

**DIREITOS DAS MINORIAS E PRESSUPOSTOS DEMOCRÁTICOS:
UM PARADOXO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

***MINORITY RIGHTS AND DEMOCRATIC ASSUMPTIONS:
A PARADOX OF CONSTITUTIONAL JURISDICTION***

Mauro Leibir[†]

Letícia Dutra^{††}

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O Contexto Norte-Americano; 3. Diálogo com a Teoria Constitucional Institucional Norte-Americana: Tushnet, Waldron e Fallon; 3.1. O *Judicial review* e o Contramajoritarismo; 3.1.2. A politização da Corte; 4. Conclusão; 5. Referência Bibliográficas.

RESUMO: O trabalho discorre acerca de aspectos relativos à legitimidade do Controle Constitucionalidade pelo Poder Judiciário, através de estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos, especialmente quanto à chamada Dificuldade Contramajoritária. Objetiva-se demonstrar que, dados determinados aspectos próprios à órbita constitucional brasileira, carece a Teoria Majoritária de cabal aplicabilidade. Depreende-se que, apesar da discussão acerca daquela dificuldade e críticas à prática jurisdicional, mormente em defesa de minorias, há razões para acreditar que a ausência de claro conceito do que se compreende por minorias e um possível alinhamento político da Corte impossibilitam precisa aplicação da doutrina Norte-americana quanto

[†] LEIBIR, Mauro. Graduando em Direito da FND/UFRJ. E-mail: mauroleibir@ufrj.br

^{††} DUTRA, Letícia. Mestranda em Direito da FND/UFRJ. E-mail: legdutra@hotmail.com

ao majoritarismo, dedicando-se a Teoria Constitucional brasileira estritamente à ratificação de direitos fundamentais expressos constitucionalmente.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria Constitucional; Teoria Institucional; Contramajoritarismo; Suprema Corte; Politização.

ABSTRACT: This paper intend to discuss aspects concerning the legitimacy of the *judicial review*, through a comparative study between Brazil and the United States, especially questions about the so-called *Countermajoritarian Difficulty*. It is aimed to demonstrate that, given certain aspects of the Brazilian constitutional scope, the Majority Theory cannot be properly applicable. It seems that, despite the difficulty of that discussion and the criticism of the judicial exercise, especially in defense of minorities, there are reasons to believe that the absence of a clear concept of what is meant by minorities and a possible political alignment of the Court preclude the full application of the North American doctrine about the majoritarism, pointing a Brazilian Constitutional Theory strictly turned to the ratification of fundamental rights constitutionally expressed.

KEY WORDS: Constitutional Theory, Institutional Theory; Countermajoritarianism; Supreme Court; Politicization.

1. INTRODUÇÃO

Os debates que surgem em torno do *judicial review*, principalmente no contexto Norte-americano, têm repercussão em razão do controle de constitucionalidade representar uma atuação na qual, por meio da jurisdição, as Cortes muitas vezes exacerbam os limites jurisdicionais previamente estabelecidos e adentram em competências atribuídas a outros Poderes. A doutrina Norte-americana busca definir os limites do exercício do *judicial review* exercido pelas Cortes, buscando detectar a partir de que ponto seu exercício deixa de ser desejável, em razão da Corte ultrapassar os

limites de sua competência, de modo que ela passe a atuar de forma ativista¹, em geral sob o argumento de proteção de direitos e garantias constitucionais².

Buscando analisar o papel contramajoritário que a Corte poderia desenvolver no caso brasileiro, iniciaremos apresentando o contexto de discussão norte-americano, para, posteriormente analisarmos o Supremo Tribunal Federal (STF).

2. O CONTEXTO NORTE-AMERICANO

Foi no campo da teoria constitucional norte-americana, desde o final do século XVIII e ao longo de um denso processo de avanço e conflito institucional, onde primariamente se firmou a orientação prática acerca das atribuições do Poder Judiciário. Destaque-se, dentre os filtros lá construídos, tendo em conta as possíveis interseções institucionais, a ideia da exclusão de apreciação jurisdicional das *political questions*³, reconhecendo um espaço de não-interferência judicial no sistema legislativo, quando o debate dizia respeito estritamente a questões políticas; e também ao *self-restraint*⁴, como padrão de conduta a adotar diante de conflitos institucionais e normativos.

¹ Mark Tushnet e Jeremy Waldron estabelecem críticas ao exercício do *judicial review*, especialmente quanto à legitimidade do instituto, tratando-se a Corte de instituição essencialmente contramajoritária. Cf. TUSHNET, Mark. "Against *Judicial review*". **Harvard Public Law Working Paper**, No. 09-20, 2009; WALDRON, Jeremy. "The Core of The Case Against *Judicial review*". **The Yale Law Journal**.

Há muitas divergências acerca da definição de ativismo judicial. Entretanto, o Professor Lino Graglia a define este termo de forma simples e clara. GRAGLIA, Lino *apud*. KMIEC, Keenan D., The Origin and Current Meanings of "judicial activism". **California Law Review**. 2004, p. 1464: (*By judicial activism I mean, quite simply and specifically, the practice by judges of disallowing policy choices by other governmental officials or institutions that the Constitution does not clearly prohibit*).

² É necessário afastar de antemão os argumentos que vinculam o conceito de ativismo judicial ao simples exercício do *judicial review*. KMIEC, Keenan D., *op. cit.*, p. 1464: (*Imagine, for example, that Congress somehow passed a bipartisan statute that established a national religion. If the Court invalidated this clearly unconstitutional law, no one would suggest that it had engaged in judicial activism. "Judicial activism" cannot be synonymous with merely exercising judicial review*).

