

O MITO CONTRAMAJORITÁRIO*

THE COUNTERMAJORITARIAN MYTH

Igor de Lazari[†]

Carlos Bolonha^{††}

SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. Democracia e Maiorias; 3. Dois Modelos Contramajoritários; 3.1. Contramajoritarismo Popular; 3.2. Contramajoritarismo Político; 4. Conclusão; 5. Referências bibliográficas.

RESUMO: Há uma dificuldade essencial à identificação de minorias, da qual decorre a precariedade da noção contramajoritária. Podem-se definir duas espécies de minorias, políticas e populares, que implicam na dualidade contramajoritária. Ambas as espécies contramajoritárias compartilham de obstáculos à sustentação. Certamente, o caráter contramajoritário das decisões da Corte não é facilmente verificado, exigindo-se cautela ao emprego terminológico. Estudo comparado entre Estados Unidos e Brasil, apreciadas a opinião pública, aspectos institucionais das Cortes Supremas brasileira e Norte-americana, e aspectos histórico-democráticos dos diálogos entre Poderes, sugere que o contramajoritarismo, em qualquer de suas espécies, não é tão evidente como normalmente sugere a doutrina.

* Este artigo foi elaborado no âmbito do Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições (LETACI), vinculado à Faculdade Nacional e ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, com financiamento da Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ) pela concorrência do Edital nº 9 de 2011 (Processo nº E-26/111.832/2011), além de Bolsa de Iniciação Científica-IC (Processo nº E-26/102.240/2011), e do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) pela concorrência do Edital Universal de 14/2011 (Processo nº 480729/2011-5).

[†] Graduando em Direito da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Técnico Judiciário da Justiça Federal da 2ª Região (SJRJ/TRF2). E-mail: igorlazari@ufrj.br.

^{††} Professor Adjunto da Faculdade Nacional de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. E-mail: bolonhacarlos@gmail.com.

PALAVRAS-CHAVE: Minorias, Cortes Supremas, Diálogos, Poderes, Contramajoritarismo

ABSTRACT: There is an essential difficulty in identifying minorities, which results in the precariousness of the countermajoritarian notion. Two kinds of minorities can be defined, political and popular minorities, that imply a countermajoritarian duality. Both of them share obstacles to their sustainability. Certainly, the countermajoritarian character of the Court decisions is not easily verified, what requires a special attention on the use of that terminology. A comparative study between the United States and Brazil, taking for account the public opinion, institutional aspects of the Brazilian and American Supreme Courts, and historical and democratic aspects of the Branches dialogues demonstrate that the countermajoritarian theory, in any of its versions, is not as much evident as the doctrine suggests.

KEYWORDS: Minorities, Supreme Courts, Dialogues, Branches, Countermajoritarianism

1. Introdução

Tamanho a frequência do emprego do termo *contramajoritarismo*, que é negligenciada a dificuldade conceitual de que dispõe. Note-se, no entanto, que se trata de dificuldade metonímica. Isto é, a carência de definição clara do que se compreende, ou do que se tem compreendido propriamente por minorias, e, por exclusão, maiorias, concorre, *ipso facto*, para a fragilidade conceitual do majoritarismo (que envolve também a contraface contramajoritária). A ausência de precisão conceitual permite que maiorias, especialmente, sustentem que quase qualquer decisão judicial reflita perspectivas majoritárias, haja vista sempre (ou quase sempre) existir alguma maioria com a qual a decisão seja coerente¹.

Propõe-se, pois, rediscutir a teoria majoritária, a fim de compreender aspectos essenciais comuns e elucidar definições reiteradamente deslizantes. Ao longo do debate contramajoritário, diálogos multifacetários adotaram diferentes concepções das maiorias. Podem, entretanto, ser satisfatoriamente reduzidas a duas categorias: (i)

¹ PILDES, Richard. "Is The Supreme Court a Majoritarian Institution". *The Supreme Court Review*, 2010, pp. 14;50

maiorias populares, ou maiorias de razão social (compreendamo-na, por ora, como grupos populares de interesse, numérica (CPr1) ou ideologicamente (CPr2) majoritários), com as quais se filia ou das quais decorre *contramajoritarismo popular* (CPr); e (ii) *maiorias políticas*, ou maiorias de razão política (por ora, coalizões políticas aptas à fixação ou retificação de diretrizes de governo), com as quais se filia ou das quais decorre *contramajoritarismo político* (CPo). CPo, particularmente, fraciona-se em CPo1 (*lacto sensu*), pelo qual toda e qualquer decisão do judiciário que contrarie produtos decisoriais políticos, e legítimos, deve ser dita contramajoritária; e CPo2 (*stricto sensu*) no âmbito do qual se afasta a compreensão do judiciário como estrutura alinhada às maiorias políticas, e tomam-se por pressupostos a independência política do judiciário e análise casuística dos procedimentos decisoriais, ditas contramajoritárias as decisões independentes que contrariem interesses daquelas maiorias.

2. Democracia e Maiorias

O ideal de democracia há muito se coaduna com um fenômeno de *maiorias*². Aliás, diria Tocqueville, “é da própria essência da democracia que o poder das maiorias deva ser absoluto”³.

Entretanto, admite-se hodiernamente que a democracia -- compreendamo-na meramente como estrutura participativa, na qual cidadãos razoáveis possam discordar⁴, ou participar das discussões acerca da autorização de exercício de poder estatal⁵ -- pressupõe também a possibilidade de minorias insurgentes participarem, de alguma

² Os estudos de Dahl coadunam-se à percepção da democracia como fenômeno de maiorias. As conclusões, entretanto, derivam de tratados clássicos acerca (“[...] it is not at all difficult to show by appeals to authorities as various and imposing as Aristotle, Locke, Rousseau, Jefferson, and Lincoln that the term democracy means, among other things, that the power to rule resides in popular majorities and their representatives [...] [n]o amount of tempering with democratic theory can conceal the fact that a system in which the policy preferences of minorities prevail over majorities is at odds with the traditional criteria for distinguishing a democracy from other political systems”). Dahl DAHL, Robert. “Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as National Policy-Maker”. *Journal of Public Law*, No. 6, 1957, p. 283

³ TOCQUEVILLE, Alexis de. **Democracy in America and Two Essays on America**. London: Penguin Classics, 2003, p. 287. Do original em francês: “*Il est de l'essence même des gouvernements démocratiques que l'empire de la majorité y soit absolu; car en dehors de la majorité, dans les démocraties, il n'y a rien qui résiste*”.

⁴ Cf. DAHL, op. cit.

⁵ COHEN, Joshua. “Procedure and substance in deliberative democracy”. In: BOHMAN, James & REHG, Willian. **Deliberative democracy: Essays on reason and politics**. Cambridge: MIT Press, 1997. p. 407

forma, das decisões políticas⁶. Ao Judiciário atribui-se a competência de assegurá-los o direito, quando carentes de amparo político⁷. Daí decorre essencial dificuldade – Hamilton, entretanto, afirma que a interpretação constitucional, instrumento do qual se utiliza o Judiciário, “*by any means suppose a superiority of the judicial to the legislative power. It only supposes that the power of the people is superior to both*”⁸. Bickel, entretanto, sugere precisamente o contrário⁹: de forma alguma declarações de inconstitucionalidades possam descrever superioridade do povo; fazê-lo, na verdade, frustra a soberania popular (assim chamada dificuldade contramajoritária)¹⁰. Ademais, em Bickel, o *judicial review* é não apenas dificuldade, mas “*a deviant institution in the American Democracy*”¹¹.

Tecnicamente, todavia, não há de se compreender dificuldade na atividade da Corte. É inerente eventual acordo com preferências de maiorias contrárias àquelas de minorias, e reciprocamente¹². Porquanto, tão válido ou tão lógico quanto pressupor suposta dificuldade contramajoritária é pressupor dificuldade majoritária, da qual

⁶ Diz-se hodiernamente, pois a democracia americana é, à origem, exercício ‘omnipotente’ das maiorias. TOCQUEVILLE, op. cit., p. 289 (“The moral authority of the majority is also founded upon the principle that the interests of the greatest number must take precedence over those of the smallest [...] The omnipotence of the majority and the swift and absolute manner of the execution of its will in the United States not only increase the instability of the law but also have the same effect on the enactment of the law and the activity of public administration”)

⁷ “[...] *the most important policy function of the Court is to protect rights that are in some sense basic or fundamental. Thus (the argument might run) in a country where basic rights are, on the whole, respected, one should not expect more than a small number of cases where the Court has had to plant itself firmly against a lawmaking majority. But majority may, on rare occasions, become “tyrannical”; and when they do, the Court intervenes; and although the constitutional issue may, strictly speaking, be technically open, the Constitution assumes an underlying fundamental body of rights and liberties which the Court guarantees by its decision*”. DAHL, op. cit., p. 291

⁸ HAMILTON, Alexander. **The Federalist Papers**, No. 78. London: Penguin, 1987, p. 439

⁹ Sobre a o fragmento federalista, sustentara Bickel, “*the Word “people” so used is an abstraction. Not necessarily a meaningless or a pernicious one by any means; always charged with emotion, but nonrepresentational – an abstraction obscuring the reality that when the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will of representatives of the actual people of the here and now; it exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it*”. BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. New Haven: Yale University Press, 1962, p. 16-17

