XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

CAMILA BARRETO PINTO SILVA

FRANCISCO MATA MACHADO TAVARES

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

C755
Constituição e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP
Coordenadores: Camila Barreto Pinto Silva
Francisco Mata Machado Tavares – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN:
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

Apresentação

O Grupo de Trabalho dedicado à apresentação e discussão de pesquisas científico-jurídicas referentes à seara da imbricação entre constituição e democracia correspondeu à expectativa suscitada pela atualidade, dramaticidade e relevância do tema no atual contexto sócio-histórico global, pautado por transições, tensões e crises relacionadas a díade conformadora do constitucionalismo democrático, que emerge no Ocidente a partir do século XVIII e consolida-se como fundamento triunfante das nossas sociedades a partir da segunda metade do século XX.

A tensão entre a rigidez associada ao constitucionalismo e o dinamismo próprio à legitimação democrática da autoridade política é um tema tão instigante como onipresente no pensamento humanístico e nos conflitos sociais desde o século XIX. Os receios de Mill e Tocqueville em relação aos riscos de tiranias majoritárias, de um lado; e os clamores republicanos em favor de uma primazia das decisões coletivas para além das reservas constitucionais, de outro; pautaram boa parte da trajetória jurídico-política da modernidade em seu estágio posterior ao iluminismo. As vozes de Locke a ecoarem sobre o apreço liberal pelas normas que afastam do debate político as condições de possibilidade da sua própria existência, e de Rousseau a saudarem variantes contemporâneas de uma vontade geral entendida como soberana em seus próprios termos, ainda se entrecruzam em um debate contínuo e profícuo. Neste processo, tentativas de síntese ou de composição entre o primado republicano da democracia e a conquista liberal do constitucionalismo, a exemplo da tese habermasiana de equiprimordialidade entre as autonomias pública e privada, parecem apenas estabelecer uma efêmera trégua em uma saudável e instigante tensão constitutiva do constitucionalismo erigido em sociedade plurais, complexas, seculares e referenciadas no duplo valor daquilo que Constant definira como as liberdades moderna e antiga.

Este Grupo de Trabalho ocorre em um momento no qual a recorrente contenda entre liberais e republicanos afigura-se ínfima, diante de uma ameaça mais séria e fundamental ao constitucionalismo democrático: vivemos sob tempos em que democracias perecem globalmente e o primado dos direitos fundamentais ou de sua projeção universal em um sistema assegurador de direitos humanos fenece. A emergência de populismos não democráticos, a naturalização do desprezo às garantias fundamentais prescritas nas

constituições e a emergência de hegemonias que, antes de definidas por novas ou alternativas razões, negam a racionalidade enquanto fundamento da vida social, parecem por em risco os dois mais preciosos consensos da nossa civilização: constitucionalismo e democracia.

Nestes tempos dramáticos e intensos, a produção acadêmica vê-se desafiada e convidada a encontras categorias, métodos, teorias e fundamentos capazes, senão de apontar rotas de saída da crise, de permitirem sua mais adequada e analiticamente refinada compreensão. Esta missão, acredita-se, fora cumprida pelo conjunto de pesquisadores/as que apresentaram seus artigos jurídicos no Grupo de Trabalho sobre Constituição e Democracia. Três grandes eixos do debate, tal como abaixo explicados, asseguraram a completude e a consistência da produção científica trazida ao GT nesta edição do Encontro Nacional do CONPEDI.

Primeiramente, destacam-se os trabalhos referentes a temas situados na fronteira entre a filosofia, a teoria política e a teoria da constituição. Nesta seara, houve contribuições referenciadas em uma plêiade atualizada e consistente de referências, oscilantes da teoria luhmaniana dos sistemas ao pensamento heiddegeriano, sem que faltassem estudos referenciados na produção do Sul Global, em especial quanto ao Novo Constitucionalismo. A fundamentação, a coesão, os limites e os desafios para a difícil e necessária composição entre democracia e direitos fundamentais foram, nestes trabalhos, perquiridos em grau de compatibilidade com a dificuldade e urgência dos problemas impostos pelo momento histórico presente.

Em seguida, mencionam-se os artigos identificados com a temática da jurisdição constitucional ou, ainda mais amplamente, do processo constitucional. Em um mundo no qual fenômenos como judicialização da política e politização da justiça conduzem ao limite as ideias liberais de checks and balances, indicando na prestação jurisdicional que dá concretude aos ditames asseguradores de direitos fundamentais o preciso locus da fronteira entre democracia e constituição, os trabalhos souberam lidar com problemas de pesquisa e olhares teóricos dignos de contribuírem para o permanente avanço científico nesta questão.

Houve, ainda, artigos dedicados a estudos sobre direitos fundamentais sem os quais a cidadania democrática e a própria dignidade de pessoas que se engajam em uma comunidade jurídico-política na condição de jurisconsortes livres e iguais não poderia realizar-se. Assim, o tema dos direitos de pessoas com deficiência, a questão migratória e as políticas orientadas à garantia do direito fundamental à moradia foram trazidos à baila em produções que refletem a mais desejável combinação entre rigor científico e compromisso social da atividade acadêmica no campo jurídico.

A sessão de apresentação dos trabalhos refletiu a qualidade dos textos que o/a leitor/a lerá a a seguir e indicou que, sob os mais tormentosos tempos para a democracia e os direitos fundamentais, o campo jurídico brasileiro não esmorece e enfrenta, com seriedade e consistência, a tarefa de compreender e defender estes dois alicerces do mundo livre, racional e secular. Desejamos a todos/as uma boa leitura.

Prof. Dr. Francisco Mata Machado Tavares - UFG

Profa. Dra. Camila Barreto Pinto Silva - UNIMES

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DAS MINORIAS: DUAS HIPÓTESES

THE CONTROVERSIAL FUNCTION OF THE SUPREME FEDERAL COURT AND THE CONSTITUTIONAL PROTECTION OF MINORITIES: TWO HYPOTHESES

Carlos Victor Muzzi Filho [1]
Fabrício de Almeida Silva Reis [2]

Resumo

Este artigo analisa a função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal (STF), examinando sua atuação na efetivação da proteção de minorias. O artigo se utiliza de pesquisa bibliográfica e metodologia hipotético-dedutiva, valendo-se de exemplos de atuação contramajoritária do STF, citados por Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2018). A partir deles, constatou-se que o STF atuou para referendar opções do Poder Legislativo e do Executivo, que não eram discriminatórias, mas, ao contrário, destinavam-se à proteção das minorias. Propõe-se, então, hipóteses sobre essa forma de atuação do STF, conjecturando-se sobre a existência de "legislação simbóblica", cuja implementação exigiria a intervenção do STF.