³ TUSHNET, Mark. "Law and Prudence in the Law of Justiciability: The Transformation and Disappearance of the Political Question Doctrine." **North Carolina Law Review**. 80 (May): 2002. p. 1203–1235. A doutrina da *political questions* traduz a idéia de que há questões que os tribunais devem se recusar a decidir porque pertencem ao âmbito de tomada de decisão das autoridades eleitas, com objetivo de distinguir o papel do Judiciário em relação ao Legislativo e ao Executivo, impedindo a invasão de um Poder na esfera de competência preponderante do outro Poder. Vale ressaltar que tal regra não tem formulação precisa, e assim como acontece com outras doutrinas judiciais criadas pela Suprema Corte, não é resultado de legislação ou determinação constitucional, sendo o conceito de "questão política" atribuído casuisticamente de acordo com a interpretação do próprio tribunal.

⁴ Como a própria textura aberta das cláusulas constitucionais permite a permanência e a modificação de direitos sem que, necessariamente, ocorra alteração constitucional; o juiz ao analisar a aplicabilidade de uma lei deve ser deferente em relação ao conteúdo constitucional e a sua gama de interpretações razoáveis, respeitando à autonomia do órgão eleito na elaboração da legislação em questão. A postura de "self-restraint" abrange várias ideias relacionadas com a separação de poderes e autoridade republicana. Pelo primeiro princípio, o Tribunal deve distinguir-se do legislativo e executivo, limitando-se à resolução de casos concretos e controvérsias, de acordo com normas de direito, de maneira que suas decisões não ultrapassem para o campo das "political questions". Da mesma forma, o Tribunal não deve desrespeitar a

Contudo, apesar da discussão sobre tal dever de auto-contenção, a predominância de atos do Poder Judiciário nos últimos tempos, por meio da alegada necessidade de se implementar os direitos fundamentais previstos na Constituição, chamam a atenção para a questão dos limites da lúdima atividade jurisdicional que lhe compete exercer e dos desdobramentos que repercutiriam no Estado Constitucional de Direito.

Tushnet, que inicialmente era um dos mais fervorosos acadêmicos a se opor ao modelo ativista, refinou sua tese para aceitar um modelo de *judicial review* fraco, em virtude dos inegáveis ganhos existentes no campo da proteção de direitos. Mas, a fim de expor e explicar os argumentos já existentes contra o *judicial review*, os divide em dois componentes, o positivo e o negativo⁵. O *componente positivo* do argumento contra o instituto ocorre em modelos constitucionais nos quais (i) o processo para emendar a constituição é complexo e requer um quórum alto para fazê-lo; (ii) não haja mecanismos democráticos para destituir os juízes que exercem o poder de fazer a revisão judicial e (iii) os juízes não sejam eleitos.

Deste modo, acredita-se ser válido para o caso brasileiro, onde a constituição é rígida, o cargo de ministro do STF é vitalício, e seus membros são indicados pelo Presidente da República após aprovação do Senado Federal⁶. Neste componente, as críticas ao referido instituto advém de sua suposta incompatibilidade com o modelo democrático. Para estes críticos, a democracia é exercida na medida em que o povo possui acesso a certos mecanismos, dentre os quais: (i) os que garantem a participação direta do povo; (ii) os que garantem a escolha de seus representantes (participação indireta); e (iii) os que possibilitam a deposição dos representantes eleitos com relativa facilidade⁷. Tais mecanismos seriam a fonte de legitimidade dos poderes eleitos para deliberarem sobre políticas públicas em geral, uma vez que estariam sempre sob a “vigilância” de seus eleitores. Esta situação de “vigilância” não ocorre em relação aos membros da Corte, o que, para os críticos do *judicial review* já configuraria, por si só,

autoridade republicana, na medida que não cabe aos juízes confundirem suas próprias ideias de direito com as garantias constitucionais, vez que para promulgação de direitos é preciso um processo legislativo, não devendo a construção de direitos ser feita via atividade judicial, sob pena de discricionariedade. SUNSTEIN, Cass. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1999.

⁵ TUSHNET, op. cit, 2009, p. 2: (*Arguments against judicial review have a positive and a negative component*).

⁶ CF/88, art. 101, Parágrafo Único

⁷ TUSHNET, op. cit, 2009, p.5: (*These arguments, opponents of judicial review believe, establish that judicial review by unelected judges is inconsistent with democracy as they understand it*).

uma afronta ao modelo de Estado Democrático de Direito⁸. Assim, pode-se depreender que o componente positivo de oposição ao *judicial review* possui bases em características institucionais do modelo democrático.

Em contrapartida, o *componente negativo* (“*negative component*”) de oposição ao *judicial review* baseia suas críticas em questões relativas à capacidade institucional para criticar o instituto⁹. Este componente busca refutar o argumento de que as Cortes possuem maior comprometimento com um ideal de justiça. Tushnet concorda com dois importantes argumentos contra o *judicial review*, o primeiro de caráter procedimentalista, uma vez coloca os poderes eleitos hierarquicamente superiores à Corte, devido à natureza democrática do procedimento que os levou a tal posição. Afirma que se uma decisão legislativa, mesmo que injusta sob um ponto de vista, for razoavelmente consistente sob outra perspectiva, não deve ser anulada pelo Judiciário, mesmo nos casos em que a perspectiva mais justa não seja arguida pelo legislador¹⁰.

O segundo argumento, mais contundente, possui como ponto central o ataque ao seguinte raciocínio dos defensores do *judicial review*: os legisladores, orientados por uma lógica de eleição e reeleição, eventualmente perdem o foco para aspectos relativos a direitos minoritários e justiça, sendo eles com certa frequência melhor assegurados pelos juízes. Os opositores ao *judicial review* atacam este argumento elencando alguns casos em que os legisladores, independente das pressões eleitorais, dispensam aspectos políticos, atuando com foco no direito em jogo, uma vez que, mesmo em ocasiões onde os legisladores são influenciados pelos eleitores, e isso ocorre na maioria das vezes, não se pode dizer que a opinião pública está totalmente desvinculada de um senso de justiça, ou do mais próximo possível de um acordo moral¹¹.