¹⁰ “*The root difficulty is that judicial review is a counter-majoritarian force in our system*”. Op. cit., p. 16. Vide nota 19

¹¹ *Idem*. p. 18. Dahl utiliza-se dos mesmos termos, mas é um tanto cético quanto à dificuldade (“*if the Court did in fact uphold minorities against national majorities, as both its supports and critics often seem to believe, it would be an extremely anomalous institution from a democratic point of view*”). Dele depreende-se que a Corte não funcionou, e não poderia funcionar, da forma contramajoritária como problematizara Bickel. DAHL, op. cit., p. 291; PILDES, op. cit., p. 2

¹² Dahl demonstrara que, em qualquer hipótese, o produto decisional da Corte coaduna-se a interesses de determinado grupo, minoritário ou majoritário (*Strictly speaking, then, no matter how the Court acts in determining the legality or constitutionality of one alternative or the other, the outcome of the Court’s decision must either (1) accord with the preferences of a minority of citizens and run counter to the preferences of a majority; (2) accord with the preferences of a majority and run counter to the preferences of a minority; or (3) accord with the preferences of a minority and run counter to the preferences of another minority, the rest being indifferent*). DAHL, op. cit. 282

decorre a tirania das maiorias¹³. Não significamos a dificuldade contramajoritária ou a tirania devam ser suportadas tampouco reconhecidas, tão somente sejam esses os silogismos doutrinários. A Corte, pois, invariavelmente atenta à democracia, (a) ao defender interesses minoritários (democracia como fenômeno de maiorias), ou (b) ao negligenciá-los (democracia como isonomia, ou qualquer outra coisa do gênero)¹⁴. É de rigor, destarte, que a discussão releve máximas democráticas, quanto às quais não alcança conclusões resolutivas. Trata-se, indubitavelmente, de dificuldade paradoxal, na qual o produto das decisões judiciais (qualquer que seja) atenta, invariavelmente, à democracia, mesmo quando o faça (a instituição judiciária) motivada pelos mais nobres interesses em defendê-la¹⁵.

3. Dois Modelos Contramajoritários

O trato contramajoritário dispõe de essencial dificuldade quanto à identificação de maiorias. Precipuamente, sustentamos que maiorias são reduzíveis a categorias: i) *maiorias populares* e ii) *maiorias políticas*¹⁶, das quais derivam, respectivamente, i) *contramajoritarismo popular* e ii) *contramajoritarismo político*.

3.1. Contramajoritarismo Popular (CPr)

O contramajoritarismo decorre do caráter das decisões. A carência de representatividade e o reduzido número de indivíduos dotados de poder de decisão, pois, não fazem da Corte instituição intrinsecamente contramajoritária. Decisões judiciais

¹³ Trata a tirania da “*maxim that in matters of government the majority of a nation has the right to do everything I regard as unholy and detestable; yet, I place the origin of all powers in the will of the majority*”. TOCQUEVILLE, op. cit., p. 292

¹⁴ Trata-se do paradoxo identificado por Dahl: “[F]rom entirely reasonable and traditional definitions of popular sovereignty and political equality, the principle of majority rule can be shown to follow by logical necessity. Thus to affirm that the Court supports minority preferences against majorities is to deny that popular sovereignty and political equality, at least in the traditional sense, exist in the United States; and to affirm that the Court ought to act in this way is to deny that popular sovereignty and popular equality ought to prevail in this country”. DAHL, op. cit., p. 283

¹⁵ A adoção de postura minimalismo pode ser útil à superação das dificuldades democráticas do exercício judicial, discussão adotada na parte II deste trabalho. Acerca do minimalismo cf. SUNSTEIN, Cass. “Beyond Judicial Minimalism”. **University of Chicago Public Law and Legal Theory**, No. 237

¹⁶ Vulgarmente, sob olhar precário, coadunam-se maiorias popular e política às maiorias tópica (“*the majority and minority groups whose rights are at stake in the decision*”) e decisória (maiorias e minorias que integram o processo decisional) propostas por Waldron. Entretanto, limita-se a ordenação de Waldron a matéria de direitos. Destarte, suprime-se uma miríade de categorias decisórias, *i.e.* de caráter meramente legal ou administrativo, nas quais identificam-se ao menos *maiorias políticas*. Cf. WALDRON, Jeremy. “The Core of the Case against Judicial Review”. **The Yale Law Journal**, Vol. 115, 2006, p. 1397

podem mesmo suportar interesses majoritários fracassados no âmbito dos demais Poderes. Eventualmente, entretanto, decisões da Corte patrocinam interesses de determinadas minorias e frustram expectativas das maiorias. Daí é oriundo o caráter contramajoritário da decisão¹⁷.

Minorias populares são reiteradamente tratadas numericamente. Entretanto, não se confundem, à definição de contramajoritarismo popular, com indivíduos insurgentes numericamente minoritários cujo pleno gozo de direitos demandam – não obsta sejam eventualmente coincidentes. CPr é essencialmente matéria de opinião pública; não significamos não existam grupos que careçam do pleno gozo de direitos, tão somente assegurá-los não implique rigorosamente caráter contramajoritário.

Brown e Dred Scott são um tanto elucidativos. Tomemos, preliminarmente, *Brown v. Board of Education*¹⁸, paradigmático à teoria majoritária. À época da decisão, negros eram minoritários (um décimo da população Norte-americana). Numericamente, decisões simpáticas à causa negra figurar-se-iam supostamente contramajoritárias; ideologicamente, entretanto, “uma maioria nacional favoreceu o resultado de Brown, assim como as elites políticas externas. Brown não foi um exemplo de um ataque do Tribunal à vontade das maiorias; ele foi um exemplo de um Tribunal que se alinhou à coalizão política dominante e às elites políticas nacionais”¹⁹. Ademais, à época da decisão, sustenta Graber, líderes políticos e alas presidenciais de ambos os partidos eram favoráveis à erradicação de práticas segregacionistas²⁰.

E reitera Pildes que deslizando entre a mal definida e profundamente dividida opinião pública, e maiorias legislativas que não apoiaram a Corte, mas não a obstou, a

¹⁷ Friedman, entretanto, suporta que não houve em momento algum dificuldade contramajoritária decorrente do exercício da Corte, uma vez que “[h]istory makes clear that the classic complaint about judicial review – that it interferes with the will of the people to govern themselves – is radically overstated. The American people have always had the ability to limit judicial review – or even eliminate it entirely. The persistent question throughout history has been whether, and to what extent, they should exercise this power”. FRIEDMAN, Barry. **The Will of the People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution**. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009, p. 9. Graber demonstra, entretanto, que a dificuldade decorre de decisões judiciais que divergem das maiorias políticas: “Constitutional and democratic theorists find judicial review problematic because, although elected officials appoint and confirm unelected justices, the national judiciary consistently makes decisions that seem different from those previously reached by the national legislature”. GRABER, Mark. **Dred Scott and the Problem of Constitutional Evil**. New York: Cambridge University Press, 2008.

¹⁸ 347 U.S. 483 (1954)

¹⁹ BALKIN, Jack. “Framework Originalism and the Living Constitution”. **Northwestern Law Review**, Vol. 103, No. 2, 2009, p. 576 (“a national majority favored the result in *Brown*, as did foreign policy elites. *Brown* was not an example of a Court striking out on its own against the wishes of majorities; it was an example of a Court that sided with key elements of the dominant national political coalition and with national political elites”).

²⁰ GRABER, op. cit., 64

teoria falha em tornar claro se a decisão é consistente ou não à teoria majoritária²¹. *Brown x Board of Education*, pois, historicamente adotado como paradigma à defesa das minorias, quiçá tenha expressado precisamente o contrário²².

Doravante, tomemos por objeto a decisão em *Dred Scott v. Sanford*²³, considerada uma das maiores gafes da Suprema Corte Norte-americana²⁴. Além de “*far beyond necessary to decide the case*”²⁵, a decisão da Corte de Taney²⁶ desconstruiu três décadas de debates congressionais acerca da constrição da expansão da escravidão²⁷.

A princípio, trata-se de decisão nitidamente majoritária. Negligenciou direitos dos escravos negros (um quinto da população norte-americana, entre 1850 e 1860), porquanto não incorreu em dificuldade. Suportou interesses sulistas, precisamente direito de propriedade dos detentores de escravos²⁸. A decisão universalmente

²¹ PILDES, op. cit., pp. 19-20.

²² Graber demonstra, inclusive, que as nomeações de Eisenhower à Suprema Corte eram sabidos proponentes dos direitos civis negros quando nomeados, e estudos recentes sugerem que foram selecionados por essa razão. Ademais, mesmo os democratas do sul que careciam de interesse para votar propostas de direitos civis demonstraram-se desejosos da confirmação de juízes federais sabidos proponentes de equidade racial. GRABER, op. cit., p. 63. Da mesma forma, considere-se o reconhecimento da união estável para casais do mesmo sexo em 2011 pelo STF (Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132). Atribuí-lo [o julgamento] caráter contramajoritário exige, pois, apreciação da opinião popular acerca. Não basta a constituição de minoria numérica. Não houve pronúncia popular (quiçá *lobbies*, grupos de interesse ou setores da sociedade), tampouco efetiva resistência das coalizões políticas.