Palavras-chave: Função contramajoritária, Supremo tribunal federal, Estudo de casos, Proteção de minorias, E legislação simbólica

Abstract/Resumen/Résumé

This article analyzes the counter-majoritarian function of the Supreme Court, examining its performance in the protection of minorities. The article uses bibliographical research and hypothetical-deductive methodology, using examples of counter-majoritan performance of the STF, by Roberto Barroso (BARROSO, 2018). From them, it was found that the STF acted to refer to options of the Legislative and Executive, which were not discriminatory, but, inversely, were aimed at the protection of minorities. It proposes, then, hypotheses about this form of action of the STF, conjectured on the existence of "symbolic legislation", whose implementation would require the STF intervention.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Counter-majority function, Federal court of justice, Case study, Protection of minorities, And symbolic legislation

[1] Graduado em Direito pela UFMG. Mestre e Doutor em Direito Tributário pela UFMG. Especialista em Direito do Estado pela PUC-MG. Professor da Universidade FUMEC e da Faculdade Milton Campos.

[2] Mestrando em Direito pela Universidade FUMEC. Especialista em Direito Público pela Universidade UCAM e Direito Ambiental pela Faculdade Signorelli. Professor de Direito Penal e Direitos Humanos da ABM - CBMMG.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo analisa a função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal (STF), considerada, teoricamente, como importante instrumento de efetivação da proteção constitucional das minorias. Essa função contramajoritária é, tradicionalmente, um dos principais argumentos para afirmar a legitimidade do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, tendo em vista a óbvia dificuldade de se compatibilizar tal controle jurisdicional com o princípio da separação dos poderes e o princípio democrático (a denominada "dificuldade contramajoritária").

No transcorrer do trabalho, perpassa-se pelo conceito de minorias e papel desempenhado pelo STF na tutela dos direitos basilares dessas minorias. Examina-se, também, a chamada "dificuldade contramajoritária", relativamente à afirmação da legitimidade do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. Obviamente que, considerado o próprio objetivo do trabalho, não será exaustiva a abordagem dos conceitos antes referidos, mas será feita apresentação que permita estabelecer os fundamentos da discussão feita em seguida, que envolverá a confirmação, ou não, do exercício efetivo, pelo STF, dessa função contramajoritária de proteção das minorias.

Nesse contexto, será necessário pesquisar se existe (ou existiu) ação (ou omissão) do Poder Legislativo, especialmente, do Congresso Nacional brasileiro, na proteção das minorias. A partir de pesquisa bibliográfica, serão examinados casos paradigmáticos, quais sejam, exemplos colacionado por Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2018), que são utilizados como parâmetros para se constatar a efetiva atuação majoritária do STF.

Pontue-se que o presente artigo toma como ponto de partida, para discutir a função contramajoritária, a argumentação desenvolvida por Luís Roberto Barroso, em relação à atuação do Supremo Tribunal Federal (BARROSO, 2018), que, segundo ele, no plano da jurisdição constitucional, pode ocorrer de forma contramajoritária ou representativa (BARROSO, 2018, p. 107). Barroso reconhece, ainda, a função "iluminista" da corte constitucional, isto é, a função de "empurrar a história quando ela emperra. Trata-se de uma competência perigosa, a ser exercida com grande parcimônia, pelo risco democrático que ela representa (BARROSO, 2018, p. 118). Tomando, então, como marco as ponderações de Barroso, discute-se, no presente trabalho, apenas o exercício da função contramajoritária das cortes constitucionais, especialmente do Supremo Tribunal Federal.

O objetivo, assim, do presente artigo, é apurar se, efetivamente, o STF exerce essa função contramajoritária, na tutela dos direitos das minorias, por meio da qual se reconhece ao tribunal a possibilidade de invalidar atos editados pelos outros Poderes, em razão de eventual incompatibilidade de tais atos com a proteção constitucional conferida às minorias.

O trabalho se enquadra, dessa maneira, na "Linha de Pesquisa" do "Grupo de Trabalho" denominado "Constituição e democracia", na medida em que a reflexão aqui proposta envolve as "instituições jurídicas" e, mais de perto, a "separação de poderes e o processo constitucional", bem como o "significado do constitucionalismo democrático em uma sociedade complexa e plural".

E, quanto ao método adotado, opta-se pela metodologia de base hipotética – dedutiva, cuja pesquisa formalizada é bibliográfica, descritiva, por meio de revisão e levantamento bibliográfico inerente à questão, de maneira a induzir a reflexão sobre a função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal na proteção de minorias.

2 ALGUNS CONCEITOS INICIAIS

Inicialmente, cumpre esclarece que o termo "minorias" é empregado neste trabalho para identificar o grupo social que compartilha características comuns e que esteja em inferioridade numérica ou em situação de subordinação socioeconômica, política, cultural ou qualquer outra forma, em relação a outro grupo majoritário ou dominante em uma dada sociedade. A minoria pode ser étnica, religiosa, linguística, de gênero, idade, condição física ou psíquica, entre outras características comuns.

A propósito do tema, Marcelo dos Santos Bastos (2011, p. 50) se utiliza da lição de José Maria Contreras Mazarío (1997), acrescentando a observação de que as minorias são formadas por aqueles que sofrem discriminação e são uma parte não dominante da população dos Estados (BASTOS, 2011, p. 50). Prossegue Bastos, ainda com base em Contreras Mazarío, que toda minorias é um grupo vulnerável, conquanto nem todo grupo vulnerável seja uma minoria (BASTOS, 2011, p. 50). Ao grupo vulnerável falta, justamente, certo grau de homogeneidade entre os seus membros, que não se sentem unidos àquele conjunto, exatamente porque lhes faltam aquelas características comuns (étnicas, religiosas, lingüísticas, etc.), que possam configurar uma identidade própria e com sentido de permanência (BASTOS, 2011, p. 50).

Entende-se, por sua vez, como discriminação, a conduta (omissiva ou comissiva) que separa ou isola as minorias da sociedade, rebaixando-a e a colocando em situação de maior vulnerabilidade (em sentido amplo).

Em sistemas jurídicos que reconhecem a existência de direito fundamentais (sejam aqueles insculpidos em uma constituição escrita, ou em uma declaração de direitos, ou ainda aqueles reconhecidos por tradição histórica), as minorias encontram já razão dessa proteção aos direitos fundamentais. Além disso, nesses mesmos sistemas jurídicos em que positivados os direitos fundamentais, a garantia das minorias é reforçada pela atribuição a tribunais constitucionais da função chamada contramajoritária, isto é, a função de afastar tentativas vindas do Poder Executivo ou do Poder Legislativo de discriminar as minorias.

Luís Roberto Barroso, nesse tom, pontua que, a "[...] despeito de resistências teóricas pontuais, esse papel contramajoritário do controle judicial de constitucionalidade tornou-se quase universalmente aceito", atuando as cortes constitucionais na "proteção dos direitos fundamentais" e na "proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política (BARROSO, 2018, p. 108)[1].