Jeremy Waldron também se opõe ao *judicial review*, mas sua maior preocupação é com a repercussão da Supremacia Judicial na representatividade democrática, questionando a consonância de tal atuação com as sociedades plurais, onde é frequente o desacordo sobre a concepção de direitos¹². Todo estudo de Waldron é

⁸ Se houver mecanismos relativamente simples para a deposição de membros da Corte constitucional, esta crítica não se aplica.

⁹ TUSHNET, op. cit., 2009. p. 7: (*The negative component, in contrast, rests primarily on questions of relative institutional capacity*).

¹⁰ Caso contrário a corte estaria atuando de forma ativista, conforme definição de ativismo judicial adotada. GRAGLIA, Lino apud. KMIEC op. cit., p. 1464.

¹¹ TUSHNET, op. cit., 2009. p. 10: (*No one could plausibly contend that legislators who respond to constituent pressures with respect to abortion or choice are indifferent to justice considerations*).

¹² WALDRON, op. cit., p. 23: (*Generally speaking, the fact that people disagree about rights does not mean that there must be one party to the disagreement who does not take rights seriously*).

focado no controle jurisdicional, tendo como pressuposto a defesa e a implementação dos direitos fundamentais, cuja atuação, em geral, se dá com base nas seguintes premissas: 1. Os direitos devem ser assegurados por um documento jurídico resguardado da vontade das maiorias; 2. O Judiciário, por estar resguardado da influência destas maiorias, deveria ser o poder encarregado de proteger tais direitos.

O autor não concorda com tais premissas-padrão. Ele discorda da necessidade de proteção dos direitos fundamentais por meio de uma “carta de direitos”, por entender que tal dogmatização engessaria direitos que ainda se encontram em discussão dentro do grupo social, bem como dificultaria a própria revisão de tais direitos diante de um posicionamento social que tenha alterado a representatividade e peso de um direito preestabelecido. Segundo ele, o estabelecimento dos direitos desta maneira enfraqueceria a participação democrática na medida em que retiraria a discussão do debate político, transformando os tribunais em arena de revisão e implementação de direitos fundamentais.

Para Waldron a existência de uma obrigação moral não deveria necessariamente levar à criação de um direito subjetivo correspondente. Isto porque numa sociedade plural, estabelecer garantias sobre as quais há divergência sufocaria as minorias, engessando a pretensão originária do legislador na medida que dificultaria qualquer alteração e ainda assim admitiria discricionariedades na aplicação do conteúdo normativo em razão da textura aberta do texto constitucional.

Os direitos a serem resguardados e a medida exata em que tal proteção deveria se dar estariam num contexto de intenso desacordo. Deste modo seria necessária a reflexão acerca de como decidir tais questões e mediante quais procedimentos, sendo a democracia apenas uma das opções possíveis.

E apesar do próprio texto constitucional prever mecanismos de proteção das minorias, limitando em certas situações as decisões majoritárias visando à proteção dos direitos individuais, segundo o autor, isso seria desrespeitoso por si só, em virtude da existência de desacordo moral que exigiria debates contínuos, onde o direito à participação política em tais debates deveria ser assegurado de forma ampla, mas não necessariamente como o único tipo de direito a ser garantido.

De acordo com Waldron, o deslocamento dos debates envolvendo questões de direito para a esfera jurisdicional, composta de juízes não eleitos (ao menos, não diretamente) representaria uma ofensa ao princípio democrático, ainda mais tendo em vista a abrangência interpretativa a que as argumentações jurídicas podem levar, sob a

proteção da textura aberta das normas e da essência volátil dos princípios. Facilidade e maleabilidade estas que são obstaculizadas pelos procedimentos legislativos regulares.

É certo que ele admite falhas no sistema, no que tange à confiabilidade do legislativo, mas não concorda com a força deste argumento para justificar a legitimação da Supremacia do poder Judiciário. Defende que a formação técnica dos juízes, por si só, não é capaz de assegurar a melhor decisão sobre direitos, vez que devem ser respeitadas as capacidades morais e políticas dos cidadãos, sendo que até mesmo o conceito de “pré-compromisso” deveria ser mitigado em nome da liberdade (em referencia ao mito de Ulisses acorrentado)¹³.

Para Waldron se um processo decisório é democrático, independentemente da decisão final, não há injustiça. Contudo, se o processo decisório não é democrático, ele é injusto de per si, mesmo que tenha chegado à melhor decisão entre as possíveis. Sua oposição ao *judicial review* está centrada na ideia de que este trata-se de uma prática antidemocrática e, não significar qualquer garantia de que, apesar de qualquer falha no processo legislativo, seria o Judiciário capaz de proferir uma melhor decisão. São quatro os pressupostos essenciais que irão levar à construção de sua tese em oposição ao *judicial review*:

A) Seu modelo trabalha com uma sociedade em que as instituições democráticas tem bom funcionamento, incluindo representatividade legislativa e eleições baseadas no voto universal.

B) Da mesma forma, as instituições jurisdicionais também têm bom funcionamento no que tange à resolução das disputas judiciais e conflitos entre direitos individuais.

C) Nesta mesma sociedade há um consenso acerca do respeito ao direito das minorias.

D) Sendo esta também uma sociedade plural, onde há desacordo moral acerca de direitos¹⁴.

¹³ WALDRON, op. cit. p. 48. (*The society has bound itself to the mast on certain principles of right, and, like Ulysses' shipmates, the judges are just making sure the ropes remain tied. This common analogy has been thoroughly discredited in the literature*).

¹⁴ WALDRON, op. cit., p. 15. (*Let me lay out in summary the four assumptions I shall make. We are to imagine a society with (1) democratic institutions in reasonably good working order, including a representative legislature elected on the basis of universal adult suffrage; (2) a set of judicial institutions, again in reasonably good order, set up on a nonrepresentative basis to hear individual lawsuits, settle disputes, and uphold the rule of law; (3) a commitment on the part of most members of the society and most of its officials to the idea of individual and minority rights; and (4) persisting, substantial, and good faith disagreement about rights (i.e., about what the commitment to rights actually amounts to and what its implications are) among the members of the society who are committed to the idea of rights*).