²³ *Dred Scott v. Sanford*, 60 U.S. 393 (1857).

²⁴ Dred Scott foi adquirido como escravo pelo cirurgião do exército John Emerson no estado Missouri em 1834; as transferências de Emerson levaram-no, eventualmente aos estados livres de Illinois e Minnesota, e então, novamente, “voluntariamente” ao Missouri. Dred Scott questiona adjudicação à viúva de Emerson em 1843, e suporta a aquisição de liberdade decorrente da fixação em Estados Livres por período prolongado. Em 1857, a demanda de Dred Scott alcança a Suprema Corte.

²⁵ Pronúncia do *Chief Justice John Roberts* durante audição de confirmação à Suprema Corte Norte-americana no Congresso (Setembro, 2005)

²⁶ *Chief Justice Robert Taney* (1836-1864)

²⁷ A história dos Estados Unidos ao longo dos trinta anos anteriores à decisão, dissera Rehnquist, demonstra a grande frustração causada às parcelas da população que se opuseram à expansão da escravidão. Em 1820, quando Maine ansiava admissão à União como Estado livre e o Missouri como escravista, resultou das disputas no Congresso acerca da expansão da escravidão o *Missouri Compromise*, pelo qual era banida a escravidão dos territórios localizados acima da divisa sul do Estado de Missouri. Recusada a proposta de emenda do representante da Pennsylvania David Wilmot em 1846, na qual era vetada a admissão da escravidão nos territórios adquiridos em decorrência da Guerra Mexicana (1846-48), o Senador Stephen Douglas conduziu no Congresso em 1854 o *Kansas-Nebraska Act*, que repelira o *Missouri Compromise* e atribuía à população dos novos Estados poder de decisão acerca da permissividade da escravidão. A decretação traduziu derrota àqueles que se opunham à expansão da escravidão e vitória das forças pró-escravidão do Congresso. A decisão em *Dred Scott*, todavia, reduziu a nada a discussão das três últimas décadas. REHNQUIST, William. “The Notion of a Living Constitution”. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, No. 2, Vol. 29, 2008, pp. 409-411

²⁸ Atribui-se eventualmente à decisão defesa do devido processo (afirmara Anthony Scalia “*Dred Scott was the first case to use the horrid term "substantive due process" which has been the... the source of all of the inventiveness of the Supreme Court in developing an evolving standard of decency*”). Entretanto, a decisão é dotada de caráter paradoxal: a quinta emenda estabelece que “*no person shall be [...] deprived*

condenada hodiernamente não foi condenada pela vasta maioria das pessoas em 1857, diz Graber²⁹. Além disso, a escravidão constituía um *constitutional evil*³⁰ necessário à União, e Taney “*certainly felt that he was helping to solve the problem*”³¹.

Entretanto, apesar da aparente busca pela resolução das disputas acerca da extensão da escravidão da melhor forma, são claros os desastres decorrentes da decisão³². A decisão em *Dred Scott*, “*the most agreed example of judicial activism*”³³, causou frustração à população, diz Rehnquist, porque usurpada da responsabilidade de tomar decisões do gênero. Lincoln, Graber demonstrara³⁴, não se opôs a decisão, mas à atribuição da Corte de fazê-lo³⁵.

Ademais, *Dred Scott* certamente serve de motivação à Guerra Civil³⁶, que torna dúbio o apoio à decisão. Destarte, onerosamente é possível afirmá-la o caráter. Há razões para afirmar, entretanto, que o caráter da decisão (qualquer que seja), apenas indiretamente ou pouco se relacionava à minoria popular. Admitimos que isso ocorra

of life, liberty, or property, without due process of Law”. A privação de liberdade, pois, constitui idêntico atentado àquele decorrente do esbulho da propriedade.

²⁹ Mesmo no Norte, abolicionistas não constituíram maiorias, sustentara Mark Graber em entrevista a C-Span (março de 2007): “*everybody in the south, of course, said “a wonderful decision”. Northern republicans [were] intended to ban slavery in the territories, so “this is a horrible decision”. But it is worth noting that democrats were about half of the northern population mostly said “not a great decision, but we can leave with this...” [...] That this decision so universally condemned today was not universally condemned by the vast majority of people in 1857. Indeed [...] Abraham Lincoln during the Lincoln-Douglas debates specifically said he was not going to complain about Dred Scott for its holding that free persons of color could not be citizens; indeed, he announce the people of the state that he was opposed to making free blacks citizens of Illinois. That’s how strong the public support among white people was for the racist aspects on Dred Scott*”.

³⁰ A ideia de *Constitutional Evil* de Graber decorre de consenso não absoluto, mas necessário à sustentação da ordem Constitucional e de Estado. Cf. GRABER, op. cit.

³¹ Mark Graber, em entrevista a C-Span (março de 2007)

³² “*Historians would say that the Supreme Court tired to put itself in a position of resolving the dispute about the extension of slavery and resolving it in a particular way that it thought was the best for the nation, and we saw what disastrous consequences flowed from that*”. ROBERTS, op. cit. Rehnquist trata também dos graves efeitos da decisão ao longo da história Norte-americana: “*The Dred Scott decision, of course, was repealed in fact as a result of the Civil War and in law by the Civil War amendments. The injury to the reputation of the Supreme Court that resulted from the Dred Scott decision, however, took more than a generation to heal. Indeed, newspaper accounts long after the Dred Scott decision bristled with attacks on the Court, and particularly on Chief Justice Taney, unequalled in their bitterness even to this day*”. REHNQUIST, op. cit. p. 411

³³ *Idem*. Entretanto, “*according to the Court, the decision had never been one that Congress was entitle to make; it was one that the Court alone, in construing the Constitution, was empowered to make*”. *Idem*. p. 410

³⁴ Vide nota 31

³⁵ “[T]he candid citizen must confess that if the policy of the Government, upon vital questions affecting the whole people, is to be irrevocably fixed by decisions of the Supreme Court [...] the people will have ceased to be their own rulers, having to that extent practically resigned their government into the hands of that eminent tribunal. LINCOLN, Abraham. “First Inaugural Address” (1861). In. HAY, John; NICOLAI, John. **Abraham Lincoln: A History**, Vol. III. New York: Cosimo, 2009. p. 338

³⁶ A eleição de A. Lincoln é estopim para declaração de Guerra, o que não modifica a influência da decisão.

corriqueiramente, em decisões nas quais minorias demandantes pouco servem à atribuição do caráter à decisão, tratando-se não mais que pretexto a garantias outras³⁷.

Finalmente, não se sustenta o *contramajoritarismo popular*: maiorias e a opinião pública são ininteligíveis – fazê-lo exige apreciação ideológica; pesquisas de opinião ou deliberações populares nacionais eventuais podem mesmo ser falhas; nem mesmo algo aparentemente claro como plebiscito ou uma pesquisa opinião pública mostrar-se-iam capazes de fazê-lo³⁸ – outrossim, não compartilham as pessoas de perícia suficiente à adoção de posturas razoáveis. Não sugerimos algo como Montesquieu, pelo qual todos os cidadãos de variadas origens devem ter o direito de voto, exceto aqueles cujo *status quo* é de tamanha humildade que se presumem carentes de capacidade de expressão do próprio desejo³⁹. Mas há de se concordar irrazoável pressupor a sociedade hábil à adoção de posturas plausíveis acerca de matérias pouco comedidas ou que exijam *expertise* à apreciação⁴⁰. Relevante, entretanto, é o que dela se depreende, e que postura adota. Não obstante, raras vezes é possível afirmar

³⁷ *Exempli gratia*, Taney, em Dred Scott, apesar de negar o *status* cidadão aos escravos (“We think they [people of African ancestry] are not [citizens], and that they are not included, and were not intended to be included, under the word “citizens” in the Constitution, and can therefore claim none of the rights and privileges which that instrument provides for and secures to citizens of the United States”), Taney se utilize da decisão para assegurar o direito de propriedade (“Upon these considerations, it is the opinion of the court that the act of Congress which prohibited a citizen from holding and owning property of this kind in the territory of the United States north of the line therein mentioned, is not warranted by the Constitution, and is therefore void”) e a competência da Suprema Corte acerca da material (“And the difficulty which meets us at the threshold of this part of the inquiry is, whether Congress was authorized to pass this law under any of the powers granted to it by the Constitution [Missouri Compromise of 1820]; for if the authority is not given by that instrument, it is the duty of this court to declare it void and inoperative, and incapable of conferring freedom upon any one who is held as a slave under the laws of any one of the States”). O caráter da decisão pode decorrer de qualquer das sustentações, e não precisamente - e de fato não o foi - da manutenção do *status quo* dos escravos.

³⁸ Cf. FRIEDMAN, op. cit. No mesmo sentido, PILDES, op. cit., p. 24 (“[t]esting this claim is difficult, not just because public opinion polls are notoriously sensitive to subtle wording and framing differences, but because data are available only for relatively small number of issues that historically have come before the Court”).

³⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **The Spirit of the Laws**. Anne M. Cohler, Basia Carolyn Miller, e Harold Samuel Stone (ed.). **Cambridge Texts in the History of Political Thought**. Cambridge: Cambridge University Press, 1989

⁴⁰ Tome-se, e.g., aborto de anencéfalos (APDF 54) ou pesquisas com células-tronco (ADI 3510 - por seis votos o STF declarou constitucionais as pesquisas com células-tronco, não carecendo de reparos o art. 5º da Lei de Biossegurança (Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento) – Lei nº 11.105/05). Veja-se, também a crítica do Ministro Luiz Fux em entrevista ao G1, ao afirmar que o povo votou errado em 2005 acerca do comércio de armas, ou ao achar “lamentável” sofrer críticas quanto a sua decisão desfavorável à aplicação imediata da Lei Complementar 135/10 (Lei da Ficha Limpa) “em razão da desinformação”, apesar de “ideologicamente favorável à Lei da Ficha Limpa”. Note-se que o questionamento alcançou o termo da lei, meramente. < <http://g1.globo.com/politica/noticia/2011/04/novo-plebiscito-sobre-armas-e-desnecessario-diz-luiz-fux.html>> (acesso em julho de 2012)

seguramente, sob perspectivas populares, o caráter da decisão⁴¹, mas há razões para afirmar que, de forma geral, a Corte não muito se afasta dos interesses de maiorias, dispensando-se eventual caráter contramajoritário⁴².

3.2. Contramajoritarismo Político (CPo)

Dadas as dificuldades pertinentes às maiorias populares, sustentam-se doutrinariamente as *maiorias políticas* (representação política arranja-se também em maiorias através de coligações ou coalizões). Previamente suportada, a apreciação ideológica indispensável à identificação ou reconhecimento de maiorias se dá regularmente pelo sufrágio; os indivíduos, pois, delegam a um grupo minoritário autoridade decisional. Os Poderes políticos, essencialmente o Legislativo, presumem-se, destarte, subsumir-se nos interesses da população, o que não obsta eventuais reações díspares às decisões judiciais. É difícil verificar se coincidem os interesses das forças políticas elitistas com aqueles da população, por tudo que dissemos⁴³.

⁴¹ A própria decisão é suficiente à mobilização ideológica da sociedade. Entretanto, a identificação da opinião pública não deve ser dita impossível; e.g. *Korematsu v. New York* (1944), ao que tudo indica, gozou de suporte popular, da forma como demonstrara Friedman: “[a]lthough no work of scholarship has really attempted to come to grips with what motivated the justices to decide *Korematsu* as they did, the currents of public opinion against the internment Japanese came to be very strong. Gallup did remarkably little polling on the question, which is itself telling of how little most people really seemed to care what was going on”. Aparentemente, pois, pode-se dizê-la majoritária.

⁴² Trata-se daquilo que suporta Friedman, através de estudos que demonstram que as decisões da Corte coadunam-se, majoritariamente, com interesses populares: “[t]he justices recognize the fragility of their position, occasionally they allude to it, and for the most part their decisions hew rather closely to the mainstream of popular judgment about the meaning of the Constitution. It is hardly the case that every Supreme Court decision mirrors the popular will – and even less so that it should. Rather, over time, as Americans have the opportunity to think through constitutional issues, Supreme Court decisions tend to converge with the considered judgment of the American people [...] On issue after contentious issue – abortion, affirmative action, gay rights, and the death penalty, to name a few – the Supreme Court has rendered decisions that meet with the popular approval and find support in the latest Gallup Poll [...] This facts profoundly call into question the image of the Supreme Court as an institution that runs contrary to the popular will [...] Still, the more salient Supreme Court decisions generally meet with great public approval. And even when they do not, the public supports the Court’s right to decide the cases nonetheless”. FRIEDMAN, op. cit., pp. 14-15

⁴³ “[i]t is not easy to determine whether any such constellation of forces within the political elites actually coincides with the preferences of a majority of American adults or even with the preferences of a majority of that half of the adult population which, on average, votes on congressional elections [...] I do not mean to say that there is no relation between preferences among candidates and preferences among alternative public policies, but the connection is a highly tenuous one, and on the basis of an election it is almost never possible to adduce whether a majority does or does not support one of two of more policy alternatives about which members of the political elite are divided. For the greater part of the Court’s history, then, there is simply no way of establishing with any high degree of confidence whether a given alternative was or was not supported by a majority or a minority of adults or even of voters”. DAHL, op. cit., p. 284

Há, então, mera presunção de que decisões políticas não muito se afastem dos eixos populares; afinal, trata-se o Congresso de uma instituição essencialmente majoritária, como se dá à própria democracia. É minimamente razoável, pois, presumir-lo revérbero dos interesses populacionais. A expressão do Congresso, entretanto, se dá pelo exercício de legislar, ou omissão de fazê-lo⁴⁴. Adotando-o [o Congresso]⁴⁵, destarte, como diretriz à definição de maiorias, o Judiciário é, *lato sensu* (CPo1), politicamente contramajoritário quando contraria produtos decisórios políticos e legítimos (essencialmente leis), ou resolva sobre matérias essencialmente políticas, eventualmente decorrentes da omissão legislativa⁴⁶. CPo1 decorre da querela acerca da atribuição de competência a um grupo minoritário não-eleito, por conseguinte supostamente não comprometido (ou irreponsável), de decidir acerca de questões moralmente adversas, ou questionar estatutos legítimos e democraticamente deliberados.

Contramajoritarismo político dá-se, pois, pela declaração, toda e qualquer, de inconstitucionalidade -- não se questiona, percebe-se, a correição da decisão judicial --, haja vista admitir-se presunção de interesses majoritários aqueles que decorram das maiorias legislativas, ou da apreciação de matérias de caráter essencialmente político de mínimos *efeitos sistêmicos*⁴⁷. Todavia, maiorias política são transitórias; isto posto,

⁴⁴ Analogamente, a produção estatutária Executiva que se submeta ao controle judiciário.

⁴⁵ O Executivo também é resultado de apreciação popular; entretanto, o produto estatutário se dá atipicamente (não se discute a iniciativa de Lei, nos termos do art. 61 da Constituição Federal, já que apreciadas pelo Congresso) normalmente de natureza declaratória ou regulamentar (à exceção das Medidas Provisórias, cuja competência é assegurada pelo art. 62 da Constituição, que, entretanto, possuem prazo de expiração pré-fixado, e submetem-se também à apreciação congressional, à conversão ou à declaração de ineficácia); ademais, a apreciação judicial é exercida majoritariamente sobre a normatização oriunda do Legislativo.

⁴⁶ Decisões de caráter político traduzem, para alguns, ativismo judicial. Cf. COVER, Robert. "The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities". **The Yale Law Journal**, Vol. 91, No. 7, 1982

⁴⁷ Questionados acerca da ingerência nos demais poderes, sete ministros afirmaram não haver invasão na seara legislativa. O ministro Ricardo Lewandowski suportou que "[q]uem analisar as decisões do Supremo verificará que o tribunal tem sido parcimonioso nessa incursão na competência, sobretudo, do Legislativo. As decisões sempre foram condicionadas a um pronunciamento futuro do Legislativo. Ou seja, subsistirão, nos casos de Mandado de Injunção, enquanto permanecer a lacuna do legislativo. O tribunal sempre ressaltou isso". Mais incisivo, o Ministro Marco Aurélio sustentou que "[e]ssa é uma visão míope. A nossa atuação é sempre vinculada ao direito posto. A Constituição de 1988 trouxe uma ação que é mandamental, o Mandado de Injunção, para justamente evitar que a inércia do Parlamento, deixando de regulamentar um direito assegurado constitucionalmente, implique prejuízo para o cidadão. Então, nós atuamos. E, quando nós atuamos, o Legislativo percebe que realmente está a dever, e a dever muito, à sociedade". Compreenda-se ativismo como fenômeno de caráter institucionalmente dialógico; identifica-se ativismo quando o exercício de Poder não mais ocorre sem que imiscua na órbita de exercício dos demais Poderes. **Anuário da Justiça**. Brasília: Editora Conjur, 2012 Ademais, compreenda-se *efeito sistêmico* como a repercussão do exercício jurisdicional do poder nos âmbitos institucionais público e privado. Para estudo sobre Capacidades Institucionais e Efeitos Sistêmicos na Teoria da Interpretação cf. SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. "Interpretation and Institutions". **Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, No. 28, 2002

dissera Dahl, é menos provável que a Corte tenha sucesso em frustrar uma maioria legislativa determinada e persistente, e mais provável obtenha sucesso contra uma maioria fraca⁴⁸; e.g. suprimida, transitória, frágil ou precariamente organizada⁴⁹. Exame dos casos nos quais a Suprema Corte Norte-americana declarou inconstitucional legislação Federal confirmou as expectativas. Ao longo de toda história da Suprema Corte Americana, em torno de metade das decisões foram tomadas mais de quatro anos após a aprovação do texto. Utilizando-se da mesma estrutura, porém carente a atualização dos estudos intrusivos e detalhados, fração de declarações de inconstitucionalidade de legislação com menos de quatro anos é menor àquela identificada por Dahl em 1957, da forma como se observa na tabela abaixo:

Declarações de Inconstitucionalidade por Intervalos de Tempo entre Legislação e Decisão entre 1789 e 2010 ⁵⁰						
Número de Anos	Legislação do New Deal		Outras		Total	
	Número	%	Número	%	Número	%
2 ou menos	11	91,7%	23	14,8%	34	20,4%
3 – 4	1	8,3%	23	14,8%	24	14,4%
5 – 8	0	0,0%	40	25,8%	40	24,0%
9 – 12	0	0,0%	17	11,0%	17	10,2%
13 – 16	0	0,0%	14	9,0%	14	8,4%
17 – 20	0	0,0%	11	7,1%	11	6,6%
21 ou mais	0	0,0%	27	17,4%	27	16,2%
Total	12	100,0%	155	100,0%	167	100,0%

Tabela elaborada por Igor de Lazari a partir de dados disponibilizados pelo GPO's Federal Digital System (U.S. Government Printing Office) < <http://www.gpo.gov> > (acesso em julho de 2012)

⁴⁸ Balkin diria, a propósito, que “*federal courts cooperate with the national political coalition by limiting or striking down laws that reflect an older coalition’s values*”. BALKIN, Jack. “Framework Originalism and the Living Constitution”. **Northwestern University Law Review**. Vol. 103, No. 2, 2009, p. 572

⁴⁹ “*It is to be expected, then, that the Court is least likely to be successful in blocking a determined and persistent lawmaking majority on a major policy and most likely to succeed against a “weak” majority; e.g., a dead one, a transient one, a fragile one, or one weakly united upon a policy of subordinate importance*”. DAHL, op. cit., p. 286. Aliás, dissera Rehnquist, não apenas caracteriza expectativa, mas expectativa de que o faça (“*A mere change in public opinion since the adoption of the Constitution, unaccompanied by a constitutional amendment, should not change the meaning of the Constitution. A merely temporary majoritarian groundswell should not abrogate some individual liberty truly protected by the Constitution*”). REHNQUIST, op. cit., p. 405. No mesmo sentido, cf. TREMBLAY, Luc. “General Legitimacy of Judicial Review and the Fundamental Basis of Constitutional Law”. **Oxford Journal of Legal Series**, Vol. 23, No. 4, 2003, p. 533 (“*The mere fact that a democratically enacted constitution has been recognized as supra-legislative within a formal hierarchy of legal sources cannot be a sufficient reason to set aside a law that represents better what, at the time of judicial decision, the people or their elected representatives have consented to. Therefore, in principle, where there is a conflict between two laws, the court should uphold the law that best represents the will or judgment of the contemporary body of citizens. Otherwise, the will or judgment of past citizens would limit or prevent the power of present-day citizens to democratically determine themselves what kind of policies, values, interests and ends should be promoted today in the interests of the community*”)

⁵⁰ Entre *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cr.) 137 (1803), que declarou inconstitucional provisão do *Judiciary Act* de 1789 (seção 13), e *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723 (2008), que declarou inconstitucional provisão do *Detainee Treatment Act* de 2005 (Public Law 109-148, seção 1005).

Exame congênere das declarações de inconstitucionalidade no Brasil em sede de controle concentrado demonstra resultados equivalentes; isto é, mais da metade das declarações de inconstitucionalidade (precisamente 58,9% no Brasil e 65,2% nos EUA) incidiram sobre leis com mais de quatro anos de vigor, admitindo-se, pois, mesmas inferências de Dahl. Abaixo, declarações de inconstitucionalidade no Brasil, em sede de controle concentrado, entre 1988 e 2012:

Declarações de Inconstitucionalidade por Intervalos de Tempo entre Legislação e Decisão em Sede de Controle Concentrado entre 1988 e 2012 ⁵¹						
Número de Anos	ADIs		ADPFs		Total	
2 ou menos	21	30,4%	0	0,0%	21	28,8%
3 - 4	9	13,0%	0	0,0%	9	12,3%
5 - 8	16	23,2%	0	0,0%	16	21,9%
9 - 12	15	21,7%	0	0,0%	15	20,5%
13 - 16	3	4,3%	0	0,0%	3	4,1%
17 - 20	3	4,3%	0	0,0%	3	4,1%
21 ou mais	2	2,9%	4	100,0%	6	8,2%
Total	69	100,0%	4	100,0%	73	100,0%

Tabela elaborada por Igor de Lazari a partir de dados disponibilizados pelo STF

Dessa forma, poder-se-ia supor que a Corte é constrangida a termo; contramajoritárias (politicamente), pois, seriam decisões de inconstitucionalidade de estatutos jurídicos, total ou parcialmente, de vigor igual ou inferior a quatro anos, “*so that the Court could be plausibly be said to be standing against the preferences of the current, national lawmaking institutions*”⁵². Trata-se de máximo interstício necessário à renovação congressional que, dada média renovação de 46% no Congresso Nacional brasileiro entre 1994 e 2014⁵³, predispõe a mutação das maiorias políticas, minimamente à atenuação do constrangimento do Supremo Tribunal⁵⁴.

⁵¹ Declarações de inconstitucionalidade pertinentes à legislação Federal, entre 984 (novecentas e oitenta e quatro) Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade providas, total ou parcialmente, computadas apenas decisões finais. . Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental entre 1993 e 2012, entre 144 (cento e quarenta e quatro). Maioria absoluta (em torno de 90%) tem por objeto legislação estadual. Mesmo índice de declarações de inconstitucionalidade derivadas dos Estados em 2011; a razão, suporta Luis Roberto Barroso decorre de três circunstâncias: 1) a CF de 88 deixou muito pouco espaço de autonomia legislativa para os Estados; 2) a hegemonia do Poder Executivo em relação à iniciativa do processo legislativo sobre variados temas; 3) as assembleias dos estados legislam sobre muitos temas irrelevantes. **Anuário da Justiça**. Brasília: Editora Conjur, 2012

⁵² PILDES, op. cit., p. 12

⁵³ De acordo com dados do DIAP. Foram desconsideradas, entretanto, variáveis como o volume processual, formalismo procedimental e as chamadas inconstitucionalidades úteis, quando Legislativo e Executivo utilizam-se de lei fadada a cair para usufruir *pro tempore* dos seus efeitos jurídicos.

⁵⁴ Tomados aspectos não apenas políticos, mas morais acerca de declarações de inconstitucionalidade de dispositivos recentes, diria Tremblay, “[e]ven if the constitution were democratically superior to legislation and, accordingly, should morally prevail in case of conflicts, it would not necessarily follow that the courts should be entitled not to enforce democratically enacted legislation. Other institutions, namely representative legislatures, might be more appropriate forums to make such decisions for the very

Há razões, entretanto, à refuta do suporte judiciário às maiorias políticas: Clark & Whittington demonstraram que, no geral, a Suprema Corte Norte-americana não foi mais propensa a derrubar leis dos oponentes partidários do que de aliados⁵⁵, algo que pressupõe suposta independência⁵⁶.

De qualquer forma, entretanto, a plausibilidade do contramajoritarismo político em sentido amplo remanesce precária quanto à outra objeção: o judiciário pode ser não mais que *scapegoat* às omissões legislativas. Trata-se de espécie daquela variedade de estratégias defensivas, diz Graber⁵⁷, à preservação das coalizões e *status quo* políticos.

*reason that they best represent the will or the considered judgments of the people or of their elected representatives. Judicial review takes certain controversial political and moral issues out of the public arena where, in a decent democratic society, they should be debated and decided in principle, and transfers them to judges who determine their substance on the basis of standards, values or rights that hardly derive from constitutional provisions. Moreover, judges are not capable of showing other specific moral authorization that could compensate such undemocratic decision. Finally, there's no reason to believe that the elected representatives who have collectively enacted a law apparently inconsistent with constitutional values have reasonably considered them and concluded, after deliberation, that it was desirable to realize the policy, even at the cost of setting aside various aspects of the constitution [...] [T]here is no reason to believe that the elected representatives are collectively less competent to make such reasonable judgments than judges [...] And, naturally, from the point of view of a democratic legitimacy, this important power should not, in principle, belong to unelected and unaccountable small group of persons"). TREMBLAY, op. cit., p. 537. A resposta de Graber seria que "the claim that independent judicial policymaking is rarely legitimate in a democracy is not wholly compatible with the claim that independent judicial review policymaking seldom takes place in a democracy". GRABER, Mark. "The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary". **Studies in American Political Development**, No. 7, 1993, p. 35*

⁵⁵ "[o]n the whole, the Court has been no more likely to strike down the laws of its partisan opponents than the laws of its partisan allies, a result that runs contrary to much of the received wisdom of the existing literature on the politics of judicial review". CLARK, Tom; WHITTINGTON, Keith "Ideology, Partisanship, and Judicial Review of Acts of Congress, 1789-2006", 2009, p.31. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1475660>. Da mesma forma, afirmara Rehnquist que "[t]he performance of the judicial branch of the United States government for a period of nearly two hundred years has shown it to be remarkably independent of the other coordinate branches of that government". REHNQUIST, William. **The Supreme Court**. New York: Vintage, 2001