Sabidamente, esse papel contramajoritário da corte constitucional é, na lição clássica de Alexander Bickel, uma "dificuldade" nas sociedades democráticas, na medida em que contrapõe à soberania popular ("todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente", como preceitua o parágrafo único do art. 1º da Constituição da República, de 1988) a existência de um controle jurisdicional, realizada por agentes públicos não eleitos, que têm a competência para reconhecer a invalidade das regras aprovadas pelo próprio povo (ainda que por via de seus representantes). Na afirmação de Bickel, a Suprema Corte (refere-se ele à Suprema Corte norte-americana) "exerce o controle, não em nome da maioria prevalente, mas contra ela" (BICKEL, 1986, p. 17)[2], sendo, por isso, uma "instituição desviante na democracia americana" (BICKEL, 1986, p. 18)[3]. Nesse memsa linha, Nelson Saldanha assinala que controle jurisdicional de constitucionalidade das leis "constitui, porém, no fundo, um pequeno atentado contra o esquema clássico da separação" (SALDANHA, 1987, p. 116).

[1] O artigo citado, "A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e governo da maioria", foi também publicado em outra obra, coletânea organizada por Oscar Vilhena Vieira e Rubens Glezer, na qual são debatidos, por diversos autores, os argumento de Luís Roberto Barroso (VIEIRA; GLEZER, 2017).

[2] No original, "it (a Suprema Corte) exercises control, not in behalf of the prevailing majority, bus against it" (tradução nossa; esclarecemos).

[3] No original, "[...] judicial review is a deviant institution in the American democracy" (tradução nossa).

Contudo, a legitimação desse controle jurisdicional de constitucionalidade das leis vai se assentar, justamente, na necessidade de proteção dos direitos fundamentais e de "tutela do processo democrático", como explica Patrícia Perrone Campos Mello, na linha de Barroso:

> Em breves linhas, a legitimidade democrática da jurisdição constitucional é defendida com base em dois argumentos principais. Alega-se, em primeiro lugar, que tal jurisdição constitui um *instrumento de defesa de direitos fundamentais*, de conteúdos morais mínimos, generalizadamente aceitos e inerentes à dignidade humana, que por sua essencialidade, devem ser retirados do espaço de deliberação democrática, com o propósito de serem protegidos contra maiorias transitórias. A constitucionalização dos direitos humanos cumpriria a função social de suprimir esses direitos do alcance da maioria. (MELLO, 2015, p.294, grifos no original).

Prossegue Patrícia Perrone Campos Mello, sublinhando a função protetiva do "próprio processo democrático":

> [...] em segundo lugar, que a jurisdição constitucional presta-se a tutelar o *próprio processo democrático*, cabendo-lhe avaliar se os canais de participação política que levaram à elaboração de uma norma estavam abertos e / ou se a nova norma frustra a participação de grupos minoritários no processo político, por violar, ilustrativamente, a liberdade de expressão, de consciência, de associação, o direito dos cidadãos ao tratamento com igual respeito ou o direito ao voto secreto, universal e periódico. Neste caso, o controle de constitucionalidade cumpriria o papel de impedir que as maiorias atentem contra a própria democracia. (MELLO, 2015, p.294).

É de se perguntar, nesse contexto, se, efetivamente, as cortes constitucionais exercem essa função contramajoritária, dada a importância dessa função na própria legitimação das competências atribuídas ou reconhecidas às cortes constitucionais. É o que se examina no próximo tópico.

3 A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DAS CORTES CONSTITUCIONAIS

Robert Dahl, ainda nos 1950, publicou artigo que se constitui em importante marco, até hoje, da discussão em torno da função contramajoritária da Suprema Corte norte-americana (DAHL, 2009). No trabalho, Dahl afirma que "uma visão influente da Suprema Corte" reconhece que ela, "de forma peculiar, se constitui em "proteção das minorias contra a tirania das maiorias", apontando que, até aquele momento (anos 1950), em "seus 167 anos, em 78 casos, a Suprema Corte impugnou 86 disposições diferentes da legislação federal como

inconstitucionais" (DAHL, 2009, p. 29, *"passim"*). Logo, pondera Robert Dahl, "é possível afirmar que em todos os casos, ou em inúmeros, a Suprema Corte estava realmente defendendo o direito de alguma minoria contra uma maioria 'tirana'" (DAHL, 2009, p. 29).

Contudo, Robert Dahl, ao longo de seu artigo, questiona tal premissa, em estudo que passa pelo exame da própria composição da Suprema Corte norte-americana e a influência das escolhas dos diversos Presidentes da República nas decisões do tribunal, ao longo de mais de cento e sessenta anos. As conclusões propostas por Dahl, então, apontam para aspectos importantes, que muitas vezes não recebem a devida atenção daqueles que afirmam a função contramajoritária das cortes constitucionais.

Assentado em sua base empírica, que não é objeto de questionamento no presente trabalho, Robert Dahl pontua ser "irreal supor que a Suprema Corte [...] favoreça por muito tempo as normas de direito ou justiça, contrariando substancialmente os interesses do restante da elite política" (DAHL, 2009, p. 39), é dizer, a corte constitucional, na maior parte das vezes, não é contramajoritária, Dahl insiste em sublinhar que "a Suprema Corte é inevitavelmente uma parte da aliança nacional dominante. Como um elemento na liderança política da aliança nacional, a Suprema Corte apoia as principais políticas da aliança" (DAHL, 2009, p. 41).

Em pesquisa que visou estudar a hipótese de a nomeação pelo Presidente da República influenciar a atuação do Ministro nomeado, no Supremo Tribunal Federal, Fabiana Luci de Oliveira (OLIVEIRA, 2012), considerando os governos dos Presidentes Fernando Henrique Cardoso (1999 a 2002) e Luis Inácio Lula da Silva (2003 a 2010), afirma, em relação às leis federais questionadas pela via da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), que, "considerando apenas as normas federais, temos que das questões de interesse do segundo governo FHC julgadas durante o próprio governo, 15% foram decididas contrariamente ao governo e no primeiro governo Lula essa proporção foi um pouco maior, 18%" (OLIVEIRA, 2018, p. 112). Também não é o caso de se discutir, aqui, a metodologia adotada por Fabiana Luci de Oliveira, mas assinalar a coincidência em relação à afirmação de Robert Dahl de que, em linhas gerais, "a Suprema Corte é inevitavelmente uma parte da aliança nacional dominante" (DAHL, 2009, p. 41). Logo, não é rotineiro o exercício da função contramajoritária das cortes constitucionais, mas, ao revés, essa função se mostra como exceção, na atuação dessas cortes.

Rodrigo Brandão, por essa mesma trilha, ao discutir sobre "os limites e possibilidade de a jurisdição constitucional atuar, efetivamente, de forma contramajoritária" (BRANDÃO, 2017, p. 433), também discorre sobre a real efetividade de tal atuação contramajoritária.