Deste modo, se pensarmos o caso brasileiro, em tese, ou seja, encarando os contornos institucionais estabelecidos constitucionalmente, podemos encaixá-lo na tese de Waldron. Pois, o Brasil conta efetivamente com uma tripartição de poderes, autonomamente constituídos para o desempenho preponderante de específica tarefa de Estado. Há processo legislativo, minuciosamente previsto, de modo a assegurar representatividade, participação. O poder Judiciário conta com uma estrutura racionalmente colocada e instituições que visam assegurar o acesso à Justiça. E, por fim, as minorias possuem direito de participação nas deliberações democráticas.

Contudo, não são apenas críticas negativas que se apresentam em relação ao instituto do *judicial review*. Há inúmeras fontes argumentativas acerca da eficácia da existência deste instituto, sendo da mesma maneira numerosos os trabalhos acadêmicos que versam sobre esta matéria, sendo o principal opositor de Waldron, Richard Fallon, que defende o instituto.

Fallon constrói sua argumentação fazendo um paralelo com a de Waldron, buscando refutar os pontos principais da argumentação deste, quais sejam, a falta a ausência de legitimidade democrática do instituto. Fallon basicamente argumenta que a defesa do *judicial review* não precisa ser feita a partir do pressuposto de que as Cortes levam os direitos mais a sério do que os legisladores. O autor defende que as duas instituições protejam os direitos fundamentais, uma vez que é moralmente mais problemático o “underenforcement” de direitos do que o “overenforcement”¹⁵. Defende ainda que a legitimidade política poder advir de diversas fontes, e que, a suposta falta de legitimidade democrática do *judicial review* poderia ser compensada pela contribuição que o instituto traria na proteção de direitos individuais, o que manteria a integridade da legitimidade política¹⁶.

Assim, percebemos que os fundamentos de defesa do *judicial review* encontram-se na contestável ideia de um tribunal com maior aptidão para a

¹⁵ FALLON, Richard H., “The Core of an Uneasy Case For *Judicial review*” **Harvard Law Review**, Vol.121, 2008. p. 1735: (*But the best outcome-based reason to support judicial review is one that Waldron overlooks. The affirmative case for judicial review need not depend on the assumption that courts can identify rights more accurately than legislatures. Rather, the most persuasive case maintains that both institutions should be enlisted in the cause of rights protection because it is morally more troublesome for fundamental rights to be underenforced than overenforced*).

¹⁶ Ibidem. p. 1735: (*Political legitimacy can flow from multiple sources. Even insofar as judicial review lacks specifically democratic legitimacy, the democratic character of other elements of a political regime can partly compensate for this deficiency. And a shortfall in democratic legitimacy may ultimately be outweighed, as a matter of overall legitimacy, by the contribution that judicial review can make to the protection of individual rights*).

proteção de garantias, em virtude de sua formação técnica e de seu distanciamento em relação às pressões políticas, estando, de modo, apto a desempenhar um papel de implementação dos direitos constitucionalmente estabelecidos face a disputas políticas.

3. O *JUDICIAL REVIEW* E O CONTRAMAJORITARISMO

Os defensores do *judicial review* encontram grande base argumentativa no fato deste instituto possibilitar o exercício de um papel contramajoritário, de modo a evitar uma *ditadura da maioria*. Tocqueville demonstrara preocupação com a vulnerabilidade dos poderes eleitos à vontade das maiorias¹⁷. Esta vulnerabilidade, apesar de não criticada, também já era detectada por Hobbes¹⁸.

A possibilidade da ocorrência de uma “ditadura da maioria” é praticamente irrefutável, e vem sendo discutido desde que o sistema democrático foi difundido. Entretanto, o que se questiona aqui não é a ocorrência ou não deste fenômeno, mas sim os meios utilizados atualmente para supostamente o evitar. O *judicial review*, sem dúvidas, é o mecanismo institucional mais utilizado para este suposto fim. Para defender ou criticar este propósito do *judicial review* faz-se necessário estabelecer o que seria tirania. Waldron a define como: “o que ocorre a alguém quando este alguém têm seus direitos negados”¹⁹. Muitas vezes em que há direitos em jogo, as partes que se sentem prejudicadas após a decisão afirmam que a outra parte agiu tiranicamente. Mas o

¹⁷ TOCQUEVILLE, Alexis de. **Democracy in America**. The Pennsylvania State University, 2002. p.282: (*The legislature is, of all political institutions, the one which is most easily swayed by the wishes of the majority*). p.283: (*Several other circumstances concur in rendering the power of the majority in America not only preponderant, but irresistible. The moral authority of the majority is partly based upon the notion that there is more intelligence and more wisdom in a great number of men collected together than in a single individual, and that the quantity of legislators is more important than their quality*).

¹⁸ HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Penguin Classics, 1985. p.228: (*a multitude of men do agree, and covenant, everyone with every one, that to whatsoever man, or assembly of men, shall be given by the major part the right to present the person of them all, that is to say, to be their representative; everyone, as well he that voted for it as he that voted against it, shall authorize all the actions and judgements of that man, or assembly of men, in the same manner as if they were his own, to the end to live peaceably amongst themselves, and be protected against other men.*) p. 245: (*Though the Kinds of Sovereignie be, as I have now shewn, but three; that is to say, Monarchie, where One Mans has it; or Democracie, where the general Assembly of Subjects hath it; or Aristocracie, where it is in an Assembly of certain persons nominated, or otherwise distinguish from the rest...*) p. 247: (*For though where the people are governed by an Assembly, chosen by themselves out of their own number, the government is called Democracie...*). p. 231 :(*Thirdly, because the major part hath by consenting voices declared a sovereign, he that dissented must now consent with the rest; that is, be contented to avow all the actions he shall do, or else justly be destroyed by the rest. For if he voluntarily entered into the congregation of them that were assembled, he sufficiently declared thereby his will, and therefore tacitly covenanted, to stand to what the major part should ordain: and therefore if he refuse to stand thereto, or make protestation against any of their decrees, he does contrary to his covenant, and therefore unjustly*).