⁵⁶ Talvez decorrente o produto decisório judiciário livre de *pedigree* partidário de produto histórico nacional americano, consequência da "caça-às-bruxas" republicana de juízes federalistas no termo presidencial de Thomas Jefferson: "The "lesson" of the Chase impeachment – confirmed by history since – was twofold. Judges would refrain in the future from blatantly partisan use of their offices. In return, Congress would grant the judiciary some modicum of independence. Certainly it would no longer use impeachment to attack judges for good faith actions of the bench [...] Judicial independence ultimately prevailed, but only after the Federalist had signaled that they were prepared to abjure partisan judging". FRIEDMAN, op. cit., pp. 68; 71. A previsível vitória republicana nas eleições de 1800, na qual Thomas Jefferson derrotou o presidente federalista John Adams, mobilizou o partido federalista à nomeação de adeptos partidários aos cargos judiciais, além da criação do *Judiciary Act* de 1801, que reduzira o número de juízes da Suprema Corte e obteria nomeação imediata por Jefferson e elevava o número de juízes nos circuitos. Decisões de caráter partidário, entretanto, enfadaram as maiorias republicanas, que, doravante, promoveram série de *impeachments* de juízes federalistas, dentre os quais John Pickerin e Alexander Addison (além de repelidas já em 1802 mudanças adotadas pelo *Judiciary Act* de 1801). A tentativa frustrada de *impeachment* do juiz federalista da Suprema Corte Samuel Chase, entretanto, interrompeu frequentes intervenções e alterou profundamente o caráter material das decisões, claramente mais contidas. Cf. FRIEDMAN, op. cit.

⁵⁷ "Judicial review serves vital interests of both the existing dominant national party coalition and the existing national party system [...] Legislative deference to the judiciary is simply one tactic that

Isto é, a Corte frequentemente imiscuiu em conflitos onde coalizões legislativas dominantes carecem de interesse ou são “incapazes” de agir decisivamente⁵⁸. Eventualmente, maiorias judiciárias simplesmente impõem seu julgamento em matérias onde outros atores políticos carecem de poder ou desejo de lidar efetivamente ou com êxito acerca de determinada matéria politicamente controversa⁵⁹. Também outros Poderes recepcionaram, mesmo “convidaram”, ação judicial acerca de conflitos significantes segregacionistas ou politicamente onerosos à pronúncia de oficiais eleitos. Dessa forma, a Corte se torna um ponto de acesso a interesses sociais rejeitados alhures [no âmbito dos demais Poderes], um fórum para resolução de conflitos oriundos de outras arenas institucionais⁶⁰. Uma significativa implicação é que *judicial review* dessa espécie serve ambos à coalizão partidária nacional e o sistema partidário, removendo matérias disruptivas da agenda das maiorias políticas⁶¹.

Persiste, doravante, a dificuldade de identificação do caráter decisional da Corte, haja vista subsistir o exercício judicial, eventualmente, no trato de matérias politicamente disruptivas, no ínterim daqueles interesses politicamente majoritários. Assim, a dificuldade contramajoritária não oferece um adequado ponto de partida para pensar sobre uma instituição que tipicamente cria políticas apenas em resposta aos impasses e anúncios legislativos. A carência de independência, pois, caracterizada pela

politicians use in their ongoing effort to maintain the hegemony of their preferred issues”. GRABER, op. cit. pp. 44-45.

⁵⁸ No mesmo sentido, apesar integrar corrente doutrinária originalista, cf. BALKIN, op. cit., p. 573 (“*federal courts cooperate with the national political coalition by taking responsibility—and thus the political heat—for decisions that members of the dominant coalition cannot agree on and that would potentially split the coalition. Decisions on abortion and Internet pornography are recent examples. Moderate and conservative politicians, particularly in the Republican Party, may want to avoid casting votes that would criminalize abortion entirely; Roe v. Wade takes that question off the table. Instead, they are perfectly happy to cast votes limiting abortion funding, late term abortions, or partial-birth abortions, because these policies are popular both with moderates and with conservatives. Some moderate and liberal politicians, particularly in the Democratic Party, may not want to be blamed for opposing the criminalization of Internet pornography, but are happy to have the courts strike such measures down*”)

⁵⁹ “*Elected officials in the United States encourage or tacitly support judicial policymaking both as a means of avoiding political responsibility for making tough decisions and as a means of pursuing controversial policy goals that they cannot publicly advance through open legislative and electoral politics*”. GRABER, op. cit., p. 37

⁶⁰ *Idem*. p. 36 (“*Historically, the justices have most often exercised their power to declare state and federal practices unconstitutional only when the dominant national coalition is unable or unwilling to settle some public dispute. The justices in these circumstances do not merely fill a void created by the legislature failure to choose between competing political proposals. On the contrary, prominent elected officials consciously invite the judiciary to resolve those political controversies that they cannot or would rather not address*”).

⁶¹ McCANN, Michael. “How the Supreme Court Matters in American Politics: New Institutional Perspectives”. In Gillman, Howard; Clayton, Cornell. **The Supreme Court in American Politics - New Institutional Interpretations**. Lawrence: University Press of Kansas, 1999, pp. 69-70; GRABER, op. cit., p. 41 (“*Courts offer similar opportunities for pushing unwanted political figures fights off the political agenda*”)

permissividade enviesada, implica na definição de nova espécie contramajoritária, qual seja o contramajoritarismo político *stricto sensu* (CPo2). Afasta-se, doravante, a compreensão do judiciário como estrutura alinhada às maiorias políticas, e tomam-se por pressupostos a independência política do judiciário e análise casuística dos procedimentos decisórios, ditas contramajoritárias decisões independentes que contrariem interesses daquelas maiorias.

Todavia, parece haver grande consenso de que o *judicial review* é plenamente exercido, no gozo da independência e livre de constrangimentos, tão somente quando identificada segregação das coalizões políticas⁶². De maneira geral, o “*judicial review* é severamente constrangido pelos Poderes políticos. Porquanto decisões judiciais não podem muito se afastar das preferências das maiorias nacionais”⁶³. Sustenta Whittington, e o mesmo se aplica ao Brasil, “ao menos no governo federal dos Estados Unidos, juízes são escolhidos por um processo político que os vincula aos outros oficiais de governo. Espera-se de uma coalizão política de êxito escolhas apenas de seus amigos à Corte. Uma maioria política estável razoável pode rapidamente lidar com um Judiciário ocupado largamente por aliados”⁶⁴. Acerca de CPo2, pois, compreende-se

⁶² CLARK & WHITTINGTON, op. cit., p. 31 (“*The Court is significantly more likely to uphold legislation adopted under conditions of divided government*”); LEVINSON, Daryl; PILDES, Richard. “Separation of Parties, Not Powers”. **Harvard Public Law Working Paper**, No. 131, 2006, p. 53 (“*In divided periods, when there is no dominant legislative-executive consensus on policy, judicial review can be significantly countermajoritarian, given the strong supermajoritarian requirements for political action. When a relatively cohesive majority controls the legislative and executive branches, on the other hand, courts are much more constrained*”); DAHL, op. cit., pp. 291;293 (“*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 [...] As an element in the political leadership of the dominant alliance, the Court of course supports the major policies of the alliance*”). Ainda em sentido equivalente, aduz Graber, “[h]istorically, justices have engaged in classic countermajoritarian behavior only in those relatively brief periods when members of a newly formed dominant national coalition have not yet had the time necessary to install their adherents on the bench. GRABER, op. cit., p. 38

⁶³ “*judicial review is severely constrained by the political branches. As a result, judicial decisions cannot stray far or for long from the policy preferences of national majorities. The conclusion is that constitutional theory should stop worrying so much about the countermajoritarian difficulty because judicial review has not been and cannot be very countermajoritarian*”. DARYL & PILDES, op. cit., p. 52. Próprio daquilo que verificara Dahl: “[t]he policy views dominant on the Court are never for long out of line with the policy views dominant among the lawmaking majorities of the United States. Consequently it would be most unrealistic to suppose that the Court would, for more than a few years at most, stand against any major alternatives sought by a lawmaking majority [...] 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. As an element in the political leadership of the dominant alliance, the Court of course supports the major policies of the alliance. By itself, the court is almost powerless to affect the course of national policy”. DAHL, op. cit., pp. 285;293

⁶⁴ “*at least in the federal government of the United States, judges are chosen by a political process that links them to other government officials. A successful political coalition can be expected to select only its friends for judicial offices. A reasonably stable political majority can soon expect to face a judiciary*

que “a independência das cortes assegura que juízes não irão simplesmente ser fiéis agentes de oficiais eleitos, mas o processo essencialmente político pelo qual são escolhidos aproxima-os das coalizões eleitorais dominantes”⁶⁵.