Segundo Rodrigo Brandão, "[...] a jurisprudência constitucional da Suprema Corte tende a ser mais sensível à opinião pública em questões fundamentais para as maiorias políticas e para grupos de interesse bem organizados", o que reduz o espaço para a atuação contramajoritária da corte constitucional (BRANDÃO, 2017, p. 434). Aponta, então, para o paradoxo que resulta da constatação empírica sobre "o potencial do controle de constitucionalidade", que é justamente "mais reduzido precisamente quando há forte oposição de grupos políticos e econômicos bem estruturados" (BRANDÃO, 2017, p. 435).

Nesta mesma toada, Luís Roberto Barroso registra que "o papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal tem sido exercido como é próprio, com razoável parcimônia", ponderando que, "nas situações em que não estejam em jogo direitos fundamentais e os pressupostos da democracia, a Corte deve ser deferente para com a liberdade de conformação do legislador e a razoável discricionariedade do administrador" (BARROSO, 2018, p. 109, *"passim"*)[4].

O reconhecimento da parcimônia no exercício da função contramajoritária, noutro passo, não deve servir de reforço à tese oposta ao controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. Como observa Diego Werneck Arguelhes, "embora o papel 'contramajoritário' seja central para a teoria constitucional, há importantes debates sobre as múltiplas funções de tribunais constitucionais em uma democracia, remetendo a vários autores que sustenTam posições diversas (ARGUELHES, 2017, p. 85, nota nº 2).

Veja-se, especialmente, Jeremy Waldron (WALDRON, 2010), autor que sustenta "que o *judicial review* realizado sobre a legislação é inapropriado como modelo de tomada de decisão final em uma sociedade livre e democrática" (WALDRON, 2010, p. 94). Jeremy Waldron aprofunda a discussão em torno dessa função contramajoritária das cortes constitucionais, até porque, embora qualifique como "pedante" o argumento, não deixa de assinalar "que o tribunal pode também tomar sua decisão por maioria de voto. A tirania por maioria popular (por exemplo, uma maioria de deputados eleitos, cada um apoiado por uma

[4] Luís Roberto Barroso, a par da função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal, também afirma a "função representativa", que, em certo sentido, é o oposto à função contramajoritária, dado que tal função representativa faz com que o Poder Judiciário, "em certos contextos, seja melhor intérprete do sentimento majoritário", apontando "inúmeras razões [...] para isso" (BARROSO, 2018, p. 114). Além dessas duas funções, Barroso ainda reconhece o "papel iluminista do Supremo Tribunal Federal (BARROSO, 2018, p. 118). Não é objetivo do presente recurso "dialogar" com Barroso, mas, na linha de Diego Werneck Arguelhes (ARGUELHES, 2017), não se pode deixar de registrar que a proposta de Barroso contém aspectos contraditórios, na medida em que impõe ao tribunal a função de ser contramajoritário e representativo ao mesmo tempo. Há, conforme a crítica de Arguelhes, "uma assimetria" na tese proposta por Barroso, que vê legitimidade na atuação da corte constitucional, seja qual for a sua forma de atuar, seja "protegendo" as minorias ou ainda "validando" as opções da maioria (ARGUELHES, 2017, p. 84/85).

maioria de seus eleitores) é uma forma especialmente chocante de tirania? Não vejo como poderia ser" (WALDRON, 2010, p. 146).

Também se poderia lembrar a discussão sobre o "constitucionalismo popular", temas que não são abordados neste trabalho, mas encontram exame cuidadoso em Jadson Oliveira e Irandavid Gomes (OLIVEIRA; GOMES, 2018).

Entretanto, independentemente de resistências teóricas relevantes ao controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, no Brasil e em grande número de países, essa é a forma de controle que predomina. Assim, ao se discutir a função contramajoritária das cortes constitucionais, tem-se como premissa a validade do controle jurisdicional, pretendendo-se, em realidade, como bem ressalta Rodrigo Brandão, permitir a construção de "teoria normativa sobre o papel do controle de constitucionalidade na democracia constitucional brasileira que tenha o mínimo de conexão com a realidade e que, portanto, tenha aplicabilidade fora dos bancos acadêmicos" (BRANDÃO, 2017, p. 435). Nesse compasso, discutem-se, então, no próximo tópico, aspectos da atuação contramajoritária do Supremo Tribunal Federal, tomando como parâmetros casos elencados por Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2018, p. 121/122).

4 O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA PELO STF

É notório o reconhecimento de que o Supremo Tribunal Federal, ao longo dos trinta anos de vigência da Constituição da República, passou a ocupar lugar de destaque no cenário político nacional, "na medida em que a Suprema Corte é chamada a decidir sobre questões proeminentes na agenda nacional de políticas públicas", sobretudo quando do seu destacado protagonismo político somado à frequente exposição midiática. (OLIVEIRA, 2012, p. 89). Múltiplas razões concorrem para esse protagonismo do Supremo Tribunal Federal (BARROSO, 2018, p. 94), não sendo necessário, no presente estudo, retomar tais razões.

No caso brasileiro, todavia, cabe sublinhar que, tendo em vista a própria extensão dos direitos e garantias fundamentais insculpidos no texto da Constituição da República, amplia-se, em tese, a possibilidade de conflitos entre decisões do Poder Legislativo e do Poder Executivo e a proteção de minorias. Afinal, esses direitos fundamentais, na observação de Luis Roberto Barroso, "investem seus beneficiários em situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, a serem executadas por prestações positivas ou negativas, exigíveis do Estado ou de outro eventual destinatário da norma" (BARROSO, 2009, p. 221/222).

Também não se pode deixar de mencionar a relevância do art. 1º, inciso III, da Constituição da República, que consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento particular da República Federativa do Brasil. Tal fundamento tem potencial para influenciar na interpretação de todo o texto constitucional, permitindo margens amplas de atuação do intérprete, notadamente, o Supremo Tribunal Federal, "guardião da Constituição". A dignidade da pessoa humana deve ser compreendida também como critério unificador de todos os direitos fundamentais, para o qual se reportam, em maior ou menor grau, esses mesmos direitos. É, por outras palavras, postulado central do ordenamento brasileiro ou fundamento axiológico sobre o qual está construído o Estado Democrático de Direito. Não por outra razão, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o elevado *status* de princípio fundamental, essencial e mínimo existencial, fonte de todo ordenamento jurídico brasileiro.[5] Representa o reconhecimento de um mínimo necessário de direitos que garanta existência digna, não comportando relativização.

