

CONTRAMAJORITÁRIO, REPRESENTATIVO E ILUMISTA:
OS PAPÉIS DAS CORTES CONSTITUCIONAIS NAS DEMOCRACIAS
CONTEMPORÂNEAS

LUÍS ROBERTO BARROSO¹

I. INTRODUÇÃO

1. Eu tenho muito prazer e muita honra de estar aqui e de compartilhar com todos algumas ideias e algumas reflexões sobre o papel das cortes constitucionais em novas democracias. Agradeço à Universidade de Nova York, ao Centro de Estudos Europeus e Mediterrâneos e à Professora Christine Landried a gentileza do convite. Apenas para me apresentar em uma frase, eu fui militante no movimento estudantil contra o regime militar no Brasil na segunda metade da década de 70, sou professor de direito constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro desde meados dos anos 80, fiz meu LL.M na Yale Law School (1988-89) e fui *visiting scholar* na Harvard Law School (2011). Desde junho de 2013 eu sou ministro do Supremo Tribunal Federal.

2. O Brasil se encontra sob poder civil desde 1985 e sob uma Constituição democrática desde 1988. Somos uma das maiores democracias de massas contemporâneas – cerca de 110 milhões de pessoas votaram nas eleições presidenciais do ano passado – e uma das dez maiores economias do mundo. Nos últimos tempos, temos vivido uma grave crise política e econômica, com escândalos de corrupção de largo espectro e recessão econômica. Os últimos anos têm sido um teste duro para as instituições democráticas brasileiras, que têm se mostrado sólidas, apesar da sensação generalizada de que, em diferentes espaços da vida nacional, o mal venceu.

3. Como os países latino-americanos em geral, é comum a percepção de que o Brasil tem uma tradição de hegemonia do Executivo e de um Legislativo frágil e um tanto descolado da sociedade. A grande novidade na paisagem política das últimas

¹ Ministro do Supremo Tribunal Federal. Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

duas décadas é a de um Judiciário forte e atuante, inclusive e notadamente a Suprema Corte. O país vive um momento de significativa judicialização das grandes questões políticas, sociais e morais. Essa judicialização é potencializada e tornada mais visível por algumas singularidades do modelo brasileiro de jurisdição constitucional.

4. O poder da Suprema Corte e este grau relevante de judicialização da vida constituem o tema da minha apresentação, que dividi em duas partes. Na primeira, apresento brevemente algumas características do modelo brasileiro de justiça constitucional. Na segunda, procuro identificar os diferentes papéis desempenhados pelo Supremo Tribunal Federal ao longo dos últimos anos.

Parte I

O MODELO BRASILEIRO DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

I. UM SISTEMA ECLÉTICO OU HÍBRIDO

5. O Brasil adota um próprio de controle de constitucionalidade, que combina aspectos do sistema americano e do sistema europeu. Do sistema americano, colhemos o controle incidental e concreto: todo juiz ou tribunal interpreta a Constituição ao julgar os casos que lhe são submetidos, podendo inclusive deixar de aplicar norma que considere inconstitucional. Do sistema europeu temos a possibilidade de ajuizamento de ações diretas perante a Suprema Corte, nas quais se discute em tese (isto é, independentemente de um caso ou controvérsia) a constitucionalidade ou não de uma lei.

II. AMPLA LEGITIMAÇÃO ATIVA PARA PROPOR AÇÕES DIRETAS

6. Outra característica do sistema que merece destaque é o amplo elenco de órgãos, agentes públicos e entidades privadas que podem propor ações diretas perante o Supremo Tribunal Federal. A própria Constituição prevê expressamente esse direito de propositura, que pode ser exercido, por exemplo, por autoridades federais (Presidente da República, Procurador-Geral da República), por autoridades estaduais (Governadores dos Estados) e órgãos públicos (Senado Federal, Câmara dos Deputados,

Assembleias Legislativas). Porém, mais singularmente, ações diretas podem ser propostas pela Ordem dos Advogados, por partidos políticos, por entidades de classe de âmbito nacional e pelas confederações sindicais.

7. Da existência de ações diretas com amplo direito de propositura resultam duas consequências importantes. A primeira é que toda e qualquer questão de algum relevo pode ser levada à discussão perante o Supremo Tribunal Federal. A segunda é que o Tribunal muitas vezes tem de apreciar matérias em primeira mão, sem que tenha havido prévia discussão nos outros graus de jurisdição. E não há como o Tribunal recusar jurisdição nestes casos, pois ações diretas não estão sujeitas a juízos discricionários de admissibilidade (para os recursos extraordinários exige-se “repercussão geral”, que é *prima distante do writ of certiorari*). A única coisa possível de se fazer – e o Tribunal por vezes faz – é retardar o julgamento da matéria.

