

A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DA JUSTIÇA

Manoel Agripino Cecílio de Lima JUNIOR¹
Rodrigo Lemos ARTEIRO²

RESUMO: O presente estudo pretende, por meio de uma análise do Princípio da Separação dos Poderes, passando pelo regime político democrático, atingir as funções do Poder Judiciário, principalmente quanto à função contramajoritária inerente a tutela dos direitos fundamentais das minorias. Analisar-se-ão, também, as influências do sistema majoritário dos Poderes Políticos (Poder Legislativo e Poder Executivo) na esfera de defesa dos direitos fundamentais pelo Supremo Tribunal Federal, ora guardião da Constituição Federal. Por fim, este tem por finalidade proporcionar ao leitor uma reflexão acerca do poder das decisões do Supremo Tribunal Federal e as possíveis interferências nestas, por ocasião do sistema de escolha de seus julgadores, já que os Ministros do Supremo Tribunal Federal são nomeados pelo Presidente da República, após aprovada a escolha pelo Senado Federal.

Palavras-chave: Separação dos Poderes. Regime Democrático. Contramajoritarismo. Investidura Majoritária. Supremo Tribunal Federal.

1 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

O Princípio da Separação do Poderes é um dos princípios fundamentais adotados pelo constituinte originário na elaboração da Constituição da República Federativa de 1988.

Reza o artigo 2º da Constituição Federal:

Art. 2.º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

A separação dos poderes, preconizada pela Constituição, consiste na distinção entre três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e

¹ Discente do 4º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente.

² Docente do Curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente, especialista em Direito Civil e Processo Civil pela mesma instituição. Mestrando em Ciências Jurídicas pela UENP - Universidade Estadual do Norte do Paraná. Advogado.

jurisdição, representadas por três órgãos independentes, que atuam de forma harmônica, como forma de evitar, numa última análise, o desrespeito aos direitos fundamentais.

Assim, o princípio da separação dos poderes aponta-nos para um estado ideal de descentralização do poder, ou seja, visa evitar o exercício autoritário do poder, com o intuito de que sejam garantidos os direitos fundamentais.

Isto pois, o exercício ilimitado do poder, gera, no mais das vezes, arbitrariedade para com a sociedade e, conseqüentemente, ofensas aos direitos constitucionais de todos os cidadãos.

Nesse sentido, Dirley da Cunha Júnior (2009, p.520) elucida tal questão da seguinte forma.

Se a concentração de Poderes é nociva tanto ao próprio Estado como aos direitos fundamentais do cidadão, decerto que um modelo contitucional equilibrado e moderado deve ser pautado por um *distribuição de funções estatais entre órgãos estatais distintos e especializados*, de tal sorte que, como já recomendava Montequieu, *le pouvoir arrête le pouvoir*, ou seja, os órgãos do Estado, na técnica de seu funcionamento, controlem-se e limitem-se mutuamente.

2 DO REGIME POLÍTICO DEMOCRÁTICO

O Princípio Democrático é um dos pilares da Constituição Federal sendo o regime político brasileiro fundado neste princípio, conforme se verifica tanto no preâmbulo como no artigo 1º da Constituição Federal.

PREÂMBULO. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento:

- I – a soberania;
- II – a cidadania;
- III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

O regime brasileiro repousa na vontade do povo com base no princípio da soberania popular. Ou seja, trata-se de um regime político democrático cujo poder emana do povo, sendo este poder exercido por meio de representantes, através de um sistema majoritário em que são escolhidos os representantes com maior número de votos, observadas as peculiaridades de cada cargo.

Nas lições do professor Dirley da Cunha Júnior (2009, p.510), *o Estado Democrático se assenta no pilar da soberania popular, pois a base do conceito de Democracia está ligada à noção de governo do povo, pelo povo e para o povo.*

Em resumo, o regime brasileiro, enquanto regime político baseado na democracia, é concebido num governo do povo, pelo povo e para o povo, de modo que o Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal assegure o *exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, livre, justa e solidária e sem preconceitos*, conforme preceitua José Afonso da Silva (2009, p. 125).

