abusos e arbitrariedades da Maioria contra uma minoria, ao propugnar que certos valores e direitos sejam indiscutíveis se tendentes a sua abolição, como os direitos e garantias individuais. Dessa forma, a Constituição tutela os direitos fundamentais da minoria, passíveis de serem reivindicados perante o Poder Judiciário, caso haja violação ou cerceamento. O Ministro Dias Toffoli aborda essa idéia no seu voto no julgamento do RE 603.147/DF:

Algumas vezes, deve-se proteger as maiorias contra elas mesmas e muitas vezes compete ao Poder Judicial o desagradável papel de restringir a vontade popular em nome da proteção do equilíbrio de forças democráticas, contra o esmagamento de minorias ou de pautas axiológicas que transcendem o critério quantitativo do número de votos em um eleição ou plebiscito. São exemplos disso as decisões que abominam a pena de morte, o banimento ou a degradação moral dos presos. No Brasil, em relação a esses três aspectos, convém lembrar, a Constituição privou o Poder Legislativo de sobre eles deliberar, quando redigiu o artigo 60, § 4º, CF/1988. Essa pré-exclusão da capacidade legisferativa, chamada classicamente de “técnicas das cláusulas pétreas”, é o melhor exemplo dessa postura defensiva contra as deliberações majoritárias. Algumas pesquisas de opinião pública indicam grande adesão do povo brasileiro à pena de morte no caso de crimes hediondos. Não fossem as tais “cláusulas pétreas”, o processo legislativo findaria por aprová-la e caberia ao Supremo Tribunal Federal o difícil papel de rejeitar essa potestade do legislador democrático.

Ainda que se diga que não se pode confundir a instituição da pena de morte com a criação de mecanismos de filtragem para o exercício do direito à

⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 630147 / DF - DISTRITO FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. AYRES BRITTO. Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 29/09/2010. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJe-230 DIVULG 02-12-2011 PUBLIC 05-12-2011

candidatura a cargos políticos eletivos, é de se reconhecer que há o mesmo ingrediente da colocação, em posições antagônicas, do consenso social em torno da inelegibilidade de políticos com condenações por órgãos colegiados em face de princípios constitucionais da presunção de inocência e da anualidade. A diferença é que não existem barreiras constitucionais fundadas na pré-exclusão do poder legisferante. Houve o processo legislativo e seu resultado foi a Lei Complementar nº 135/2010, norma que dispõe de significativa legitimidade popular.⁹

4. Conclusão

Portanto, fixamos nossa posição ao defender que o princípio contramajoritário não se opõe ao princípio democrático. Por outro lado, o princípio contramajoritário é uma consequência do princípio democrático. Não existe democracia, se não houver respeito pelas minorias. A democracia não pode ser restringida apenas à regra da maioria, mas sim à regra do consenso. A existência e a efetividade dos direitos e garantias das minorias devem ser respeitadas. E a Jurisdição Constitucional, representada pelo Supremo Tribunal Federal, tem o dever de zelar por esses direitos e garantias, tendo o controle de constitucionalidade como o principal instrumento para a efetivação desses direitos, mormente após a promulgação da Constituição de 1988, com a ampliação do rol de legitimados para a propositura de ação de controle abstrato de constitucionalidade de leis e atos normativos dos Poderes Públicos. Por fim, deixamos uma frase do Ministro Gilmar Mendes, no voto do RE 631.102/PA, que não concordamos integralmente, mas que não deixa de estimular reflexões e discussões sobre a Democracia e a Jurisdição Constitucional e trechos da belíssima obra do jurista italiano Gustavo Zagrebelsky, uma retirada do voto do Min. Mendes e outra de nossa leitura: “Em democracia constitucional, o povo não é soberano.”¹⁰

Isso faz parte da *democracia crítica*. Sobre esse tema, lembro a fascinante passagem da obra de Zagrebelsky sobre a crucificação e a democracia. Diz Zagrebelsky:

“Para a democracia crítica, nada é tão insensato como a divinização do povo que se expressa pela máxima *vox populi, vox dei*, autêntica forma de idolatria política. Esta grosseira teologia política democrática corresponde aos conceitos triunfalistas e acrílicos do poder do povo que, como já vimos, não passam de adulações interesseiras.

Na democracia crítica, a autoridade do povo não depende de suas supostas qualidades sobre-humanas, como a onipotência e a infalibilidade.

Depende, ao contrário, de fator exatamente oposto, a saber, do fato de se assumir que todos os homens e o povo, em seu conjunto, são necessariamente limitados e falíveis.

⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 630.147 / DF - DISTRITO FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. AYRES BRITTO. Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 29/09/2010. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJe-230 DIVULG 02-12-2011 PUBLIC 05-12-2011.

¹⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 631102 / PA – PARÁ. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA. Julgamento: 27/10/2010. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJe-117 DIVULG 17-06-2011 PUBLIC 20-06-2011.

Este ponto de vista parece conter uma contradição que é necessário aclarar. Como é possível confiar na decisão de alguém, como atribuir-lhe autoridade quando não se lhe reconhecem méritos e virtudes, e sim vícios e defeitos? A resposta está precisamente no caráter geral dos vícios e defeitos.

A democracia, em geral, e particularmente a democracia crítica, baseia-se em um fator essencial: em que os méritos e defeitos de um são também de todos. Se no valor político essa igualdade é negada, já não teríamos democracia, quer dizer, um governo de todos para todos; teríamos, ao contrário, alguma forma de autocracia, ou seja, o governo de uma parte (os melhores) sobre a outra (os piores).