III. AUDIÊNCIAS PÚBLICAS E TRANSMISSÃO DOS JULGAMENTOS PELA TELEVISÃO ABERTA

8. Existem duas outras peculiaridades do sistema brasileiro de jurisdição constitucional que merecem registro. A primeira delas é a possibilidade de o relator do caso convocar uma audiência pública. Não é incomum que especialistas e entidades interessadas sejam chamadas para apresentar seus pontos de vista perante o Tribunal, antes do julgamento da questão. (Eu mesmo convoquei uma, no primeiro semestre, para discutir o tema do ensino religioso em escolas públicas, tendo convidado representantes de todas as principais religiões – católicos, protestantes, neopentecostais, judeus, muçulmanos, budistas, cultos africanos – e dos ateus. Devo levar o caso a julgamento no primeiro semestre do próximo ano).

9. A segunda peculiaridade é a transmissão ao vivo, em TV aberta, tanto das sustentações orais (*hearings*) como dos debates e a deliberação entre os ministros (o que nos Estados Unidos e na maior parte do mundo é feito em conferência interna) e a proclamação dos votos. Embora seja um tanto atípico, é da tradição brasileira que os julgamentos, incluindo a fase dos debates e da deliberação, sejam públicos. O que há de muito particular em relação ao Supremo Tribunal Federal é a transmissão ao vivo

pela televisão (e simultaneamente pelo canal do Tribunal no *youtube*). Há muitos críticos desse modelo, sob o fundamento de que a visibilidade dificulta a construção de consensos e traz o risco de politização indevida, na medida em que os ministros, de certa forma, podem ser influenciados pela opinião pública. Na prática, um dos maiores problemas foi que os votos se tornaram mais longos, conforme constatado em pesquisa empírica feita em trabalho de doutorado do qual sou orientador.

10. Apesar de existirem algumas desvantagens, penso que os benefícios são maiores do que as perdas. O Brasil é um país no qual o imaginário social supõe que por trás de cada porta fechada estão ocorrendo tenebrosas transações. Nesse contexto, a imagem de 11 juízes debatendo de forma intensa – e geralmente civilizada – para produzir uma solução faz bem para o sistema de justiça em geral. O aumento da visibilidade e um certo caráter didático das sessões de julgamento faz bem para a justiça do país.

Parte II

OS DIFERENTES PAPÉIS DESEMPENHADOS PELA SUPREMA CORTE BRASILEIRA

I. OS PAPÉIS DAS CORTES CONSTITUCIONAIS

11. Supremas cortes e tribunais constitucionais em todo o mundo desempenham, ao menos potencialmente, três grandes papéis ou funções. O primeiro deles é o papel contramajoritário, que constitui um dos temas mais analisados pela teoria constitucional dos diferentes países. Em segundo lugar, cortes constitucionais desempenham, também, um papel representativo. Este papel, que se tornou particularmente relevante no Brasil, tem sido largamente ignorado pela doutrina em geral, que parece não ter se dado conta da sua existência. Por fim, e em terceiro lugar, supremas cortes e tribunais constitucionais podem exercer, em certos contextos, o papel de vanguarda iluminista. A seguir, uma breve nota sobre cada uma dessas três funções.

II. O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO

12. O papel contramajoritário identifica, como é de conhecimento geral, o poder de as cortes supremas invalidarem leis e atos normativos, emanados tanto do Legislativo quanto do Executivo. A possibilidade de juízes não eleitos sobrepuem a sua interpretação da Constituição à de agentes públicos eleitos recebeu o apelido de “dificuldade contramajoritária” (Alexander Bickel, *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*, 1986, p. 16 e s. A primeira edição do livro é de 1962).

13. Como assinalado, este é um dos temas mais estudados na teoria constitucional. Apesar da subsistência de visões divergentes, entende-se que este é um papel legítimo dos tribunais, notadamente quando atuam, em nome da Constituição, para protegerem os direitos fundamentais e as regras do jogo democrático, mesmo contra a vontade das maiorias.

14. No Brasil, ao contrário do que se poderia supor, o Supremo Tribunal Federal desempenha este papel com parcimônia e autocontenção. É relativamente reduzido o número de leis federais declaradas inconstitucionais. Aqui uma observação é importante: o nível de judicialização no país é muito elevado, em razão de termos uma Constituição abrangente, que cuida de uma grande diversidade de matérias que, na maioria dos países, é deixada para a lei e para o processo político majoritário. Questões como pesquisas com células tronco embrionárias, cotas raciais para ingresso nas universidades públicas e demarcação de terras indígenas, para citar três exemplos, tiveram o seu último capítulo perante a Corte Suprema. Mas o fato de haver judicialização não se confunde com ativismo judicial.