¹⁹ WALDRON, op. cit. p. 50: (*Let us grant, for now, that tyranny is what happens to someone when their rights are denied*).

que realmente importa quanto ao *judicial review* e sua suposta missão é a seguinte questão: “A tirania de uma decisão política é agravada pelo fato desta ter sido tomada por uma maioria?”²⁰. Acredita-se não ser razoável uma resposta afirmativa para esta questão, uma vez que o que realmente ocorre é o oposto. O caráter majoritário de uma decisão política, mesmo que tirânica, no sentido de negar direitos a determinados grupos, possui ao menos um elemento não tirânico, qual seja, o fato da decisão ter sido tomada sem a exclusão de quaisquer grupos, e, com igualdade entre todos eles durante o processo decisório²¹.

O questionamento acerca da legitimidade do Poder Judiciário, formado por membros não eleitos, em anular o de alguma maneira se sobrepor à decisão de uma maioria de representantes democraticamente eleitos, é considerado o calcanhar de Aquiles para os defensores do *judicial review*.

Considera-se um argumento difícil para os defensores do *judicial review*. Porém, para justificar a legitimidade do instituto alguns afirmam a suficiência dos fins a serem atingidos como conferidores desta legitimidade²². Há ainda o argumento de que o Judiciário seria o poder mais apropriado para realizar esta atividade contramajoritária por ser o *least dangerous branch*²³. Tais argumentos encontram-se em Montesquieu²⁴, em Hamilton²⁵, e em Bickel²⁶.

²⁰ Ibidem, p. 51: (*Is the tyranny of a political decision aggravated by the fact that it is imposed by a majority?*).

²¹ Ibidem., p. 51: (*Either we say that tyranny is tyranny irrespective of how (and among whom) the tyrannical decision is made, or we say—and this is my view—that the majoritarian aspect actually mitigates the tyranny, because it indicates that there was at least one non-tyrannical thing about the decision: It was not made in a way that tyrannically excluded certain people from participation as equals*).

²² FALLON, Richard H., “The Core of The Uneasy Case For *Judicial review*”. **Harvard Law Review**. 2008, Vol.121 (*The fairness and political legitimacy of procedural mechanisms depend on the ends that they serve*).

²³ Há inúmeras fontes argumentativas acerca da eficácia da existência deste instituto, sendo da mesma maneira numerosos os trabalhos acadêmicos que versam sobre esta matéria, sendo o principal opositor de Waldron, Richard Fallon, que defende o instituto, como nota-se na seguinte passagem do paper *The Core of The Uneasy Case For Judicial review*, p. 1735: (*But the best outcome-based reason to support judicial review is one that Waldron overlooks. The affirmative case for judicial review need not depend on the assumption that courts can identify rights more accurately than legislatures. Rather, the most persuasive case maintains that both institutions should be enlisted in the cause of rights protection because it is morally more troublesome for fundamental rights to be underenforced than overenforced*).

²⁴ MONTESQUIEU. **The Spirit of Laws**. Batoche Books. 2001. p. 177: (*Of the three powers above mentioned, the judiciary is next to nothing*).

²⁵ MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **The Federalist Papers**. Pennsylvania: The Pennsylvania State University, 2001. p. 353: (*Whoever attentively considers the different departments of power must perceive, that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them*)

²⁶ BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch**. Yale University Press.

No que tange ao déficit democrático, devemos ressaltar que os membros do Poder Judiciário não são agentes públicos eleitos, de modo que mesmo através da indicação advinda de um membro eleito, sua atuação não pode ser considerada diretamente representativa. A possibilidade de um órgão não eleito como o STF sobrepor-se a uma decisão de um agente político escolhido pela vontade popular – é identificada na teoria constitucional como a dificuldade contramajoritária²⁷, que baseia-se no questionamento suscitado por Bickel acerca da possibilidade de um pequeno número de indivíduos não eleitos ter o poder de alterar a decisão assentada em milhões de votos, com caráter eminentemente mais representativo e em relação às mais profundas questões sobre moral e direito.

No que tange a estudos realizados com base no Judiciário dos Estados Unidos, embora os últimos anos apontem para uma preponderância judicial em afastamento das posições majoritárias, afirma-se não ser esta uma postura estabilizada para o contexto de discussão entre majoritarismo x contramajoritarismo. Pildes, baseado nas teses opostas utilizados como paradigma neste assunto: a tese de Bickel (1962) que entende que há possibilidade da Corte atuar de maneira contramajoritária, resolvendo “com a última palavra” questões sobre direito fundamental exatamente pelo ideal de soberania popular e de auto-governo; em contraponto à tese de Dahl (1957) que apresenta a idéia de que, historicamente, nem sempre a Corte agiu de maneira contramajoritária, seguindo a tendência de representação da aliança política dominante²⁸; afirma que a tese de Dahl tende à maior correção, pois mesmo nos casos em que a decisão foi considerada “contramajoritária” (Ex. Caso Citizen United acerca da possibilidade de doações para campanha eleitoral por parte das empresas) o voto vencedor não foi unânime (decisão por 4x5), de modo que soa “exagerado” e “romantizado” considerar a Corte como instituição “contramajoritária”, até mesmo por sua incapacidade de proteger qualquer grupo de interesse minoritário ou de agir contra as forças da democracia majoritária, devido a estas mesmas influências, embora inexista clareza absoluta acerca dos mecanismos ou pressões institucionais por que o Tribunal é supostamente restrito.