Portanto, se todos são iguais nos vícios e nas virtudes políticas, ou, o que é a mesma coisa, se não existe nenhum critério geralmente aceito, através do qual possam ser estabelecidas hierarquias de mérito e demérito, não teremos outra possibilidade senão atribuir a autoridade a todos, em seu conjunto. Portanto, para a democracia crítica, a autoridade do povo não depende de suas virtudes, ao contrário, desprende-se – é necessário estar de acordo com isso – de uma insuperável falta de algo melhor.” (Zagrebelsky, Gustavo. *La crucifixión y la democracia*, trad. espanhola, Ariel, 1996, p. 105 – Título original: *II Crucifige! e la democracia*, Giulio Einaudi, Torino, 1995).

Zagrebelsky encerra essa passagem notável, esse texto notável, um pequeno texto de cento e vinte páginas, falando do julgamento de Cristo. Dizia: *Quem é democrático: Jesus ou Pilatos?*, retomando um debate que tinha sido colocado por Kelsen no trabalho sobre a democracia. E ele diz:

“Voltemos, uma vez mais, ao processo contra Jesus. A multidão gritava *Crucifica-lhe!* Era exatamente o contrário do que se pressupõe na democracia crítica. Tinha pressa, estava atomizada, mas era totalitária, não havia instituições nem procedimentos. Não era estável, era emotiva e, portanto, extremista e manipulável. Uma multidão terrivelmente parecida ao *povo*, esse *povo* a que a democracia poderia confiar sua sorte no futuro próximo. Essa turba condenava democraticamente Jesus, e terminava reforçando o dogma do *Sanedrim* e o poder de Pilatos.

Poderíamos então perguntar quem naquela cena exercia o papel de verdadeiro amigo da democracia. Hans Kelsen contestava: Pilatos. Coisa que equivaleria a dizer: o que obrava pelo poder desnudo. Ante essa repugnante visão da democracia, que a colocava nas mãos de grupos de negociantes sem escrúpulos e até de bandos de *gangsters* que apontam para o alto – como já ocorreu neste século entre as duas guerras e como pode ocorrer novamente com grandes organizações criminais de dimensões mundiais e potência ilimitada –, dariam vontade de contestar, contrapondo ao poder desnudo a força de uma verdade: o fanatismo do *Sanedrim*.

Ao concluir essa reconstrução, queremos dizer que o amigo da democracia – da democracia crítica – é Jesus: aquele que, calado, convida, até o final, ao diálogo e à reflexão retrospectiva. Jesus que cala, esperando até o final, é um modelo. Lamentavelmente para nós, sem embargo, nós, diferentemente dele, não estamos tão seguros de ressuscitar ao terceiro dia, e não podemos nos permitir aguardar em silêncio até o final.

Por isso, a democracia da possibilidade e da busca, a democracia crítica, tem que se mobilizar contra quem rechaça o diálogo, nega a tolerância, busca somente o poder e crê ter sempre razão. A mansidão – como atitude do espírito aberto ao diálogo, que não aspira a vencer, senão a convencer, e está disposto a deixar-se convencer - é certamente a virtude capital da democracia crítica. Porém só o filho de Deus pôde ser manso como o cordeiro. A mansidão, na política, a fim de não se expor à irrisão, como imbecilidade, há de ser uma virtude recíproca. Se não é, em determinado momento, antes do final, haverá de romper o silêncio e deixar de agüentar.”¹¹

¹¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 631102 / PA – PARÁ. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA. Julgamento: 27/10/2010. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJe-117 DIVULG 17-06-2011 PUBLIC 20-06-2011. Entre nós: ZAGREBELSKY, Gustavo. *A Crucificação e a Democracia*. Tradução: Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011. (Série IDP), pag. 151 e 152

Tínhamos começado estas reflexões dizendo que o processo de Jesus foi um exemplo de democracia. Sucessivamente, foi possível constatar que, querendo falar em democracia, dever-se-ia acrescentar que o caso de Jesus aconteceu na pior de todas as democracias. Agora, estamos em condição de reconhecer que, independentemente das suas qualidades, quem falar que foi democracia tem de contentar-se com as enganosas e primeiras aparências. Na verdade, não se tratou de um “caso” de democracia, mas de um “caso” de autocracia e da oligarquia em que os protagonistas movem a multidão como uma arma. Nenhum dos sujeitos que conduziam o jogo era amigo da democracia, embora todos adulassem a democracia. Eles queriam tirar proveito dela. Viam na democracia, como todos os aproveitadores, somente uma passagem de ida (não de ida e volta) no caminho de seus próprios interesses e poder. (ZAGREBELSKY, p. 130, 2011)

Referências

ATALIBA, Geraldo. **Judiciário e Minorias**. Revista de Informação Legislativa. v. 96, p. 189-194.

DWORKIN, Ronald. **Constitucionalismo e Democracia**. Traduzido por Emílio Peluso Neder Meyer. Publicado originalmente no European Journal of Philosophy, nº 3:1, p. 2-11, em 1995.

NETTO, Fernando Gama de Mirando & CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Representação Argumentativa: fator retórico ou mecanismo de legitimação da atuação do Supremo Tribunal Federal?** Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010.

ROUSSEAU, J. J. **Do Contrato Social**. São Paulo: Martin Claret, 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **A Crucificação e a Democracia**. Tradução: Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011. (Série IDP)