15. Aqui merece registro uma distorção que se tornou muito evidente no Brasil. Quando a lei que permitiu pesquisas com células tronco embrionárias foi aprovada no Congresso, houve pouco debate público e quase nenhuma visibilidade da matéria. No entanto, quando a lei foi questionada perante o Supremo Tribunal Federal, houve um debate nacional nos meios de comunicação e na sociedade acerca do tema. Ou seja: no contexto brasileiro atual, o debate judicial teve mais exposição e participação pública do que o debate no Poder Legislativo. Como intuitivo, não era para ser assim.

16. Retomando os três casos citados acima – pesquisas com células tronco, cotas raciais e demarcação de terras indígenas –, a despeito da judicialização e do debate público que provocaram, as decisões proferidas ao final foram de autocontenção, mantendo as leis aprovadas pelo Congresso, nos dois primeiros exemplos, bem como o ato do Presidente da República, no terceiro. É certo, porém, que as hipóteses em que o Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade de uma lei, embora limitadas, têm grande visibilidade. Vejam-se dois exemplos recentes:

Exemplo 1. O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a lei que regulava a participação de empresas no financiamento eleitoral. (Alguns ministros entenderam que o direito de participação política só valia para cidadãos, e não para empresas. Outros entenderam que empresas podem participar do financiamento eleitoral se o Congresso assim decidir, mas que a lei era inconstitucional por não impor certas restrições mínimas que seriam exigíveis – como, por exemplo, a empresa que doou recursos não poder contratar com o governo que ajudou a eleger ou a empresa que obteve empréstimo de bancos públicos não poder participar do financiamento eleitoral).

Exemplo 2. Em julgamento ainda em curso, e suspenso por um pedido de vista², já há três votos no sentido da descriminalização do porte de maconha para consumo pessoal, declarando-se inconstitucional a lei que prevê este fato como crime. Eu mesmo votei nesse sentido. A matéria provocou um debate nacional.

III. O PAPEL REPRESENTATIVO

17. Cortes constitucionais em geral, e o Supremo Tribunal Federal em particular, desempenham, também, em diversas situações, um papel representativo. Isso ocorre quando atuam (i) para atender demandas sociais que não foram satisfeitas a tempo e a hora pelo Poder Legislativo, (ii) bem como para integrar (completar) a ordem jurídica em situações de omissão inconstitucional do legislador.

² Pedido de vista é a possibilidade de um juiz suspender o julgamento já iniciado para estudar melhor a hipótese.

18. Alguns exemplos da Corte brasileira ilustram o que se vem de afirmar. O primeiro: em uma ação direta, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional toda e qualquer nomeação de parentes até o terceiro grau para cargos públicos de livre nomeação nos três Poderes. Pelo conhecimento convencional, seriam exigíveis lei federal e leis estaduais para impor esse tipo de restrição. No entanto, apesar da ampla cobrança por parte da sociedade, as leis não vinham. Diante disso, o Tribunal extraiu tal proibição dos princípios constitucionais da moralidade administrativa e da impessoalidade.

19. Um segundo exemplo. Existe imensa demanda social no Brasil por uma reforma política. Uma das queixas da sociedade é a mudança constante de parlamentares de um partido para outro. O Congresso, no entanto, não aprovava lei restringindo esta prática. O Supremo Tribunal Federal, em uma de suas decisões mais proativas, decidiu, com base no princípio democrático, que a mudança de partido fraudava a vontade do eleitor. E, conseqüentemente, assentou que parlamentar que mudasse de partido após aquele julgamento perderia o mandato.

20. Por fim, um exemplo de intervenção representativa do Judiciário diante da omissão do Congresso em regulamentar dispositivo constitucional. A Constituição brasileira de 1988 prevê o direito de servidores públicos fazerem greve, mas subordinou tal direito à prévia aprovação de uma lei pelo Poder Legislativo, disciplinando a matéria. Passados 20 anos do início da vigência da Constituição, a lei ainda não havia sido aprovada, gerando grande polêmica acerca da possibilidade de greve por servidores e quais os requisitos que ela deveria observar. Diante disso, o próprio Tribunal disciplinou a matéria, mandando aplicar, por analogia, a lei que cuida do tema no setor privado, até que o Congresso finalmente venha a editar a lei. Uma curiosidade: diante da multiplicação de greves no setor público, eu mesmo pedi vista de um caso, para considerar a possibilidade de criação de uma instância de negociação e de solução de litígios entre as partes, que evite ou abrevie as greves. Uma alternativa seria propor uma regulamentação provisória, até que o Congresso atue.