3 O CONTRAMAJORITARISMO DO PODER JUDICIÁRIO

Inicialmente, cumpre destacar a importância do Poder Judiciário junto aos demais poderes constantes do artigo 2º da Constituição Federal, quais sejam, o Executivo e o Legislativo.

A atividade jurisdicional apresenta, num contexto harmônico e independente, duas funções essenciais: a função típica e a função atípica.

Tipicamente, o Poder Judiciário tem como base primordial o exercício da jurisdição, ou seja, cabe ao Estado-juiz prestar a tutela jurisdicional, a fim de sanar o conflito de interesses entre as partes, através da aplicação do direito, no caso em concreto, sendo esta prestação conferida àquele que tem razão.

De forma anômala, porém, o Poder Judiciário exerce, também, funções administrativas e legislativas, tais como, a contratação de funcionários terceirizados ou a elaboração dos regimentos internos do Tribunais.

Em síntese, a função típica do Poder Judiciário é prestação da jurisdição, enquanto que as funções atípicas referem-se as atividades administrativas e legiferantes.

O Poder Judiciário, contudo, não deve ser analisado de forma superficial, quanto as funções típicas e atípicas; é necessária a realização de uma análise profunda da proteção aos direitos fundamentais, proteção esta exercida pelo Poder Judiciário.

Os direitos fundamentais, arrolados no extenso artigo 5º da Constituição Federal, além dos demais espalhados, quando submetidos ao crivo da Justiça, entenda-se Poder Judiciário, devem ser tutelados, independente da repercussão social gerada pela prestação jurisdicional.

Não há, portanto, relevância ao Poder Judiciário, quando da tutela aos direitos fundamentais, os interesses políticos ou da maioria da sociedade.

Nas lições de Eduardo Cambi (2011, p. 25), os direitos fundamenais podem ser considerados nos seguintes termos.

Os direitos fundamentais formam um *consenso mínimo* oponível a qualquer grupo político que ocupe o poder. Vinculam às maiorias, porque, além de constituírem *elementos valorativos essenciais* à existência do Estado Democrático de Direito, descrevem *exigências indispensáveis* ao funcionamento adequado de procedimentos de deliberação democrática.

O direito fundamental, se violado, deve ser amparado e tutelado, mesmo que para essa prestação jurisdicional, seja necessário contrariar a vontade da maioria, ou até mesmo, a vontade de todos, exceto daquela que está buscando o amparo jurisdicional.

Eis, pois, o contramajoritarismo do Poder Judiciário, inerente a tutela dos direitos fundamentais das minorias.

A título de exemplo, cumpre colacionar ao presente os pensamentos de Luiz Guilherme Marinoni (2010, p.447) acerca do contramajoritarismo

Quando se pergunta sobre a legitimidade da jurisdição está presente a questão do contramajoritarismo, pois se deseja saber como a decisão do juiz, ao afirmar a norma constitucional ou o direito fundamental, pode se opor à norma editada pelo parlamento. Como demonstrou Alexander Bickel, ao delinear a formulação clássica do problema da jurisdição no constitucionalismo norte-americano, “a dificuldade fundamental é que o controle judicial de constitucionalidade é uma força contramajoritária em nosso sistema. (...) Quando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo, ou a ação de um representante do executivo eleito, ela frustra a vontade dos representantes do povo real do aqui e do agora; ela exercita controle, não em nome da maioria prevalecente, mas contra ela”.

Pois bem.

Não obstante as funções típicas e atípicas inerentes da atividade jurisdicional, numa visão mais moderna, a Justiça deve ser encarada de modo a sempre observar e preservar os direitos fundamentais do homem, em qualquer circunstância.

Isto se dá, pois, a partir da triangulação dos poderes, tanto o Poder Executivo, quanto o Poder Legislativo nascem da vontade da maioria (sistema majoritário), através do processo de eleição em que a população regularmente alistada na Justiça Eleitoral, sazonalmente conforme os preceitos constitucionais e infraconstitucionais, elegem os seus representantes, desde que atingidos a quantidade de votos necessário.