Nesse mesmo sentido, Flávia Piovesan assevera que a dignidade da pessoa humana emerge como princípio matriz da Constituição Federal de 1988, com unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revela-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora "as exigências de justiça e dos valores éticos". É, assim, ponto de partida e de chegada normativo (2000, p. 54).[6]

Ademais, sob o ângulo do Supremo Tribunal Federal, é visível que o referido tribunal acumula inúmeras competências, o que, certamente, também amplia as possibilidades de sua atuação. Novamente com Luis Roberto Barroso (2018, p. 106-107), o Supremo Tribunal Federal exerce competência *ordinária* quando atua como qualquer outro órgão jurisdicional, observando e aplicando as leis infraconstitucionais (direito infraconstitucional) diante das diversas situações ou hipóteses concretas. (BARROSO, 2018, p. 107), exercendo, ainda, competência *constitucional* quando interpreta e aplica a Constituição da República em ações diretas de inconstitucionalidade (processos objetivos, no modelo concreto) como

[5] "[...] o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo (...). (Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 95.464. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília: Dje, 13.março.2009.

[6] Flávia Piovesan ainda complementa que é no valor da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa (PIOVESAN, 2000). Consagra-se, assim, dignidade da pessoa humana como verdadeiro super-princípio a orientar o Direito Internacional e o Interno.

também em processos subjetivos (modelo difuso) (BARROSO, 2018, p. 107). Há, portanto, um abrangente leque de oportunidades processuais para que o Supremo Tribunal Federal atue na proteção de direitos fundamentais de grupos minoritários.

Na cena institucional brasileira, Luís Roberto Barroso relaciona vários casos que representam, em sua visão, "uma coleção significativa de decisões do Supremo Tribunal Federal que contribuíram para o avanço social no Brasil" (BARROSO, 2018, p. 121-122), com impactos em diversos ramos do Direito. Dentre esses casos, Barroso menciona quatro situações encartadas sob o título de "proteção das minorias" (BARROSO, 2018, p. 122), que são aqui invocados como exemplos para se observar o exercício, ou não, pelo STF, da função contramajoritária. São estas as hipóteses relacionadas por Luís Roberto Barroso:

> *Proteção das minorias*:
> *(i) judeus*: a liberdade de expressão não inclui manifestações de racismo, aí incluído o antissemitismo.
> *(ii) negros*: validação de ações afirmativas em favor de negros, pardos e índios.
> *(iii) homossexuais*: equiparação das relações homoafetivas às uniões estáveis convencionais e direito ao casamento civil.
> *(iv) comunidades indígenas*: demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol em área contínua (BARROSO, 2018, p. 122).

Esses casos mencionados por Barroso são estudados no tópico seguinte, a fim de se constatar o exercício, ou não, pelo STF, dessa função contramajoritária. E, como se expõe em seguida, nos casos elencados por Barroso como hipótese de "proteção das minorias", rigorosamente, não se configurou atuação verdadeiramente contramajoritária do Supremo Tribunal Federal em proteção das minorias.

Ressalte-se que não se tem a pretensão, a partir desses casos paradigmáticos, firmar conclusão definitiva sobre a atuação contramajoritária do STF. Obviamente, tais casos não se prestam, estatisticamente, para retratar fielmente a atuação do STF. Servem, contudo, para ilustrar e aprofundar a discussão em torno do exercício da função contramajoritária, permitindo constatar, sim, que, em importantes e paradigmáticos momentos, a atuação do Supremo Tribunal Federalfoi, em verdade, confirmatória das decisões vindas do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, malgrado a difundida percepção de que se trataria de atuação contramajoritária.

4.1 As "ações afirmativas"

Vejam-se, inicialmente, os casos de "validação de ações afirmativas" em favor da igualdade racial, apontados por Barroso como atuação em defesa das minorias (BARROSO, 2018, p. 122).

Na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 41/DF, Pleno, Relator Ministro Roberto Barroso (BRASIL, 2017), foi apreciada a constitucionalidade da Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014, que reserva para "negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos" realizados no âmbito da Administração Federal. A ADC, nos termos do art. 14, inciso III, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, tem, entre seus pressupostos, "a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória". Portanto, o STF foi chamado a decidir sobre o tema certamente porque havia "controvérsia judicial relevante" em torno da validade constitucional da ação afirmativa prevista pela Lei nº 12.990, de 2014.

O STF decidiu, então, pela "[...] integral constitucionalidade da Lei n° 12.990/2014" (BRASIL, 2017), com fixação da seguinte "tese de julgamento":

> É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa (BRASIL, 2017).

Segundo a argumentação desenvolvida pelo Ministro Roberto Barroso, Relator da ADC nº 41/DF, a ação afirmativa em favor dos negros se legitimava constitucionalmente na "necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira, e garantir a igualdade material entre os cidadãos, por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do reconhecimento da população afrodescendente" (BRASIL, 2017). Mas, cabe frisar, que esse "racismo estrutural e institucional" não contaminara a atuação do Poder Legislativo, que editou a Lei nº 12.990, de 2014, cabendo ao STF, não uma atuação contramajoritária, mas uma atuação de reafirmação ou reiteração da constitucionalidade da lei então impugnada.

Hipótese semelhante, resolvida sob o rito da repercussão geral, envolveu a discussão sobre a constitucionalidade de normas administrativas fixadas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRS), que implementaram política de cotas raciais nos processos seletivos ("vestibular") daquela instituição de ensino. Também nessa situação, o STF atuou na confirmação das normas oriundas de órgão do Poder Executivo, negando, então, provimento ao Recurso Extraordinário (RE) nº 597.285/RS, Pleno, Relator Ministro Ricardo

Lewandowski (BRASIL, 2014), com fixação da seguinte tese no Tema nº 203 da Repercussão Geral: "É constitucional o uso de ações afirmativas, tal como a utilização do sistema de reserva de vagas ('cotas') por critério étnico-racial, na seleção para ingresso no ensino superior público" (BRASIL, 2014)[7].

Percebe-se, então, que relativamente às ações afirmativas, não houve, propriamente, atuação contramajoritária do STF. O cenário encontrado pelo Supremo Tribunal Federal, ressalvada, é claro, a grande distância temporal entre os casos, foi oposto àquele enfrentado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América (EUA), no caso "Brown v. Board of Education of Topeka", de 1954, marco na luta pela igualdade racial nos EUA.

Discutiu-se, nesse conhecido caso da jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, a constitucionalidade da doutrina *"separate but equal"* (separados mais iguais), que justificava a adoção de regras segregacionistas, proibindo que negros e brancos compartilhassem os mesmos espaços. Como relata João Carlos Souto, a pretensão da então recorrente, Linda Brown, à época, uma menina negra, com oito ou nove anos de idade, residente em Topeka, Kansas, era estudar em uma escola mais próxima de sua casa. Porém, as escolas mais próximas eram destinadas a crianças brancas, e a legislação do Kansas não permitia a convivência entre crianças negras e brancas (SOUTO, 2015, p. 74). Segundo João Carlos Souto, "caso *Brown v. Board of Education*, entre outros significados, acolhe o de demonstrar a autoridade da Suprema Corte dos Estados Unidos em alterar, via controle de constitucionalidade, leis e costumes que se encontravam em prática por mais de meio século" (SOUTO, 2015, p. 81).