²⁷ O termo refere-se, em tese, à possibilidade de tribunais ou órgãos não eleitos democraticamente invalidarem decisões de órgãos compostos por representantes democraticamente eleitos, na dualidade entre a ausência de legitimidade democrática e o dever de proteção dos direitos fundamentais, inclusive em face das instituições democraticamente legitimadas. BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. 2 ed. New Haven: Yale University Press, 1986. Apud. BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2012. p. 05.

²⁸ PILDES, Richard H., “Is the Supreme Court a ‘Majoritarian’ Institution?”. **Supreme Court Review**, 2010.

Deste modo, voltando para a tese idealizada de Waldron, as minorias que deveriam ser atendidas pelo Judiciário em sua atuação protagonista, que seriam os grupos que não chegam a ter inserção no debate e na deliberação democrática, pela crítica de Dahl, também estariam excluídas dos debates jurisdicionais²⁹. Entretanto, muito se discute acerca do exercício deste papel, seja por ser exercido por um pequeno grupo de juízes não eleitos, seja pela própria materialidade das decisões. Posteriormente, a discussão passou a ser travada entre dois clássicos trabalhos doutrinários, que apesar de nunca confrontados diretamente, havia uma clara tensão entre eles³⁰.

De um lado, Alexander Bickel, que levantou uma questão fundamental e moral com relação ao papel da Suprema Corte na democracia Norte-americana: a denominada “*contramajoritarian difficulty*”³¹. A questão moral levantada por Bickel é “o porquê de um pequeno e não eleito grupo de indivíduos ter o poder de decidir algumas das mais profundas questões morais e ainda tê-lo de tal forma que nenhum outro ator tenha o poder direto de anular tal decisão”.

Do outro lado se encontra Robert Dahl, que concluiu, após estudos empíricos, que a Suprema Corte, historicamente, não funcionou como instituição contramajoritária, e que, por razões estruturais, não seria provável que atuasse desta forma³².

Segundo Dahl, a visão política dominante na Corte Norte-americana, nunca é, por muito tempo, desalinhada em relação à visão política predominante entre os legisladores. Em sua análise, a Corte foi inevitavelmente parte da aliança nacional dominante. Por este motivo, Dahl afirmava a politização da Corte, uma vez que, demonstrando-se preponderantemente alinhada aos poderes eleitos, ela nunca poderia exercer um papel verdadeiramente contra majoritário³³. Muitas decisões políticas, com potencialidade para causar desgaste na imagem política de membros dos poderes eleitos,

²⁹ Casos em que Corte nega provimento aos direitos em demanda, que, entretanto, as minorias se satisfazem pelo simples fato de sentir que seus direitos foram discutidos de forma direta, como cita WALDRON. op. cit. p. 1348 (Even if the decision is eventually overturned by an amendment to the state constitution, the plaintiffs and their supporters can feel that at least the issue of rights is now being confronted directly. A good decision and a process in which claims of rights are steadily and seriously considered—for many people these are reasons for cherishing the institution of *judicial review*).

³⁰ PILDES, op. cit. p. 2: (*These two works, from within different disciplines, stood in some tension with each other, though neither confronted that tension directly.*)

³¹ BICKEL, op. cit.

³² DAHL, Robert. “Decision-making in a Democracy: The Supreme Court as National Policy-maker”. **Journal of Public Law**, Vol. 6, 1957.

³³ Ibidem. p. 15: (*Except for short-lived transitional periods when the old alliance is disintegrating and the new one is struggling to take control of political institutions, the Supreme Court is inevitably a part of the dominant national alliance.*)

são proferidas pelo Judiciário, uma vez que seus membros não tem esta preocupação³⁴. Assim, o Judiciário muitas vezes, segundo Dahl, é utilizado pelos poderes eleitos para este fim.

A partir da presente análise pode-se inferir que, no caso do brasileiro, diferente do que descreve Waldron, a minoria que necessita ser tutelada pelo Judiciário é classificada como tal pelo STF quando direitos fundamentais lhes são negados e sua demanda não é sequer discutida pelos poderes democraticamente eleitos.

No artigo em que defende o “Core case FOR *judicial review*” Fallon, apesar de concluir que a melhor forma de existir o *judicial review* ser sua existência “fraca”, ele demonstra sua preocupação quanto o risco em potencial que este instituto possui de transformar uma democracia “não-patológica” em um sistema patológico³⁵. (ainda falta desenvolver o Fallon)

3.1. O Caso brasileiro

Em meio à discussão do exercício majoritário ou contramajoritário da Corte constitucional, encontra-se o caso brasileiro. Analisou-se os acórdãos em que o STF trata de direitos das minorias, partindo do *a priori* de que a proteção deveria ser realizada como uma forma de proteger o grupo oprimido pelas posição das maiorias dominantes. Detecta-se ainda, que a proteção da minoria possui, na atuação do STF, natureza casual ou mesmo acidental, uma vez que o que se pretende é basicamente a melhor interpretação da norma constitucional, independente desta estar em conformidade com ideais majoritários. A pesquisa foi feita com base nos casos apresentados pelo site do próprio STF, a partir da pesquisa de jurisprudência com base na palavra-chave “minorias”. Busca esta que levou a processos que versavam sobre união homoafetiva, demarcação de terra indígena, liberdade de expressão em manifestações acerca da liberação de substâncias estupefacientes, fidelidade partidária, aborto nos casos de

³⁴ GRABER, Mark. “The nonmajoritarian difficulty: Legislative Deference to the Judiciary”. **Studies in American Political Development**. Vol 7, 1993. p. 38: (*When disputes arise that most elected officials would rather not address publicly, Supreme Court justices may serve the interests of the political status quo by making policy, taking public responsibility for making policy, and making policy favored by political elites. Judicial policymaking in this circumstances cannot be accurately described as either majoritarian or countermajoritarian.*).