Todavia, o preenchimento aos cargos daqueles que exercem a Jurisdição em primeira instância (Juízes) é feito de forma diversa, sem que haja interferência direta da sociedade, através de concurso públicos que visam a escolha dos mais capacitados, em regra. Frise-se, porém, que a escolha aos cargos de Desembargadores e Ministros nos Tribunais Superiores ocorre por meio de um sistema misto, no qual a decisão final é do chefe do executivo, quer seja em âmbito estadual, quer seja em âmbito federal, dependendo da jurisdição do Tribunal. Neste ultimo caso, há, portanto, interferência indireta da sociedade, conforme tópico 4.

Nesse sentido, importante observar as seguintes anotações de Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 440).

O debate em torno da legitimidade da jurisdição constitucional, ou melhor, a respeito da legitimidade da constitucionalidade da lei, funda-se basicamente no problema da legitimidade do juiz para controlar a decisão da maioria parlamentar. Isso porque a lei encontra respaldo na vontade popular que elegeu o seu elaborador – isto é, na técnica representativa. Por outro lado, os juízes, como é sabido, não são eleitos pelo povo, embora somente possam ser investidos no poder jurisdicional através do procedimento

traçado na Constituição, que prevê a necessidade de concurso público para o ingresso na magistratura de 1º grau de jurisdição – de lado outros critérios e requisitos para o ingresso, por exemplo, no Supremo Tribunal Federal.

Ademais, assim como o Poder Judiciário se apresenta com funções típicas e atípicas, os demais Poderes Políticos (Poder Executivo e Poder Legislativo) também possuem funções típicas e atípicas, de modo que a função do Poder Executivo é eminentemente administrativa, podendo, porém, exercer funções legiferantes, a partir de decretos, etc; e a função do Poder Legislativo é a criação de leis, cabendo, também, o exercício da administração de seus órgãos.

De forma resumida, percebe-se que os representantes da sociedade nos Poderes Executivo e Legislativos, através de suas funções legais, exercem o seu trabalho a fim de atender, principalmente, a vontade daqueles que os elegeram, além, é claro, de atender aos seus próprios caprichos pessoais, que não tenho a pretensão de tratá-los no presente.

Assim, a influência ativa desses poderes políticos na estrutura da sociedade, quer seja na Administração, quer seja na elaboração de novas leis, causa, invariavelmente, mazelas em parcela(s) da população, visto que qualquer decisão tomada pelos Poderes é passível de discórdia e, também, de conflitos subjetivos.

Outrossim, a influência passiva tanto da Administração como do legislador pode, também, causar mazelas à parcelas da sociedade de modo que a omissão desses poderes, ocasiona, muitas vezes, em supressão de direitos fundamentais.

Portanto, o exercício/não exercício dos poderes conferidos àqueles eleitos pela sociedade, via de regra, condiz com a vontade da sociedade, até porque tratam-se de cargos ocupados por representante do povo.

Em consequência, estes representantes, na busca da renovação do poder, para que mantenham o elo com aqueles que os elegeram, através de suas funções típicas/atípicas, privilegiam, tão somente, a maioria, de modo que parte da sociedade é afetada negativamente com essas situações.

Logo, as mazelas causadas em parte da sociedade devem ser socorridas, muitas vezes, pelo Poder Judiciário, já que não há interesse por parte dos poderes majoritários em atender as vontades das minorias. Entenda-se como

poderes majoritários os poderes políticos ocupados através do processo eletivo de maioria, quais sejam o Poder Executivo e Legislativo.

Até porque, numa visão futura, o atual sistema eletivo de escolha dos representantes do povo permite a reeleição, guardadas as peculiaridades de cada cargo, e, invariavelmente, privilegiar-se-ão os atendimentos as vontades das maiorias, a fim de que os representantes consigam, pelo menos, a manutenção dos votos anteriores em eleições futuras.