Aplicável é CPo2 se caracterizada a independência da Corte. Entretanto, no Brasil, evidências há de que não seja. A primeira delas decorre do número de nomeações ao Supremo Tribunal Federal entre 1985 e 2012. Houve 23 nomeações no período; uma nomeação em média a cada 1,2 ano, o que representa nomeação de 6,8 Ministros ao longo de um mandato de duplo-termo, ou pouco mais de 60% da composição da Corte, circunstância verificada no segundo Mandato de Luís Inácio da Silva (Lula), na forma da tabela abaixo⁶⁶:

Nomeações do Supremo Tribunal após 1985				
Presidente	Mandato (anos)	Nomeações	Razão (nomeações/ano)	Contribuição (nomeações/composição)
José Sarney	5	5	1	45%
Fernando Collor	2	4	2	36%
Itamar Franco	2	1	0,5	10%
Fernando Henrique	8	3	0,375	27%
Lula	8	8	1	73%
Dilma Rousseff	1	2	2	18%
Total	26	23	0,89	35%

Tabela elaborada pelo autor a partir de dados disponibilizados pelo STF

Nota: nomeações contabilizadas até julho de 2012. José Sarney nomeou dois ministros entre o fim do regime e a nova constituinte, quais sejam os Ministros Célio de Oliveira Borja e Carlos Alberto Madeira, sucedidos, respectivamente, pelos Ministros Francisco Rezek e Marco Aurélio Mello. Não foi contabilizada entre as nomeações de Lula a do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, que faleceu dois após a nomeação, doravante substituído pelo Ministro Dias Toffoli.

O Presidente mais bem sucedido foi Lula, ao contrário do antecessor, Fernando Henrique Cardoso (FHC). Apesar do baixo intervalo entre nomeações no Brasil, nenhum partido superou a eficiência do PT, período no qual, poder-se-ia supor, mais constrangida ou alinhada à política de governo foi, ou tem sido a Corte.

No contexto doméstico brasileiro, não apenas o processo de nomeação serve de indício à carência de plena independência funcional do Supremo Tribunal. Tomando-se

staffed largely by its allies”. WHITTINGTON, Keith. **Political Foundations of Judicial Supremacy: The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U.S. History**. Princeton: Princeton University Press, 2007, p. 85

⁶⁵ “the independence of the courts insures that judges will not simply be faithful agents of elect officials, but the political appointments process by which federal judges are selected links them to dominant electoral coalitions”. *Idem*. p. 87

⁶⁶ O número de anos entre nomeações nos Estados Unidos desde 1970 é de 3,1 anos. Também por essa razão, diz Pildes, “[t]he majoritarian thesis depends heavily on the appointments mechanism, but that mechanism is much weaker now than in the past”. PILDES, op. cit., p. 36. Parece-nos, entretanto, que o número de nomeações, ao menos no Brasil, é ainda plausível critério à teoria majoritária.

por pressuposto que somente poderá sê-lo nas hipóteses de segregação política, estudo da composição do Congresso entre 1995 (primeiro mandato de FHC) e 2011 (primeiro mandato de Dilma Rousseff) revela que a base de governo superou reiteradamente a oposição, com exceção do primeiro mandato Lula⁶⁷. Destarte, pode-se presumir que poucas vezes na história neo-democrática brasileira houve carência de mútuo apoio entre os Poderes políticos.

Bancadas no Congresso por Período ⁶⁸								
Período	Base				Oposição			
	Câmara		Senado		Câmara		Senado	
1995-98	181	35,28%	34	41,98%	93	18,13%	7	8,64%
1999-02	303	59,06%	41	50,62%	109	21,25%	12	14,81%
2003-06	254	49,51%	31	38,27%	259	50,49%	50	61,73%
2007-10	353	68,81%	49	60,49%	160	31,19%	32	39,51%
2011-12	373	72,71%	62	76,54%	111	21,64%	18	22,22%

Tabela elaborada por Igor de Lazari a partir de dados disponibilizados pelo Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar (DIAP) – Radiografia do Novo Congresso e pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE).

Abaixo, gráfico de declarações de inconstitucionalidade distribuídas por período de mandato presidencial revela que o maior índice deu-se, precisamente, no primeiro mandato Lula, único no qual, formalmente, a oposição superou a base no Congresso. No segundo mandato, no qual a base subjugou amplamente a oposição, de forma congênere ao último mandato de FHC, verifica-se redução do número de leis ou dispositivos de lei federais declarados inconstitucionais:

⁶⁷ Foram negligenciados, entretanto, alinhamentos partidários e negociações de apoio ulteriores àquelas firmadas preliminarmente às eleições. Veja-se, *i.e.*, a negociação entre Lula e o PMDB durante o primeiro termo presidencial, à época capaz de garantir maioria à base, não obstante a coligação de oposição; o apoio transitório ratificou-se nas eleições presidenciais de 2006, na qual o PMDB suportou a reeleição e integrou a coalizão governamental.

⁶⁸ Consideradas as alianças de apoio eleitoral para os períodos 1995-98 e 1999-02, quais sejam, respectivamente: PSDB, PFL & PTB e PSDB, PFL, PPB, PTB & PSD (à base), e PT, PSB, PC do B, PPS, PV & PSTU e PT, PDT, PSB, PCdoB & PCB (à oposição). As representações do PMDB não foram alinhadas, haja vista carência de uniformidade no apoio ou ausência da base. No período 2003-07: quanto à base de apoio, PT, PL, PSB, PTB, PDT, PPS, PC do B, PV, PMN, PSD, PST, PSL & PSDC; quanto à oposição, DEM (outrora PFL), PMDB, PSDB, PP, Prona e PSC. No período 2007-2010: quanto à base de apoio: PT, PMDB, PP, PR (decorrente da fusão do PL e Prona), PSB, PTB, PDT, PC do B, PV, PSC & PRB; quanto à oposição: PSDB, DEM, PPS, PSOL, PMN & PTC. No período 2011-12: quanto à base de apoio: PT, PMDB, PR, PDT, PSB, PC do B, PRB, PSC, PP & PTB; quanto à oposição: PSDB, DEM, PPS & PSOL.

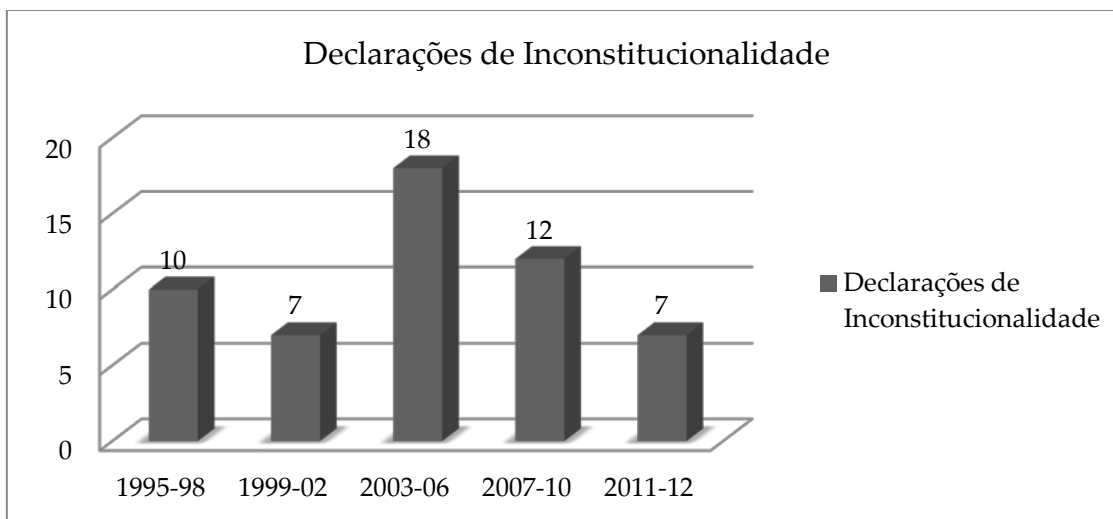


Gráfico elaborado por Igor de Lazari a partir de dados disponibilizados pelo STF.

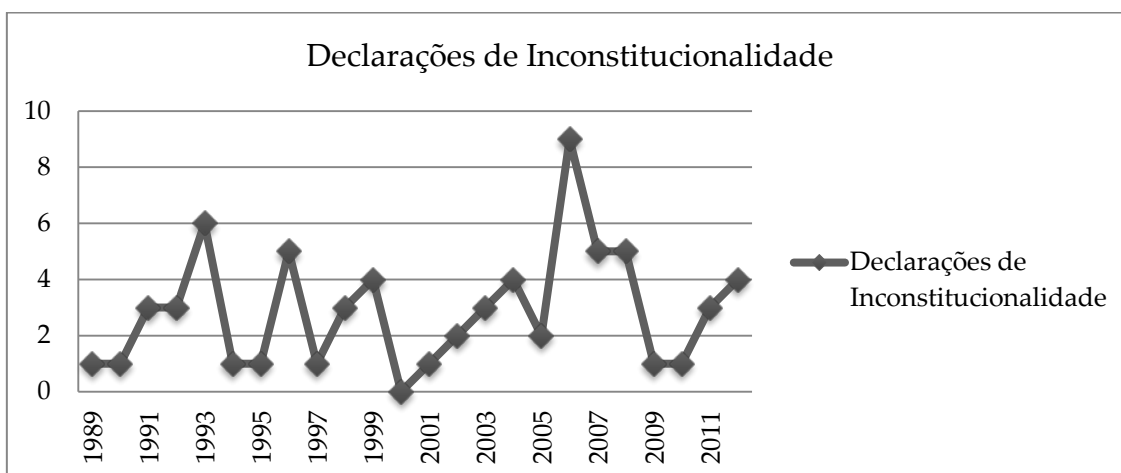


Gráfico elaborado por Igor de Lazari a partir de dados disponibilizados pelo STF.