³⁵ Entenda-se por não patológico um sistema democrático em que as instituições funcionam razoavelmente bem, ou seja, os erros são incidentais e isolados. Deste modo, mesmo que ocorra uma decisão considerada “ruim”, esta não implicaria na geração de um efeito cíclico sobre as decisões da instituição que cometeu o erro.

anencefalia, CPI, Representação Partidária, Cálculo de Quociente Eleitoral e Ficha limpa³⁶.

Nestes casos estudados, o STF não apresentou, de forma geral, pretensões de definir o que seria um grupo minoritário. De modo que se torna difícil afirmar sua atuação “contramajoritária”, ainda mais tendo em vista que sua argumentação se baseava na ponderação de princípios, mesmo que alguns dos votos proclamassem expressamente competir ao Tribunal o papel contramajoritário. (Seria bom aqui fazer referencia aos votos, este trecho é exatamente no caso da união homoafetiva que vc fichou!!!)

O STF não apresenta, de forma geral, pretensões de definir o que seria um grupo minoritário. Por este motivo, acredita-se que no Brasil não seria possível elaborar uma análise neste sentido. A diversidade étnica e cultural presente na sociedade brasileira proporciona um número tão grande e ao mesmo tempo tão divergente de interesses, que a única forma viável de se realizar um estudo do STF como instituição majoritária ou contramajoritária decorre da apreciação da relação dialógico-institucional que se dá entre ele e o Congresso Nacional, identificando-se no âmbito político-partidário maiorias que servem de referência à adoção da Teoria Majoritária. Entretanto, não entraremos nesse ponto, uma vez que há infinitas controvérsias acerca da plenitude da representatividade do Congresso Nacional para com os cidadãos³⁷. As dimensões desta representatividade é discutível, diante de um modelo democracia tão deficitário, e que possui um caráter deliberativo tão pouco aguçado. Pois se em tese, o modelo ideal de Waldron é aplicável ao caso brasileiro, a prática se mostra completamente inversa, em virtude da distância que ainda é preciso percorrer para implementarmos as balizas idealizadas constitucionalmente em termos de direitos, garantias, construção de cidadania e deliberação democrática.

Embora não possamos afirmar que de fato o Supremo assume o papel de Corte Contramajoritária no que tange à proteção do direito das minorias, da análise dos casos detectou-se que o que se pretendia era basicamente a melhor interpretação da norma

³⁶ Os casos resultantes da referida pesquisa realizada em 07 de julho de 2012 foram: ADI 4271; ADI 4277; ADI 36190; ADPF 132; ADPF 54; MS 24831; MS 24849; MS 26441; MS 30260; MS 266031; PET 3388; RE 140386; RE 140460; RE 630147; RE 633703.

³⁷ Dahl vai além da afirmação de que a Corte seria uma instituição política, argumentando que esta seria uma parte essencial da liderança política: DAHL, op. cit., p. 15: *(The Supreme Court is not, however, simply an agent of the alliance. It is an essential part of the political leadership and possesses some bases of power of its own, the most important of which is the unique legitimacy attributed to its interpretations of the Constitution).*

constitucional, independente desta estar ou não em conformidade com ideais majoritários, o que representou uma preocupação na efetivação de direitos³⁸.

3.1.2. A politização da Corte

Os defensores do *judicial review*, em geral, promovem o instituto pela importância de sua atuação contramajoritária. Entretanto, verifica-se que, em muitos casos, inclusive no brasileiro, que isto não se confirma. Pelo contrário, a afirmação de Dahl de que a Corte seria também uma instituição de caráter político e, portanto, majoritária, parece ser válida para o caso brasileiro³⁹.

Composição 2012 (de 19 de novembro de 2011 até hoje)

MINISTRO	PARTIDO QUE INDICOU	PORCENTAGEM DE INDICAÇÃO POR PARTIDO
Ayres Britto	PT	72,73%
Joaquim Barbosa	PT	
Cezar Peluso	PT	
Ricardo Lewandowski	PT	
Carmén Lúcia	PT	
Dias Toffoli	PT	
Luiz Fux	PT	
Rosa Weber	PT	
Celso de Mello	PDS (Sarney)	
Gilmar Mendes	PSDB (FHC)	9,09%
Marco Aurélio	PRN (Collor)	9,09%

Levando em consideração os dados acima, há uma potencialidade enorme no agir político da Corte, não só em virtude das demandas que chegam ao Tribunal para

³⁸ Neste sentido, observa-se o pleno cabimento da seguinte constatação ao caso brasileiro. COVER, ROBERT M., “The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities”. **Yale Law School: Faculty Scholarship Series**. Paper 2704. p. 10: (*They justify constitutional protection by the substantive character of the rights involved rather than by the nature of the groups protected*).

³⁹ DAHL, op. cit., p. 15 (*The Supreme Court is not, however, simply an agent of the alliance. It is an essential part of the political leadership and possesses some bases of power of its own, the most important of which is the unique legitimacy attributed to its interpretations of the Constitution*).

juízo, após longo período de judicialização, mas também pela indicação da maioria dos Ministros, feita pelo mesmo partido da situação.

Porém, no que tange aos casos envolvendo direito de minorias, o STF agiu no sentido da efetivação de direitos fundamentais, independente do papel majoritário ou contramajoritário, não sendo possível afirmar que houve uma condução política na resolução dos casos, pendendo para a decisão para os argumentos que interessavam ao governo. Ao menos, isso não é possível de ser afirmado com base unicamente nos argumentos utilizados nos votos, que se mantiveram dentro das possibilidades jurídicas do caso concreto.

- Mas, e se houvesse uma condução contramajoritária pelo Supremo Tribunal Federal?