21. Por fim, situa-se entre o papel contramajoritário e o papel representativo decisões dos tribunais – proferidas ou confirmadas pelo Supremo Tribunal Federal – que interferem com a execução de políticas públicas. Nessa linha, há julgados envolvendo o tema da concretização de direitos sociais, nas quais se determinam providências (prestações positivas) como fornecimento de medicamentos, melhoria das condições de hospitais e escolas, realização de obras de saneamento e reformas de presídios, entre outras.

IV. O PAPEL ILUMINISTA

22. Por fim, em situações excepcionais, com grande autocontenção e parcimônia, cortes constitucionais devem desempenhar um papel iluminista. Vale dizer: devem promover, em nome de valores racionais, certos avanços civilizatórios e empurrar a história. São decisões que não são propriamente contramajoritárias, por não envolverem a invalidação de uma lei específica; nem tampouco são representativas, por não expressarem necessariamente o sentimento da maioria da população.

23. Ainda assim, são necessárias para a proteção de direitos fundamentais e para a superação de discriminações e preconceitos. Situa-se nessa categoria a decisão da Suprema Corte americana em *Brown v. Board of Education*, deslegitimando a discriminação racial nas escolas públicas, e a da Corte Constitucional da África do Sul proibindo a pena de morte. No Brasil, foi este o caso do julgado do Supremo Tribunal Federal que equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis convencionais, abrindo caminho para o casamento de pessoas do mesmo sexo.

24. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal começou a julgar um caso envolvendo o direito de transexuais serem tratados socialmente de acordo com a sua identidade de gênero. O que inclui nome social, pronome de tratamento e uso de banheiros de acesso público, para citar algumas das questões relevantes. Quem pode proteger os direitos de uma minoria assim estigmatizada se não a Suprema Corte? Neste caso, de que sou relator, também houve um pedido de vista e o julgamento está suspenso.

25. Um último ponto antes de enunciar minha conclusão. Desde que cheguei ao Tribunal, em junho de 2013, tenho procurado, em certos casos, estabelecer um diálogo institucional com o Congresso. Embora, do ponto de vista formal, caiba à Suprema Corte a última palavra sobre a interpretação da Constituição, tal competência não deve significar supremacia nem muito menos arrogância judicial. Em mais de um caso em que havia omissão do legislador ou vácuo decorrente da declaração de inconstitucionalidade de alguma lei, propus uma solução que deveria ser aplicada a partir de 180 dias ou um ano, para que o Congresso pudesse dispor sobre a matéria durante este tempo, se assim desejasse. A ideia ainda não se tornou dominante, mas acho que tem uma chance razoável de ser adotada em algumas situações.

CONCLUSÃO

26. As ideias que defendo para o Brasil são distintas, em alguma medida, das posições sustentadas por autores ilustres, como Ran Hirschl, Mark Tushnet e Jeremy Waldron, sendo que os dois últimos participam deste evento. As diferenças se devem, em parte, à realidade específica do Brasil e, em parte, a concepções diferentes sobre a democracia e os papéis do Legislativo e dos tribunais constitucionais.

27. Não terei tempo aqui de aprofundar o tema. Registro apenas que, no caso brasileiro, não se aplica a premissa de Hirschl de que o Judiciário tornou-se o último refúgio das elites diante da democratização da sociedade. No Brasil, por circunstâncias diversas, o Judiciário e o próprio Supremo Tribunal Federal são, no geral, mais liberais/progressistas que o Legislativo, onde a influência do poder econômico se tornou excessiva e distorciva da representação.

28. No tocante à posição de Waldron, infelizmente não se encontram presentes no Brasil as pré-condições (“*assumptions*”) por ele enunciadas e que tornam a jurisdição constitucional dispensável ou menos relevante (pessoalmente, tenho dúvida se algum país do mundo preenche integralmente tais condições, mas esta seria uma outra estória). Quanto a Tushnet, penso que minha defesa dos diálogos institucionais, que no

Brasil talvez tenham uma perspectiva mais real do que, por exemplo, no Canadá, aproxima-se de sua visão mais recente na matéria.

29. O Brasil enfrenta muitos problemas que vêm de longe. Conseguimos avançar muito, mas ainda estamos atrasados e com pressa. Por essa razão, é preciso ir buscar soluções e respostas originais, fora da caixa. O debate de ideias deve ser universal, mas as soluções devem ser particulares. Nem tudo o que eu penso e disse pode ser universalizado. Cada povo carrega a sua própria história, as suas circunstâncias e os seus desafios. Porém, na frase feliz de Albert Einstein, “não podemos resolver nossos problemas pensando do mesmo modo como pensávamos quando os criamos” (“We cannot solve our problems with the same thinking we used when we created them”).