O Poder Judiciário deve, pois, através da prestação da tutela jurisdicional, amparar aqueles atingidos pelos interesses da maioria, refletidos nas ações/omissões dos Poderes Executivos e Legislativo, principalmente quando essas mazelas afetarem direitos fundamentais inerentes à TODOS os cidadãos.

Com efeito, a função contramajoritária do Poder Judiciário reveste-se justamente da proteção àqueles que não pertencem a maioria e, conseqüentemente, não veem seus interesses protegidos pelo Estado, sendo tal interferência jurídica necessária para que sejam tutelados, em especial, os direitos constitucionais fundamentais, independente de qualquer influência política.

Cumprе salientar, contudo, que a prestação da tutela jurisdicional aos interesses das minorias só poderá ser efetivada, tão somente, se houver lesão ou ameaça de lesão a direito fundamental, sendo, portanto, necessário o respaldo constitucional na atuação da jurisdição pois a função do contramajoritarismo é, na sua essência, amparar e garantir os direitos fundamentais de todos os cidadãos, em todas as situações necessárias.

Em síntese, cabe ao Poder Judiciário, no caso em concreto, analisar a real necessidade da prestação jurisdicional quando houver interesse na tutela de direitos fundamentais de grupos minoritários da sociedade, levando-se em considerações os aspectos constitucionais e infraconstitucionais, para que, então, a jurisdição seja exercida, de modo a satisfazer a pretensão resistida, mesmo que exista interesses políticos/sociais divergentes na solução do conflito. Assim, a tutela aos direitos das minorias deverá ser prestada jurisdicionalmente quando for necessária e adequada, desde que observados os preceitos constitucionais.

4 A INVESTIDURA MAJORITÁRIA DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A SUA FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA

O artigo 101 da Constituição Federal apresenta-se com o seguinte enunciado:

Artigo 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Conforme apontamentos anteriores, constatou-se, através de um estudo sintetizado, que os membros dos Poderes Políticos (Poder Executivo e Poder Legislativo) são escolhidos por meio de eleição de participação popular, cujo resultado reflete a vontade da maioria. É o chamado poder majoritário.

O Poder Judiciário, todavia, não possui, aparentemente, esta característica, já que os julgadores não são escolhidos pelo povo, tampouco exercem mandatos políticos.

A Constituição Federal, em seu artigo 93, inciso I, aduz sobre a forma de escolha dos juízes, regulada pelo Estatuto da Magistratura, nos seguintes termos:

Artigo 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

I – ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação.

Vejamos.

Na ocupação aos cargos de juízes do Poder Judiciário não há interferência do sistema majoritário, haja vista a existência de concurso público, para admissão ao cargo.

Ou seja, não há participação popular na escolha dos julgadores, tampouco participação dos Poderes Políticos, uma vez que a aplicação do direito deve ser feita de forma imparcial.

Assim sendo, é possível, através de uma análise dos direitos fundamentais, que o sistema judiciário tutele os interesses das minorias, independente de pressões externas, quanto à vontade da maioria, em virtude de sua função contramajoritária, elucidada no tópico 03.

O problema, contudo, reside dentro dos Tribunais Superiores, em especial, no Supremo Tribunal Federal. Ressalte-se que nos demais tribunais superiores o sistema de escolha de seus ministros/desembargadores é muito similar ao do Supremo Tribunal Federal, diferenciando-se, apenas, pelo seu nomeador, que poderá ser o Presidente da República, ou os Governadores de Estado.

Conforme artigo 101 da Constituição Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal são nomeados pelo Presidente da República, após aprovação da maioria absoluta do Senado Federal, desde que preenchidos os requisitos subjetivos, quais sejam, notável saber jurídico e reputação ilibada, acrescido do requisito de idade (maior de trinta e cinco e menor de sessenta e cinco anos).

Desta forma, verifica-se que a investidura ao cargo máximo do Poder Judiciário – Ministro do Supremo Tribunal Federal – está condicionada a vontade do Presidente da República, ora representante geral da nação brasileira, de modo que os critérios subjetivos *notável saber jurídico e reputação ilibada* só podem ser contestados pela maioria do Senado Federal, caso não aprovem a indicação do Presidente da República.