A questão que se coloca é que não havendo um mecanismo de *back-end*, como são os poderes eleitos, a Corte poderia ser utilizada para decidir questões polêmicas, que certamente interfeririam na relação do representante com seus representados, sem sofrer as consequências que sofreriam os representantes eleitos⁴⁰. Deste modo, uma Corte politizada configura uma afronta ao modelo de Estado Democrático de Direito, uma vez que os mecanismos democráticos para destituir os juízes da Corte constitucional não existem. Pode-se arguir o fato de que não há como se comprovar a utilização da Corte para o fim supracitado. Entretanto, só a possibilidade dele existir já apontaria mais um caráter antidemocrático ao *judicial review*.

4. CONCLUSÃO

Deste modo, em contrapartida aos indiscutíveis ganhos na efetivação de direitos fundamentais, pode-se questionar a validade das decisões ativistas em termos de segurança jurídica, da capacidade institucional do tribunal em face do contramajoritarismo que tais decisões representam, o desequilíbrio entre os poderes constitucionalmente instituídos, bem como as repercussões que a supremacia judicial pode trazer para uma democracia ainda em consolidação, tais quais uma possível apatia cívica com o consequente enfraquecimento democrático.

Em geral, o que tem sido pensado em termos de limitação ao controle jurisdicional dos atos políticos também gira em torno de uma argumentação fundada em

⁴⁰ TUSHNET, op. cit., 2009, p. 4: (*Sometimes judicial review is defended on the quasi-democratic ground that judges are indirectly responsible to the people for the policy choices the judges make, because of front end – that is, selection-related – mechanisms rather than the back-end ones that ensure the responsibility of elected representatives*).

razões morais, nos remetendo a teoria das decisões com base em princípios de Ronald Dworkin⁴¹, ou mecanismos de preservação do ritual democrático, como a construção procedimentalista de Habermas⁴², de modo a buscar uma legitimidade à postura do Judiciário.

A ideia de estudar os diálogos institucionais existentes é fundamental, pois se é certo, por um lado, que o STF tem ocupado um lugar de destaque na reestruturação que os Poderes efetivamente vêm sofrendo, haja vista sua proeminência e seu papel de “guardião da Constituição”, de outro lado não é possível deixá-lo imune às críticas que vem sofrendo por parte das diversas instâncias e instituições onde se refletem seus atos jurisdicionais.

Embora o ativismo possa apresentar algumas fragilidades para uma democracia em consolidação, em contrapartida representou ganhos quanto à efetivação de direitos, sendo de fato, uma realidade dada⁴³. Neste contexto, é necessário refletir acerca de limites objetivos à atividade decisional com parâmetros mais seguros do que a subjetiva “justificação racional”⁴⁴.

⁴¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Martins Fontes: São Paulo, 2010.

⁴² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia – Entre Facticidade e Validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

⁴³ TUSHNET, op. cit., 2009. p. 17: (*The global expansion of judicial power, as it has been labeled, seems to have been accepted in the world's democracies, and to date no nation that has adopted judicial review has thereafter abandoned it*).

⁴⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Argumentação Contra Legem - a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis**. Renovar: Rio de Janeiro, 2005. p. 45: (O que se vem depreendendo é uma tentativa de sistematizar e racionalizar valores morais de maneira a alcançar uma aplicação do Direito que, ao invés de simples forma, traduza valores morais condizentes com o estado de avanço do grupo social. Neste sentido, a argumentação seria “(...) uma técnica de análise racional das normas jurídicas (e das interpretações dos textos legislativos em geral), dos enunciados da dogmática, das premissas empíricas utilizadas pelos juristas, da estrutura lógica das proposições normativas, enfim: de todos os aspectos relevantes dos argumentos utilizados para justificação das decisões jurídicas.” Assim, embora um resultado final onde a certeza seja conclusiva e unívoca seja utópico, diante da complexidade do caso, espera-se que se torne alcançável, ao menos certo grau de certeza, via uma justificação contextualmente suficiente).

5. Referências Bibliográficas:

COVER, ROBERT M., “The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities”. **Yale Law School: Faculty Scholarship Series. Paper 2704.**

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Argumentação Contra Legem - a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis.** Renovar: Rio de Janeiro, 2005.

DAHL, Robert. “Decision-making in a Democracy: The Supreme Court as National Policy-maker”. **Journal of Public Law**, Vol. 6, 1957.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério.** Martins Fontes: São Paulo, 2010.

FALLON, Richard H., “The Core of an Uneasy Case for *Judicial review*”. **Harvard Law Review**, Vol.121, 2008.

GRABER, Mark. “The nonmajoritarian difficulty: Legislative Deference to the Judiciary”. **Studies in American Political Development.** Vol 7, 1993.

GRIFFIN, Stephen M. **American Constitutionalism: From Theory to Politics.** Princeton: Princeton University Press, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia – Entre Facticidade e Validade.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HOBBS, Thomas. **Leviathan.** Penguin Classics, 1985.

KMIEC, Keenan D. “The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"”. **California Law Review**, 2004.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **The Federalist Papers.** Pennsylvania: The Pennsylvania State University, 2001.

SUNSTEIN, Cass. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court.** Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1999.

PILDES, Richard H., “Is the Supreme Court a 'Majoritarian' Institution?”. **Supreme Court Review**, 2010.

TOCQUEVILLE, Alexis de., **Democracy in America.** The Pennsylvania State University, 2002.

TUSHNET, Mark. “How Different are the Core Cases for and Against *Judicial review*?”. **Harvard Public Law Working Paper** No. 09-04.

_____. "Law and Prudence in the Law of Justiciability: The Transformation and Disappearance of the Political Question Doctrine." **North Carolina Law Review.** No. 80, 2002. p. 1203–1235

_____. “Against *Judicial review*”. **Harvard Public Law Working Paper**
No. 09-20, 2009

_____. **Taking the Constitution Away from the Courts**. Princeton
University Press, Princeton, New Jersey.

WALDRON, Jeremy. “The Core of the Case Against *Judicial review*”. **Yale Law**
Journal, No. 115, 2006