O fim da segregação racial, prossegue João Carlos Souto, "não foi obra do Poder Legislativo ou iniciativa do Poder Executivo", mas, sim, da Suprema Corte, que "foi absoluta em afastar a segregação e garantir a igualdade sem separação" (SOUTO, 2015, p. 82, *"passim"*). Souto ainda acrescenta que o "Legislativo Federal já havia aprovado, a essa altura, algumas normas que incentivaram a igualdade sem separação, contudo, a legislação estadual

[7] Cronologicamente, em termos de ações do modelo concentrado de controle de constitucionalidade, o primeiro caso envolvendo a constitucionalidade de ações afirmativas em favor de negros foi objeto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186/DF, Pleno, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJe, 20.out.2014 (BRASIL, 2014.a), envolvendo "atos que instituíram sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (cotas) no processo de seleção para ingresso em instituição pública de ensino superior", qual seja, a Universidade de Brasília (UNB). Também nesse caso, a conclusão do STF foi pela constitucionalidade dos atos impugnados pelos requerentes da ADPF, assinalando-se que "esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa", considerando-se compatíveis com a Constituição da República "medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso País" (BRASIL, 2104.a).

permanecia inalterada" (SOUTO, 2015, p. 81, nota nº 82), sendo inegável, portanto, a atuação contramajoritária da Suprema Corte.

Nos casos examinados pelo STF, já no século XXI, a legislação federal já adotara ações afirmativas, e a resistência a tais ações partiu de grupos sociais outros, que não aceitavam aquelas ações. A atuação do STF, nesse contexto, não foi propriamente contramajoritária, senão que visou confirmar as opções legislativas. A discriminação das minorias, dessa forma, não decorreu da ação estatal (legislativa ou administrativa), mas, sim, da resistência de setores da sociedade em implementar as ações afirmativas, cabendo ao STF, portanto, a função de ratificar, de confirmar, de corroborar as normas jurídicas postas pelo Legislativo ou pelo Executivo.

4.2 Direitos dos homossexuais

Em relação ao que Barroso define como a defesa de direitos dos homossexuais, com a "equiparação das relações homoafetivas às uniões estáveis convencionais e direito ao casamento civil" (BARROSO, 2018, p. 122), há também outra importante peculiaridade, que enfraquece a afirmação de ter havido atuação contramajoritária do STF nesse caso. Foi submetida ao STF, na ADPF nº 132/RJ, Pleno, Relator Ministro Ayres Britto, DJe, 14.out.2011 (BRASIL, 2011), a afirmação de que dispositivos do Decreto-Lei nº 220, de 1975, norma estadual que contém o "Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro", implicavam a "efetiva redução de direitos a pessoas de preferência ou concreta orientação homossexual" (BRASIL, 2011).

No curso da ADPF nº 132/RJ, porém, conforme explicado pelo Ministro Ayres Britto, houve alteração legislativa, de modo que "a legislação fluminense, desde 2007 (art. 1º da Lei nº 5.034/2007), equipara 'à condição de companheira ou companheiro (...) os parceiros homoafetivos que mantenham relacionamento civil permanente, desde que devidamente comprovado, aplicando-se, para configuração deste, no que couber, os preceitos legais incidentes sobre a união estável de parceiros de sexos diferentes'" (BRASIL, 2011). Por força, então, da inovação legislativa, o STF reconheceu ter havido "perda de objeto" da ADPF nº 132/RJ (BRASIL, 2011).

Entretanto, como havia sido também ajuizada a ADI 4.277/DF, Pleno, Relator Ministro Ayres Britto, DJe, 14.10.2011 (BRASIL, 2011.a), o STF entendeu por atribuir interpretação do art. 1.723 do Código Civil conforme a Constituição da República: "Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do

Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de 'interpretação conforme à Constituição'", de modo a se excluir do referido art. 1.723 "qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva" (BRASIL, 2011.a).

Veja-se, então, que, no Rio de Janeiro, antes da atuação do STF, sobreveio a alteração legislativa, tendo o Poder Legislativo daquele Estado atuando em defesa da minoria discriminada. Também aqui, então, não há falar em atuação contramajoritária.

Já no plano da legislação federal, a regra contida no art. 1.723 do Código Civil brasileiro – "É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família" – não era explícita em reconhecer o direito da minoria. Entretanto, também não era claramente discriminatória, razão pela qual foi possível a adoção, pelo STF, da técnica chamada "interpretação conforme", segundo a qual, dentre os vários sentidos possíveis do texto legal, opta-se por aquele que melhor prestigia os ditames constitucionais.

Em realidade, também no que tange ao reconhecimento do direito da minoria homossexual à união estável, se pode dizer que não havia maior resistência no plano legislativo ou administrativo. Por isso, a atuação do STF foi no sentido de referendar as medidas legislativas adotadas, no Estado do Rio de Janeiro, além de ressaltar a "melhor interpretação" do art. 1.723 do Código Civil.

4.3 As comunidades indígenas

Igualmente no que se refere à "demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol em área contínua" (BARROSO, 2018, p. 122), o STF, na PET nº 3.388/RR, Pleno, Relator Ministro Ayres Britto, DJe, 1º.jul.2010 (BRASIL, 2010), considerou válidos atos do Poder Executivo (Portaria nº 534, de 2005, do Ministro de Estado da Justiça, e o Decreto homologatório de 15.04.2005, do Presidente da República), questionados em ação popular. Aqui também o STF referendou, por assim dizer, a conduta do Poder Executivo, que havia atuado na defesa da minoria indígena, cuidando da demarcação da "Reserva Raposa Serra do Sol".

É bem verdade que, para além de confirmar a legalidade dos atos do Poder Executivo, o STF ainda definiu uma séria de medidas pouco usuais, que visaram salvaguardar

a execução da decisão judicial, de modo a assegurar a efetividade dos direitos reconhecidos para a minoria indígena. De todo modo, mais uma vez, a atuação do STF não foi propriamente contramajoritária, mas, sim, atuação confirmatória do comportamento adotado pelo Poder Executivo, ainda que com a constatação da necessidade de definir salvaguardas para tornar efetivo o comportamento do Executivo em favor da minoria.