Por derradeiro, o sistema majoritário inerente aos poderes políticos, por meio da forma como são escolhidos os Ministros do Supremo Tribunal Federal, contamina o Poder Judiciário, atuando, pois, na contra mão de sua função precípua, a função contramajoritária.

Isto porque, tanto a nomeação pelo Presidente da República como a aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal criam, no âmbito do Ministro nomeado, um vínculo com o Poder Político, em especial com o Presidente da República, de modo que suas decisões podem não refletir a imparcialidade da Justiça.

Logo, os direitos fundamentais, quando submetidos a apreciação do Supremo Tribunal Federal, podem/devem ser amparados e tutelados pela justiça, com base na Constituição Federal. Todavia, em razão da influência do sistema majoritário no Supremo Tribunal Federal, estes mesmos direitos fundamentais poderão ser discutidos de formas diversas, caso haja interesse político no julgamento, a fim de que sejam beneficiados os interesses da maioria, ora representados pelos Poderes Políticos.

Com isso, a função contramajoritária da justiça referente à proteção dos direitos das minorias apresenta-se ineficaz diante do contexto apresentado, ocorrendo, desta feita, o não recebimento da prestação jurisdicional devida, ocasionando sérios danos aos direitos fundamentais em debate, que são constitucionalmente tutelados.

É de se ressaltar que as decisões do Supremo Tribunal Federal, em regra, não estão sujeitas a uma nova apreciação, ensejando, assim, a definitividade dos interesses políticos em face dos direitos fundamentais daqueles que não pertencem a grupos majoritários.

Conclui-se, portanto, que o sistema de escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e, em consequência, o sistema de escolha dos julgadores dos demais Tribunais não se apresenta de forma a preservar os direitos fundamentais, no que tange ao direito das minorias, uma vez que, ao sopesar valores, num eventual conflito, as decisões dos Tribunais, no mais das vezes, refletir-se-ão as vontades políticas, vontades estas retratadas pelas vontades da maioria, haja vista o sistema majoritário vigente no Poder Político e que investe os Ministros do Supremo Tribunal Federal.

3 CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, pode-se assegurar que, tanto em razão do Princípio da Separação dos Poderes, quanto em função do Estado Democrático de Direito, ambos considerados pilares da Constituição Federal, o sistema majoritário, vigente nos Poderes Políticos (Executivo e Legislativo), afeta diretamente a função

contramajoritária da Justiça, quando analisado sob a ótica da proteção aos direitos fundamentais, por meio das prestações jurisdicionais realizadas pelos Tribunais Superiores, principalmente, o Supremo Tribunal Federal, haja vista o modo como são investidos os julgadores destes Tribunais, com interferência direta do Presidente da República e dos membros do Senado Federal.

Isto pois, a influência direta dos Poderes Políticos na escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, pode, diante de um conflito de interesses entre uma classe majoritária e uma classe minoritária, interferir negativamente na decisão dos julgadores, através das vontades dos poderes majoritários e seus interesses políticos na solução do caso, favorecendo a classe majoritária, mesmo que para tanto seja necessária a supressão de direitos, inclusive, direitos constitucionais fundamentais. Insta salientar, todavia, que os direitos fundamentais são inerentes a TODOS os cidadãos, independente de suas convicções pessoais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. revista e atualizada. Malheiros Editores: São Paulo, 2009.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. revista, ampliada e atualizada até a EC n. 57/2008. Editora JusPodivm: Cidade, 2009.

MORAES. Alexandre de. **Direito constitucional**. 27. ed. revista e atualizada até a EC n. 67/2010 e súmula vinculante 31, Editora Atlas: São Paulo, 2011.

ARAUJO, Luiz Alberto David e JÚNIOR, Vidal Serrano Junes. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. atualizada até a EC n.57/2008. Editora Saraiva: São Paulo, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 4. ed. revista e atualizada, v. 1. Editora RT: São Paulo, 2010.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. 2. ed. revista e atualizada. Editora RT: São Paulo, 2011.