Ademais, tomem-se as taxas de conversão de Medidas Provisórias ulteriores à Emenda 32⁶⁹, na tabela seguinte. Espera-se de governo estratificado índices superiores de rejeição ou perda de eficácia de medidas. A taxa média de conversão de 87,2%, há razões para afirmar, ratifica a hipótese de mútua cooperação, não obstante as críticas decorrentes da competência normativa do Executivo:

Medidas Provisórias no Período													
Ano	No.	Taxa de Conversão		Câmara (rejeição)		Senado (rejeição)		Mesa do Congresso (ineficácia)		Resumo (rejeição ou ineficácia)		Outras*	
2003	58	57	98,3%	-	-	-	-	-	-	-	-	1	1,7%

⁶⁹ A Emenda Constitucional nº 32/01, dentre outras disposições, vetou a reedição de Medidas Provisórias e limitou matérias objeto da Medida.

2004	73	66	90,4%	1	1,4%	3	4,1%	3	4,1%	7	9,6%	-	-
2005	43	36	83,7%	2	4,7%	1	2,3%	2	4,7%	5	11,6%	2	4,7%
2006	66	59	89,4%	2	3,0%	-	-	4	6,1%	6	9,1%	1	1,5%
2007	70	60	85,7%	-	-	4	5,7%	-	-	4	5,7%	6	8,6%
2008	40	35	87,5%	2	5,0%	1	2,5%	-	-	3	7,5%	2	5,0%
2009	27	24	88,9%	-	-	-	-	1	3,7%	1	3,7%	2	7,4%
2010	42	30	71,4%	-	-	1	2,4%	10	23,8%	11	26,2%	1	2,4%
2011	35	29	82,9%	-	-	4	11,4%	2	5,7%	6	17,1%	-	-
Total	454	396	87,2%	7	1,5%	14	3,1%	22	4,8%	43	9,5%	15	3,3%

Tabela elaborada por Igor de Lazari a partir de dados disponibilizados pelo sítio virtual da presidência.

Nota: Sem Efeitos, Revogadas, ou Prejudicadas

O alto de índice de conversões (apesar da capacidade reformadora do Congresso) – parece minimamente razoável presumir – demonstra, na melhor das significações, convergência de interesses entre os Partidos Políticos. Note-se que os índices de veto são mínimos (4,6%), menores inclusive que aqueles de omissão (4,8%). De tudo isso não significamos haja rigorosa mútua cooperação: maioria não é sinônimo de consenso (quanto à distribuição partidária), tampouco omissão ou conivência signifiquem rigorosamente aquiescência (quanto às Medidas Provisórias). Tão somente há motivos para presumir que historicamente verifica-se alinhamento entre os Poderes políticos, e, portanto, não se verifica, ou pouco se faz, a hipótese de plena independência da Corte, qual seja a ausência ou precariedade das coalizões.

4. Conclusão

As diferentes variações do contramajoritarismo compartilham da mesma dificuldade, qual seja a efetiva verificação de determinado pressuposto – minorias de fato, opinião pública ou a independência judicial. Verifica-se historicamente que minorias populares, demandantes de direitos, não definem rigorosamente o caráter da decisão. A decisão em *Brown v. Board of Education* torna isso claro. Sob perspectivas populares, a opinião pública é indispensável à definição daquele caráter. Entretanto, a apreciação da opinião pública é tarefa onerosa, carente de instrumentos capazes de fazê-lo. Doravante, maiorias políticas poderiam servir à caracterização de exercício contramajoritário da Corte. Entretanto, o fato de servir eventualmente como meio à resolução de matérias disruptivas, capazes de segregar coalizões político-partidárias, torna dúbio o real caráter de determinadas decisões. A independência judicial, pois, é último pressuposto à atribuição de caráter contramajoritário à decisão. Não obstante, há

evidências de que a Corte (ambas a Suprema Corte americana e o Supremo Tribunal Federal) não gozou eventualmente de plena autonomia, razão pela qual dispensável até mesmo a apreciação da materialidade da decisão.

Não resta claro que juízes não-eleitos têm historicamente ignorado as inclinações da maioria em nome de fonte de direito superior, qual seja a Constituição; interpretá-la da forma como aparentemente requer em detrimento do *will of the people*⁷⁰, ou livre de quaisquer intervenções ou constrangimentos; enfim, da forma como a Constituição manda fazê-los⁷¹, de acordo com suas próprias regras. É um tanto razoável, entretanto, utilizar-se doravante da expressão “*the nonmajoritarian difficulty*”⁷² ou “*the antimajoritarian difficulty*”⁷³, em detrimento da “aclamada” “*countermajoritarian difficulty*”.

Talvez atribuir ao contramajoritarismo o caráter de mito não passe de recurso retórico, e seja nada mais que espécie de diálogo institucional. Conclusivamente, com muita cautela deva ser dito o caráter de determinada decisão “nitidamente contramajoritário”⁷⁴.

⁷⁰ *Idem*

⁷¹ Justice Owen J. Roberts, *United States v. Butler*, 297 U.S. 1 (1936), pp. 62-63 (“*There should be no misunderstanding as to the function of this court in such a case. It is sometimes said that the court assumes a power to overrule or control the action of the people's representatives. This is a misconception. The Constitution is the supreme law of the land ordained and established by the people. All legislation must conform to the principles it lays down. When an act of Congress is appropriately challenged in the courts as not conforming to the constitutional mandate, the judicial branch of the Government has only one duty -- to lay the article of the Constitution which is invoked beside the statute which is challenged and to decide whether the latter squares with the former. All the court does, or can do, is to announce its considered judgment upon the question. The only power it has, if such it may be called, is the power of judgment. This court neither approves nor condemns any legislative policy. Its delicate and difficult office is to ascertain and declare whether the legislation is in accordance with, or in contravention of, the provisions of the Constitution; and, having done that, its duty ends*”)

⁷² GRABER, op. cit., p. 37

⁷³ TRIBE, Laurence. **American Constitutional Law**. Mineola: The Foundation Press, 1988, p. 10

⁷⁴ MELLO, op. cit., 316

5. Referências Bibliográficas

Anuário da Justiça. Brasília: Editora Conjur, 2012

BALKIN, Jack. “Framework Originalism and the Living Constitution”. **Northwestern Law Review**, Vol. 103, No. 2, 2009

BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics.** New Haven: Yale University Press, 1962

CLARK, Tom; WHITTINGTON, Keith. “Ideology, Partisanship, and Judicial Review of Acts of Congress, 1789-2006”. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1475660>

COHEN, Joshua. “Procedure and substance in deliberative democracy”. In: BOHMAN, James & REHG, Willian. **Deliberative democracy. Essays on reason and politics.** Cambridge: MIT Press, 1997

DAHL, Robert. “Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as National Policy-Maker”. **Journal of Public Law**, No. 6, 1957

FRIEDMAN, Barry. **The Will of the People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution.** New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009

GRABER, Mark. “The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary”. **Studies in American Political Development**, No. 7, 1993

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **The Federalist Papers.** London: Penguin, 1987

LEVINSON, Daryl; PILDES, Richard. “Separation of Parties, Not Powers”. **Harvard Public Law Working Paper**, No. 131, 2006

McCANN, Michael. “How the Supreme Court Matters in American Politics: New Institutional Perspectives”. In Gillman, Howard; Clayton, Cornell. **The Supreme Court in American Politics - New Institutional Interpretations.** University Press of Kansas, 1999

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **The Spirit of the Laws.** Cambridge: Cambridge University Press, 1989

PILDES, Richard. "Is The Supreme Court a Majoritarian Institution". **The Supreme Court Review**, 2010

REHNQUIST, William. "The Notion of a Living Constitution". **Harvard Journal of Law & Public Policy**, No. 2, Vol. 29, 2008

_____. **The Supreme Court**. New York: Vintage, 2001

SUNSTEIN, Cass. "Beyond Judicial Minimalism". **University of Chicago Public Law and Legal Theory**, No. 237

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. "Interpretation and Institutions". **Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, No. 28, 2002

TOCQUEVILLE, Alexis de. **Democracy in America and Two Essays on America**. London: Penguin Classics, 2003

TREMBLAY, Luc. "General Legitimacy of Judicial Review and the Fundamental Basis of Constitutional Law". **Oxford Journal of Legal Series**, Vol. 23, No. 4, 2003

TRIBE, Laurence. **American Constitutional Law**. Mineola: The Foundation Press, 1988

WALDRON, Jeremy. "The Core of the Case against Judicial Review". **The Yale Law Journal**, Vol. 115, 2006

WHITTINGTON, Keith. **Political Foundations of Judicial Supremacy: The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U.S. History**. Princeton: Princeton University Press, 2007