4.4 Proteção aos judeus

A "proteção aos judeus", mencionada por Roberto Barroso (BARROSO, 2018, p. 122), de igual modo, não pode ser rigorosamente vista como atuação contramajoritária do STF, porque a corte, neste caso, estabeleceu limites para o direito de liberdade de expressão. Não se discutiu nenhuma norma legal que houvesse adotado prática discriminatória contra os judeus, mas, sim, no Habeas Corpus (HC) nº 82.424/RS, Plenário, Relator para o acórdão Ministro Maurício Corrêa (BRASIL, 2004), discutiu-se a configuração de crime de racismo em livro que fez a apologia de preconceitos contra o povo judeu. Nesse cenário, discutiu-se a configuração, ou não, da prescrição penal, sendo, por maioria de votos, denegado o Habeas Corpus, com a afirmação de que a liberdade de expressão é "garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal" (BRASIL, 2004). E, mais, afirmou o STF que o "preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o 'direito à incitação ao racismo', dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra" (BRASIL, 2004).

Impreciso, então, o enquadramento do Habeas Corpus nº 82.424/RS entre as hipóteses de proteção das minorias, porque, essencialmente, o STF atuou, em tal caso, para definir o alcance do direito à liberdade de expressão, tema difícil, típico "hard case", cuja solução não exigiu uma atuação contramajoritária do STF. Não havia, naquele caso, a afirmação de uma prática ou de uma política discriminatória contra os judeus, mas, sim, a discussão sobre a possibilidade da garantia constitucional de liberdade de expressão acobertar textos preconceituosos, caluniosos ou difamatórios. Calhou de o conteúdo racista ser o motivo da ação pena, mas o objeto da discussão, em si, foi a extensão da garantia de liberdade de expressão.

4.5 Duas hipóteses sobre a função contramajoritária do STF no Brasil

Como já afirmado, os quatro exemplos de defesa das minorias, citados por Luís Roberto Barroso, não permitem, estatisticamente, nenhuma conclusão definitiva sobre a função contramajoritária do STF. Não deixa, porém, de ser ilustrativo o fato de que esses quatro exemplos, ou indiquem o exercício de uma função legitimadora das normas emanadas do Poder Legislativo ou do Poder Executivo (itens 4.1, 4.2 e 4.3, *"retro"*), ou tenham abordado o alcance das garantias fundamentais (item 4.4, *"retro"*), sem representar, efetivamente, atuação contramajoritária.

Nesse passo, então, volta-se a importante observação feita por Roberto Dahl, segundo a qual, "em um país onde os direitos básicos são, em termos gerais, respeitados, não se pode esperar uma quantidade significativa de casos em que a Suprema Corte teve que se posicionar firmemente contra uma maioria formada por legisladores" (DAHL, 2009, p. 39). Em linha semelhante, mas criticando o *"judicial review"*, Jeremy Waldron pontua que a "prática do *judicial review* não pode fazer nada a favor dos direitos das minorias se não houver o apoio de toda sociedade aos direitos de minorias" (WALDRON, 2010, p. 155).

Tem-se, aqui, uma primeira hipótese que pode ser coerentemente formulada a partir dos casos exemplares invocados por Barroso: em sociedade que se pretende democrática, formatada por texto constitucional alinhado com a tradição do constitucionalismo, não deverão ser comuns as situações de discriminações contra minorias, praticadas pelo Poder Público, notadamente na esfera legislativa ou executiva. As normas jurídicas, aprovadas em conformidade com o princípio majoritário, excetuados casos raros, não serão normas discriminatórias contra minorias, na medida em que a própria Constituição já conterá declaração de direitos que se contrapõem ao tratamento discriminatório contra as minorias.

Luís Roberto Barroso, conquanto enfatize a relevância da função contramajoritária do STF, reconhece que tal "papel [...] tem sido exercido, como é próprio, com razoável parcimônia", sublinhando que "a Corte deve ser deferente para com a liberdade de conformação do legislador e a razoável discricionariedade do administrador" (BARROSO, 2018, p. 109, *"passim"*). Acrescenta, Luís Roberto Barroso, com base em estatísticas do STF, que, desde 1988, até 2018, "foi possível identificar 93 dispositivos de lei federal declarados inconstitucionais, [...] um número pouco expressivo, ainda mais quando se considera que foram editadas, no mesmo período, nada menos de 5.379 leis ordinárias federais", além de lei complementares (BARROSO, 2018, p. 109, nota nº 58).

Realmente, seria inviável o ordenamento jurídico, em um modelo de Estado Democrático de Direito, se, constantemente, fossem editadas normas jurídicas, ou adotadas práticas administrativas, que representassem agressões a minorias. É pressuposto do modelo

democrático de sociedade que, por via de regra, os direitos das minorias sejam resguardados, e os exemplos aqui examinados, embora elencados, por Barroso, entre casos de atuação contramajoritária do STF em favor de minorias, na verdade, corresponderam a decisões de reafirmação das opções do Legislativo ou do Executivo.

Por outro lado, o reconhecimento de direitos e a proteção das minorias podem não ser suficientes para que, efetivamente, haja o respeito às minorias. A segunda hipótese a se considerar, especialmente no caso brasileiro, é a prevalência da chamada "legislação simbólica", na linha de Marcelo Neves (NEVES, 2007). Não se trata de hipótese excludente da anterior, mas complementar, porque tende a explicar a cena brasileira de atuação contramajoritária do STF.

A legislação simbólica, explica Marcelo Neves, pode ser definida "como produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico" (NEVES, 2007, p. 30). O fenômeno da legislação simbólica, prossegue Neves, se configura "quando o legislador se restringe a formular uma pretensão de produzir normas, sem tomar nenhuma providência no sentido de criar os pressupostos para a eficácia, apesar de estar em condições de criá-los" (NEVES, 2007, p. 31).

No caso brasileiro, a título de conjectura inicial, não se mostra descartável a hipótese de que não falta legislação, isto é, não falta propriamente atuação do Poder Legislativo ou atuação do Poder Executivo. Faltariam, em muitos casos, as condições necessária para efetiva implementação de direitos e garantias das minorias, razão pela qual as normas existentes se configuram como legislação simbólica. Na observação de Marcelo Neves, no caso brasileiro, ter-se-ia a "falta de vigência social da norma", isto é, haveria "um grau muito acentuado de ineficácia" em razão de não haver "orientação generalizada das expectativas normativas de acordo com a lei, seja isso por parte dos cidadãos, organizações, grupos, ou por iniciativa dos órgãos estatais (falta de vigência social)" (NEVES, 2007, p. 51/52, *"passim"*).

Em tal contexto de "falta de vigência social da norma", a atuação do STF ocorreria, então, para reafirmar as opções (simbolicamente) adotadas pelo Legislativo e pelo Executivo, e não para se contrapor a elas (atuação contramajoritária). Por isso, nos casos colacionados por Barroso, em relação às ações afirmativas, a proteção dos homossexuais ou das comunidades indígenas, a decisão do STF, referendando as atuações do Legislativo ou do Executivo, foi de buscar mecanismos para, efetivamente, implementar as decisões já contidas nas normas jurídicas. Trata-se, insista-se, de mera conjectura, hipótese a ser examinada em

outros trabalhos, a partir de uma compreensão mais realista da função contramajoritária do STF.

5 CONCLUSÃO

Teoricamente, a função contramajoritária das cortes constitucionais é reconhecida como dado legitimador do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, sendo a explicação mais comum para superar a chamada dificuldade contramajoritária.

No caso do Supremo Tribunal Federal, porém, a partir de casos paradigmáticos relacionados por Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2018), constatou-se que apenas aparentemente houve atuação contramajoritária do STF, na suposta "proteção" de minorias (negros, homossexuais e indígenas). Análise mais detida revelou que, em verdade, nesses casos exemplares, o Supremo Tribunal Federal atuou de forma a legitimar ou referendar as decisões do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, que haviam editado regras que buscavam proteger grupos minoritários.

Essa revelação, cabe pontuar, não discrepa da lição doutrinária, na medida em que se reconhece a excepcionalidade da atuação contramajoritária das cortes constitucionais. Isso porque, se se tratasse de atividade corriqueira, haveria inequívoca corrupção do sistema jurídico, visto que, em sociedades que reconhecem os direitos fundamentais, a proteção às minorias, ou a não-discriminação delas dever ser a tônica. Apenas como exceção, assim, deve haver a atuação contramajoritária das cortes constitucionais, em defesa das minorias desrespeitadas. Dessa maneira, ao final do artigo, puderam ser assinaladas duas hipóteses que explicam o fato de que, nos casos exemplares citados por Luís Roberto Barroso, o STF não atuou de forma contramajoritária.

A primeira hipótese é, justamente, a de que esse fenômeno decorre do fato de que, no sistema jurídico brasileiro, a proteção das minorias já se inicia no texto constitucional, motivo pelo qual a atuação do Poder Legislativo e do Poder Executivo, inclusive na criação de normas jurídicas, já é pautada pelo respeito aos direitos das minorias. Consequentemente, por via de regra, são raros os casos de violação aos direitos das minorias.

A segunda hipótese, consequência da primeira, conjectura que a atuação do Legislativo e do Executivo ocorre no campo da "legislação simbólica", razão pela qual o STF

não precisaria atuar contramajoritariamente, mas, sim, na implementação efetiva das garantias (simbolicamente) reconhecidas às minorias.

Certo é que o aprofundamento do estudo em torno da função contramajoritária das cortes constitucionais, no cenário brasileiro, descortina novas hipóteses, novas paisagens, cujo exame se impõe em novos trabalhos, que busquem melhor explicar o papel cumprido pela corte constitucional brasileira.

REFERÊNCIAS

ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo que não erra. *In*: VIEIRA, Oscar Vilhena; e GLEZER, Rubens (organização). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso.** Rio de Janeiro: FGV Editora, p. 81-107.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A função contramajoritária da Constituição Brasileira de 1988 em proteger minorias: Estudo sobre ADInO. n. 26. *In:* MIRANDA, Jorge; MORAIS, José Luis Bolzan de; RODRIGUES, Saulo Tarso; e MARTIN, Nuria Belloso (organizadores). **Hermenêutica, Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais.** Juruá: Curitiba, 2016, p. 371-400.

BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal.** Belo Horizonte: Fórum, 2018.

_____ **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Marcelo dos Santos. Da inclusão das minorias e dos grupos vulneráveis: uma vertente eficaz e necessária para a continuidade da ordem jurídica constitucional. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC.** São Paulo: ESDC, nº 18. jul/dez 2011, p. 39-69. Disponível em: http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-039-Artigo_Marcelo_dos_Santos_Bastos_(Da_Inclusao_das_Minorias_e_dos_Grupos_Vulneraveis).pdf. Acesso em: 02 fev. 2019.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch – The Supreme Court ato the bar of politics.** 2 ed. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

BRANDÃO, Rodrigo. O limitado estoque de decisões contramajoritárias na jurisdição constitucional. *In*: VIEIRA, Oscar Vilhena; e GLEZER, Rubens (organização). **A razão e o**

voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV Editora, p. 420-437.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 41/DF.** Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, Distrito Federal, 8 de junho de 2017. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília/DF, 17 de agosto de 2017. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729. Acesso em: 31.mar.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário (RE) nº 597.285/RS.** Recorrente: Giovane Pasqualito Fialho. Recorrida: Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRS. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, Distrito Federal, 9 de maio de 2012. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília/DF, 18 de março de 2014. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5455998. Acesso em: 31.mar.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186/DF.** Requerente: Democratas. Requeridos: Reitor da Universidade de Brasília – UNB e Centro de Seleção e de Promoção de Eventos da UNB. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, Distrito Federal, 26 de abril de 2012. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília/DF, 20 de outubro de 2014.a, Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693. Acesso em 31.mar.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132/RJ**. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Requeridos: Tribunais de Justiça dos Estados e Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator Ministro Ayres de Brito. Brasília, Distrito Federal, 5 de maio de 2011. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília/DF, 14 de outubro de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 10.dez.2018. Acesso em: 31.mar.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277/DF**. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República

e Congresso Nacional. Relator Ministro Ayres de Britto. Brasília, Distrito Federal, 5 de maio de 2011. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília/DF, 14 de outubro de 2011.a. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635. Acesso em: 31.mar.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição (PET) nº 3.388/DF.** Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Requeridas: União Federal e Fundação Nacional do Índio - FUNAI. Relator Ministro Ayres de Britto. Brasília, Distrito Federal, 19 de março de 2009. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília/DF, 1º de julho de 2010. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133. Acesso em 31.mar.2019.

DAHL, Robert. Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais. Tradução brasileira do Grupo Primacy Translations. *In:* **Revista de direito administrativo.** Rio de Janeiro: FGV, set/dez, 2009, p. 25/43.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

OLIVEIRA, Fabiana Luci. Supremo Relator: Processo decisório e mudanças na composição do STF nos governos FHC e Lula. **Revista Brasileira de Ciências Sociais.** São Paulo: Vol. 27, nº 80, 2012, p. 89-115.

OLIVEIRA, Jadson; e GOMES, Irandavid. O constitucionalismo popular norte-americano e as bases para a construção de um estado democrático de direito. *"In"*: **Revista Pensamento Jurídico.** São Paulo: FADISP. Vol. 12, nº 1, jan./jun. 2018, p. 9-23.

SALDANHA, Nélson. **O estado moderno e a separação de poderes.** São Paulo: Saraiva, 1987.

SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos – Principais decisões.** 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao *Judicial Review*. Tradução de VILLELA, Adauto; e CARVALHO, Geraldo de. *In*: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. **Legitimidade da jurisdição constitucional.** Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2017, p. 93-157.

VIEIRA, Oscar Vilhena; e GLEZER, Rubens (organização). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso.** Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.